

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

9

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná - Ano X - n. 9 - Maio 2015

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná - Amapar

EDITOR-CHEFE

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

CAPA

Priory

FOTO DA CAPA

Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná.— v. 1, n. 1— .(jan. 2006)— . — Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162
CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

Tiragem desta Edição: 5 000 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE	Frederico Mendes Junior
DIRETOR	Joatan Marcos de Carvalho
MEMBROS	Denise Krüger Pereira Evandro Portugal Fernanda Karam de Chueiri Sanches Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
José Wanderlei Rezende
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
René Ariel Dotti
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim Wambier

PATROCÍNIO

Usina Elétrica a Gás de Araucária – **UEGA**
Companhia Paranaense de Energia Elétrica – **COPEL**
Caixa Econômica Federal – **CAIXA**

APOIO INSTITUCIONAL

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**
(www.ejal.org)
Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**
(www.redlaj.net)
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**
(www.tjpr.jus.br)
Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**
(www.emap.com.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE

Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE

Laryssa Angélica Copack Muniz

3º VICE-PRESIDENTE

Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE

Luiz Taro Oyama

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Roberto Antonio Massaro

1º TESOUREIRO

César Ghizoni

2º TESOUREIRO

Michela Vechi Saviato

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Diego Santos Teixeira

Nicola Frascati Junior

Fábio André Santos Muniz

Fernando Bueno da Graça

Noeli Salete Tavares Reback

Antonio Lopes de Noronha Filho

Luiz Fernando Tomasi Keppen

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS

Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira

Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR

Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS

Ivanise Maria Tratz Martins

Flavia da Costa Viana

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Osvaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO

Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL

Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

INFORMÁTICA

Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Bruna Cavalcanti de Albuquerque
Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO

Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS

Erick Antonio Gomes

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

José Luiz Dosciatti

Gilberto Ferreira

Raul Luiz Gutmann

André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA

Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa

Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES

Wilson José de Freitas Junior

André Carias de Araújo

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR

Leomir Binhara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR

Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR

Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salete Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Jederson Suzin

MEMBROS

Jeane Carla Furlan

Giovanna Rechia de Sá

Marcel Ferreira dos Santos

Marcos Antônio de Souza Lima

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Ricardo Luiz Gorla

Walter Ligeiri Junior

SUPLENTES

Beatriz Fruet de Moraes

Branca Bernardi

Fabício Voltaré

Juliano Albino Mânica

Marcelo Quentin

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein

Alexandre Gomes Goncalves

Oswaldo Soares Neto

Ariel Nicolai Cesa Dias

EMAP

DIRETOR GERAL

Francisco Cardozo Oliveira

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Lourenço Cristóvão Chemim

COORD. GERAL DE CURSOS

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

CURITIBA – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Eduardo Novacki

CASCAVEL – DIRETOR

Leonardo Ribas Tavares

CASCAVEL – VICE-DIRETORA

Filomar Helena Perosa Carezia

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio de Souza Lima

LONDRINA – DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

LONDRINA – VICE-DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR

Antonio Renato Strapasson

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 - Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

Penso que não seria exagero dizer que uma revista se faz todos os dias. É bem verdade que, na diversidade dos dias, há aqueles que são melhores e, igualmente, os que não são tão satisfatórios. Certamente o mesmo se dá com as publicações.

Devo admitir que a edição, publicação e distribuição de cinco mil exemplares de uma revista jurídica, sem custo para aqueles que a recebem, não é uma tarefa fácil. Ainda mais se considerarmos que ela é também ofertada em meio digital.

Confesso que por vezes tenho dúvidas sobre ser a Revista Judiciária a razão da dedicação, esforço, profissionalismo e competência de todos que por ela têm estima e a animam; ou se é este grupo de pessoas que justifica a sua existência.

Muito embora neste contínuo possa haver, e ocorra mesmo, um processo de reestruturação entre o objeto produzido e o desejo daqueles que o idealizam, qualquer dúvida se evanesce quando se volta o olhar para aqueles que efetivamente têm sido os responsáveis pela continuidade e qualidade da revista.

Esta responsabilidade deve ser tributada à Editora Bonijuris e toda a sua competente equipe, à Amapar e seus dedicados funcionários, ao Tribunal de Justiça do Paraná e à Emap, seus professores e funcionários.

Igualmente responsáveis são os nossos apoiadores e patrocinadores, Escuela Judicial de America Latina, Copel, Caixa e Uega.

Somos gratos a todos que têm colaborado com a nossa revista e possibilitado que ela chegue em sua nona edição pujante, atualizada e com renovados objetivos, tanto na sua edição em meio físico como em meio digital.

Quero, entretanto, pedir licença para dirigir especial agradecimento ao apoio que temos recebido do Des. Paulo Roberto Vasconcelos, do Dr. Frederico Mendes Junior, do Dr. Luiz Fernando de Queiroz, do Des. José Sebastião Fagundes Cunha, do Dr. Francisco Cardoso Oliveira, do Dr. Ramiro Fernandes Dias e do Dr. Erlon Caramuru Tomasi.

De igual modo, agradeço aos nossos queridos amigos membros do Conselho Editorial e Conselho Executivo, aos nossos já numerosos autores e colaboradores e, por fim, aos nossos leitores.

A revista número nove traz artigos atuais e diversificados, que certamente despertarão o interesse de todos que buscam renovar seus conhecimentos, e introduz alterações internas que melhoram sua apresentação e facilitam sua leitura.

A obra do mestre **Guido Viaro** foi escolhida para a ilustração da capa.

Boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho
Diretor da Revista

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Instabilidade judicial: reflexos econômicos e precedentes
judiciais vinculantes 17
Ruy Alves Henriques Filho

DOCTRINA

2. Divórcio liminar: reflexões 41
Denise Damo Comel
3. La experiencia española respecto del procedimiento para el
enjuiciamiento rápido en los casos de delitos cometidos
'in flagranti' y la posibilidad de incorporación de sus
principios inspiradores al sistema procesal penal brasileño 49
Emerson Luciano Prado Spak
4. A ação de dissolução parcial de sociedades no novo Código
de Processo Civil 63
Luciano Campos de Albuquerque
Larissa Kruger Vatzco
5. Sistema carcerário e 'banalidade do mal': um exemplo prático 75
Raphaella Benetti da Cunha Rios
Laís Berti Resqueti
6. Como concebemos a justiça? 101
Nicola Frascati Junior
Jacqueline Sophie P. Guhur Frascati
7. O universo do consumo 109
Joatan Marcos de Carvalho
8. Pena abaixo do mínimo abstratamente previsto: uma garantia
constitucional ou uma impossibilidade jurídica?
Análise da Súmula 231 do STJ e sua (in)constitucionalidade 115
Ramon Vinicius de Vargas

9. Unasul e a cidadania cosmopolita	131
<i>J. S. Fagundes Cunha</i>	
10. Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana	143
<i>Francesco Saverio Marini</i>	
11. O princípio da insignificância sob um olhar inspirado em Ferrajoli: a leitura do consumo de drogas em precedente do STJ	165
<i>Bruno Espiñeira Lemos</i>	
12. Competição global: o sistema brasileiro de defesa da concorrência e os atos de fusão, incorporação e cisão à luz da lei brasileira	185
<i>Luiz Guerra</i>	

EM DESTAQUE

13. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia	207
<i>Eduardo Cambi</i>	
<i>Hwidger Lourenço Ferreira</i>	
14. O jurista e filósofo Clóvis Beviláqua	227
<i>Rogério Medeiros Garcia de Lima</i>	
15. Assédio moral sob a roupagem da perversão psicológica	245
<i>Erenê Oton França de Lacerda Filho</i>	
16. Não há justiça sem Deus	257
<i>Cândido Furtado Maia Neto</i>	
17. Os dez mandamentos do juiz	281
<i>Albino Freire</i>	

JURISPRUDÊNCIA

18. Ementário do TJPR	287
Administrativo, 287	
Civil, 290	
Criminal, 293	
Processo Civil, 296	
Tributário, 299	
19. Últimas Súmulas do TJPR	301
20. Novos Enunciados do TJPR	303

ANÁLISE



Instabilidade judicial: reflexos econômicos e precedentes judiciais vinculantes¹

Ruy Alves Henriques Filho²

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

1. Introdução

UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA demonstra que a atuação jurisdicional variou ao longo do tempo, estando perceptível o ganho de liberdade experimentado pelo juiz do *civil law*.

Por sua vez, o aumento da discricionariedade na prestação jurisdicional frequentemente provoca uma ruptura neste sistema vinculado basicamente ao princípio da legalidade estrita. A *performance* não sistêmica e dessincronizada de nossos magistrados brasileiros dá azo à insegurança jurídica, através de decisões divergentes em casos similares, revelando um sistema guiado não pela norma, mas pelo subjetivismo.

É em razão deste cenário de incerteza e falta de estabilidade do direito dito pelos tribunais que parcela renomada da doutrina se debruça sobre a avaliação dos efeitos dos precedentes judiciais vinculativos, típicos do *common law*, ao sistema do *civil law*, sugerindo-os como mecanismo de solução ao problema que se experimenta. É sob a ótica deste instituto e sua adoção pelo *civil law* que se delimitará o presente estudo.

2. A atividade jurisdicional: interpretação e criação do direito – reflexos econômicos

Nos tempos do império romano, a atividade jurisdicional era desenvolvida por leigos, que presidiam o acerto de disputas de modo arbitral, auxiliados pelos jurisconsultos. Ao juiz romano não foi dada originaria-

mente a função criativa do direito, mas a aplicação da norma legislada pelo imperador ou pelo Senado, ou a aplicação da interpretação desta norma realizada pelos juriconsultos.

O fim do império romano e o início da Idade Média modificaram de forma essencial o papel exercido pelo magistrado. Segundo Dallari (1986, p. 9), a multiplicação de ordens jurídicas e políticas vivenciadas pela Europa durante o período feudal torna difícil caracterizar a magistratura daquele período. O aumento da concentração de riqueza a partir do século IX e o aumento do poder político das ordens religiosas em torno de reis fez com que exsurgissem tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, com autonomia sobre determinada circunscrição territorial. O absolutismo e a Idade Moderna trouxeram certa liberdade à atividade judicante, ainda que submetida aos interesses do soberano, a quem competia a escolha dos magistrados dentre os integrantes da nobreza. Neste período a magistratura ganhou considerável poder, em contrapartida à imagem negativa obtida diante da população (DALLARI, 1986, p. 9).

A Revolução Francesa e a deposição da monarquia erigiu o princípio da legalidade como fundamento do estado liberal nascedouro, legitimado na teoria de Carl Schmitt (1982, p. 157), donde se depreende que o princípio da legalidade encontra seu fundamento de validade na cooperação da representação popular, centralizando o poder nas mãos do legislativo. O direito e a justiça passaram a ter respaldo no texto literal da lei, pelo que a atuação judicial tornou-se mera subordinada da função legislativa, cabendo ao Judiciário a simples função de declarar o direito legislado³.

A jurisdição limitou-se ao conceito que lhe foi atribuído por Montesquieu, segundo quem o poder de julgar deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos, concluindo que o poder de julgar era, de qualquer modo, um “poder nulo” (MARINONI, 2010, p. 54). Acreditava-se, portanto, que somente a lei abstrata era suficiente à completude do direito e da justiça, assim como à sua segurança. A ideia era que as leis e os códigos deveriam ser claros e completos, capazes de gerar apenas uma única interpretação correta (CAPELLETTI, 2001, p. 271).

E a partir da noção de legalidade estrita nasceu o positivismo jurídico, entendimento segundo o qual se poderia atribuir à ciência do direito o mesmo grau de exatidão e cientificidade atribuído às ciências naturais, tornando o direito uma ciência exata a partir da observação e experimentação (MARINONI, 2012, p. 30). Trata-se, em verdade, do reducionismo da atividade jurisdicional, donde se atribuiu à atividade judicante o mero exercício de dizer o direito, sem refletir acerca do conteúdo ou valor inerente à norma jurídica, eximindo o jurista da responsabilidade social ínsita ao estado de direito e limitando sua atividade ao silogismo entre caso concreto e norma legislada (BOBBIO, 2010, p. 299). Nesta toada, o objetivo primeiro da jurisdição era a tutela dos direitos subjetivos privados violados. Não cabia ao Estado a repressão ou prevenção da violação, haja vista a contenção da intervenção na esfera privada, viés inadmissível pelo estandarte liberalista (MARINONI, 2012, p. 32).

Já no final do século XIX, o positivismo jurídico sofreu influências flexibilizadoras da escola histórica de Savigny, quando se passou a pensar o direito sob o espírito pretendido pela lei e não sob a aplicação literal desta. De acordo com Savigny, o direito é um produto histórico da manifestação cultural, nascido do “*espírito do povo*” (*Volkgeist*), tendo suas origens “nas forças silenciosas e não no arbítrio do legislador”, e, portanto, devendo ser interpretado de acordo com o “espírito do povo” para sua escorreita aplicação (WIEACKER, 2010, p. 380).

As gerações de juristas que se seguiram conceberam a “teoria crítica do direito” (BARROSO, 2001), que entre vários questionamentos aduz que o conceito de direito e justiça não se encontra, em sua totalidade, nos códigos. O estudo da dogmática jurídica não pode insular-se da sociologia do direito, e das bases de legitimidade que lhe conferem a filosofia do direito, estando influída ainda por outras áreas do saber menos diretas, como a psicanálise, mas que ainda assim têm notória colaboração ao universo jurídico (BARROSO, 2001).

Para Perelman, as atrocidades cometidas durante a segunda grande guerra derrubaram a hegemonia do positivismo, erigindo o raciocínio de que “o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, entre os quais figura em primeiro plano a justiça”. Trata-se da consagração do raciocínio hoje em voga também pelo

neoconstitucionalismo, o qual preceitua que não há separação entre direito e justiça, atribuindo à função judicante a avaliação de valores morais em suas decisões. “Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao juiz, maior também a flexibilidade da norma, adaptável, pelo juiz, às circunstâncias e situações menos previstas. É quando dispõe de um grande poder de apreciação que o juiz tem condições de interpretar os termos da lei de modo que as consequências legais que deles tira concordem com seu senso de equidade” (PERELMAN, 2005, p. 291).

A aproximação entre direito e justiça trouxe para Page (1931, p. 112) preocupação no que tange à influência da subjetividade sobre as decisões, bem como acerca da insegurança que ditas decisões possam desencadear, enfatizando que, mesmo diante da abertura hermenêutica, ao juiz somente é dado o papel de declarar o direito. Trata-se de opinião da qual discordou Perelman (2005, p. 296), para quem ao juiz é dada atividade criativa do direito, repousando nas coletâneas de jurisprudência e não na doutrina e na legislação pura o direito vivo, pois são os tribunais os encarregados de dizer o direito, quando motivam suas decisões.

No escólio de Ronald Dworkin (2009, p. 9), o juiz exerce papel construtivo-interpretativo e não criativo em relação ao direito, pois cabe ao Judiciário dizer o direito, ainda que sua manifestação deflagre juízo de valor, o qual, segundo o autor, não passa de atividade de interpretação derivada da norma legislada, esta sim atividade criativa e de contornos políticos, porém exclusiva do Poder Legislativo (HART, 2007, p. 335).

De outra banda, Hart (2007, p. 335) critica o entendimento de Dworkin, invocando a natureza criativa da atividade jurisdicional, a qual se opera diante das lacunas do direito, erigindo novos direitos e restringindo o poder criativo dos julgadores vindouros. Hart aduz que a judicatura pressupõe legitimidade política para a atividade criativa do direito, ao revés do sustentado por Dworkin, alegando que ao aplicar o direito em concreto o juiz faz opções em determinado sentido político, tal qual um legislador⁴. E conclui: “O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é.”⁵ Esta conclusão deve ser interpretada em face da cultura americana, posto que a escolha de juízes é feita, em parte, com a chancela popular, de modo que a legitimação democrática das decisões judiciais oscila positivamente.

Mais modernamente, Mauro Cappelletti (1993, p. 21) sustenta que, ao executar a tarefa interpretativa, o juiz também exerce em determinado grau a tarefa criativa, derivada de certo *modicum* de discricionariedade natural à atividade interpretativa⁶. Tal pensamento reflete a intenção do escritor em legitimar muitas vezes o discurso de aproximação entre Estado julgador e jurisdicionado.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p. 152), existe certa atividade criativa na atuação do magistrado, ainda que de modo complementar à atividade legislativa. Segundo o autor, há uma linha divisória que separa as atividades judiciais e legislativas, conforme preceituadas na constituição, linha esta permeada de conceitos abertos e indefinidos, os quais são concretizados pela via interpretativa no caso concreto, atribuindo ao Judiciário a função de identificar, revelar e desenvolver o que já existe, trabalhando sobre o que foi dado pelo legislador.

Em hipóteses
excepcionais
cabe à função
jurisdicional a
criação do
direito

A relatora do primeiro projeto do novo Código de Processo Civil, Tereza Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54-9), entende que em hipóteses excepcionais cabe à função jurisdicional a criação do direito, notadamente quando a atuação do juiz voltar-se a concretizar conceitos legislativos vagos ou abertos, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, sem que isso afete o equilíbrio do estado democrático de direito. Não esconde, entretanto, sua preocupação com a excessiva porção subjetiva em julgamentos similares, o que torna o sistema brasileiro, atualmente, um tanto quanto instável.

Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 153) defende que a atividade exercida pelo juiz na atualidade ainda é interpretativa, porém destaca as possibilidades excepcionais de criação do direito na seara jurisdicional para a satisfação do caso concreto, nas demandas cuja pretensão funda-se em direito de base constitucional, de contornos amplos e abstratos⁷. O *civil law* de hoje precisa reconhecer o atual papel desenvolvido pela magistratura, numa linha tênue entre o exercício de julgar e legislar (ZAGREBELSKY, 2008, p. 153).

O papel criativo à judicatura já foi esposado por Eduardo Couture (1990, p. 42), ao sustentar que a função jurisdicional é ao mesmo tempo declarativa e criativa, pois confirma direitos preexistentes e cria novos estados jurídicos inexistentes antes da coisa julgada. Nas suas palavras: “Quando a lei cai no silêncio, podemos dizer, seguindo a metáfora do poeta, que este silêncio está povoado de vozes... quando o juiz dita sua sentença, não é só intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e cultas” (1990, p. 42).

Hoje, através de análise pouco atenta da atividade jurisdicional, já há quem afirme que é possível defender a atuação judicial com contornos extremamente diferentes da sua origem ou da tradição do *civil law*, eis que ao juiz brasileiro são atribuídas honrarias e esperanças de verdadeiro salvador da pátria (TARDELLI, 2013).

O direito positivado abandonou o mito da codificação casuística, completa e suficiente, dando lugar às normas de contornos abstratos, representadas por princípios e cláusulas gerais, que concedem liberdade de atuação à magistratura. Trata-se de liberdade que tem como escopo garantir a efetividade dos direitos fundamentais estatuídos na carta magna, trazendo em seu bojo, contudo, também uma faceta negativa: a insegurança jurídica, provocada pelas diversas soluções distintas atribuídas a um mesmo contexto jurídico.

Resta saber, entretanto, se o abandono legislativo sentido no Brasil está relacionado com a falta de vontade política ou ao posicionamento americano do juiz atuando como “legislador intersticial”. Holmes (p. 443, 460) revelou que onde houver dúvida o simples instrumento da lógica não é suficiente e, mesmo que ela esteja dissimulada, ou seja, inconsciente, os juízes serão chamados a exercer a prerrogativa da escolha.

De qualquer modo, mesmo entendendo que existe certa falta de legitimidade democrática do magistrado, ao extrair do texto legal um sentido mais ativista, Paulo Otero (2001, p. 171) nos posiciona quanto à questão da exclusiva legitimidade da maioria como critério de verdade. “Com efeito, o princípio majoritário nunca pode se transformar de simples critério decisório em efetivo critério de verdade: a maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo, nunca pode tornar legítimo aquilo

que por natureza é ilegítimo, tal como transformar em certo o que é em si mesmo errado.”

Para problematizar a questão que segue adiante, calha citar o pragmático Posner (2007, p. 403), o qual, ao estudar o juiz ativista, aponta que “quanto mais diversificado for o judiciário, mais difícil será prever o resultado dos casos de direito legislado e constitucional se o resultado depender de uma comparação das consequências. Contudo, tendo em vista que o judiciário norte-americano é e vai continuar sendo diversificado, a dedicação renovada à ‘interpretação’ seria uma melhor solução ou uma fuga”.

Conclui mencionando que não há técnica para reproduzir interpretações objetivas de textos difíceis, ou seja, mesmo tratando dos *hard cases*, temos que entender que a adoção dos precedentes judiciais obrigatórios é mesmo difícil até para quem os criou e com eles convive desde sempre.

3. A crise da insegurança jurídica: a difícil equação previsibilidade X efetividade do direito

Para discorrer sobre a temática apresentada no presente capítulo, é imprescindível, em primeira mão, abordar a questão do neoconstitucionalismo, que abriga em seu bojo o fulcro na efetividade, e esta, por sua vez, o problema da previsibilidade, ou da ausência desta, bem como a adoção da ferramenta “precedentes” para a tradição do *civil law*.

A lei fundamental de Bonn, de 1949, trouxe consigo um novo direito constitucional, nascido sob a égide da democratização e que, segundo Luís Roberto Barroso (2005), alçou a constituição ao apogeu em menos de uma geração, colocando a carta magna no centro do ordenamento jurídico. O intento inicial do neoconstitucionalismo busca ir além de seu precursor, o constitucionalismo, e avançar além da limitação do poder, mas consagrá-la e tornar efetivos os preceitos constitucionais, sobretudo no que se refere à concretização dos direitos fundamentais (AGRA, 2008, p. 31).

Acerca da formação neoconstitucionalista e sua diferença em relação ao jusnaturalismo, é o escólio de Suzanna Pozzolo (2010, p. 78-84):

A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser. [...] Tanto para o neoconstitucionalista, como para o jusnaturalista, ao contrário, o direito vale se é justo, ou seja, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo sobre a retidão para o jusnaturalismo é dado com base em uma norma que vale independentemente do direito e do ordenamento jurídico e guia a ação, independentemente dos conteúdos contingentes às normas jurídicas. Para o neoconstitucionalismo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente. É nesse ponto que surgem as dificuldades e as incompatibilidades com a visão positivista, já que o neoconstitucionalismo parece pressupor um significado valorativo objetivo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa.

Diante do exposto, é de se dizer que o neoconstitucionalismo tem por escopo tornar o Estado garantidor e efetivador dos direitos fundamentais. O Estado deixa de ser um fim em si mesmo, tornando-se mecanismo de concretização da dignidade da pessoa humana, esta alçada através da efetivação dos direitos fundamentais. Segundo Paulo Bonavides (2011, p. 65-6) busca-se “conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos”.

Em paralelo a esta nova descrição de funções do Estado, deparamo-nos com o desequilíbrio dos poderes da República. A inércia do Legislativo faz com que o Executivo e Judiciário tentem, de certo modo, suprir a lacuna deixada por aquele poder. Surge, assim, a figura do Judiciário como fiscalizador do poder exercido pelos demais poderes, em seus excessos ou omissões, atividade a que muitos atribuem o nome de “ativismo judicial”.

Para Paula Costa e Silva (2009, p. 26), “o Estado está vinculado por um direito que a todos conferiu, o direito de acesso aos tribunais, numa partilha das suas funções e poderes, o Estado reservou a função jurisdicional para os tribunais, o Estado está vinculado pelo princípio do processo equitativo nas estruturas processuais que cria”.

Diante da constitucionalização anunciada⁸, Cambi (2009, p. 10)⁹ sustenta que, embora os membros do Judiciário não sejam eleitos, é notória sua legitimidade para a efetivação dos direitos fundamentais. Se o objetivo do Estado é a concretização dos direitos fundamentais, a atividade jurisdicional, enquanto integrante do estado democrático de direito, também tem por fim a concretização destes direitos, mas o faz em atendimento ao caso concreto, daí depreendendo-se ampla margem de discricionariedade à atividade judicial hoje desempenhada.

Em Portugal, Paulo Otero argumenta que “o próprio Estado procura chamar a si a definição das regras de prevalência efetiva entre as diferentes interpretações” advindas da hermenêutica constitucional, sublinhando que o “Estado procurou confiar aos tribunais a última palavra na revelação (e garantia) da identidade axiológica da Constituição” (2001, p. 25).

E efetividade, no escólio de Roberto Barroso (2005, p. 71), “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Disto é possível afirmar que o aspecto mais emblemático do neoconstitucionalismo sobre o processo civil esteja na maior liberdade conferida ao julgador em qualquer esfera de jurisdição. E isto se dá em grande medida porque cabe ao juiz adequar a norma ordinária ao teor constitucional, através da interpretação, no mesmo sentido em que cabe a este julgador fornecer ao caso concreto o direito fundamental estabelecido na carta constitucional, direito este dotado de grande abstração, e que, não raro, assume em casos concretos que demandam o mesmo direito contornos e nuances bem distintos.

Neste sentido é o dizer de Paulo Otero (2010, p. 22):

Há em todos os textos constitucionais uma pluralidade de elementos que, concatenados e ordenados, habilita extrair um sentido axiológico dotado de uma determinada ‘arquitectónica’: esse todo surge, assim, como um sistema organizado e não um conjunto desordenado. Ora, é esse sistema de valores emergente da Constituição que, conferindo-lhe uma específica identidade individualizadora e caracterizadora, se procura determinar na sua unidade e organização: os

valores existentes num texto normativo são sempre dotados de uma ordenação e articulação que lhes confere um sentido unitário.

O magistrado, outrora mero aplicador da norma legislada, passa a interpretar-la e modelá-la de acordo com as necessidades do caso concreto, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, que por sua vez almejam atingir a dignidade da pessoa humana, aspecto também cambiante. E o que a princípio parece tão somente concretude e efetividade traz em seu bojo o risco da insegurança jurídica: a possibilidade de soluções diversas para casos similares, a variar de acordo com a interpretação dada por cada magistrado à norma constitucional¹⁰.

É certo que é impossível imputar somente ao neoconstitucionalismo e seu reflexo processual a insegurança jurídica hoje experimentada no Brasil. Sabe-se também que a amplitude cultural e social hoje vivenciada, e até mesmo o volume e velocidade das informações, faz com que a certeza do direito originariamente atribuída aos códigos se veja sucumbida, especialmente em um país continental como o Brasil.

Disto desprende-se a busca pelo valor considerado mais sobrevalente no estado democrático de direito: a efetividade do direito alcançada através da liberdade de atuação do magistrado ou a segurança jurídica, alçada pela previsibilidade das decisões judiciais.

De outro lado, a segurança jurídica aparentemente atingida pela ferramenta criativa judicial se mostra princípio tangente à ordem constitucional, cerne do estado democrático de direito, definida por Reinaldo Vanossi (2004, p. 47) como “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos a luz da liberdade reconhecida”.

A segurança jurídica constitui verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico e da interpretação deste, dada pelos tribunais. Trata-se, segundo o ministro Gilmar Mendes, de “valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (NUNES, 2010, p. 92).

De outra banda, a insegurança jurídica acarretada pela falta de previsibilidade das decisões judiciais enseja desconfiança dos agentes econômicos, prejudicando investimentos estrangeiros no Brasil¹¹.

Em Portugal, embora haja certo otimismo em relação aos investimentos recentes¹², Célia Costa revelou, em estudo propriamente direcionado ao impacto da justiça na economia, que, por conta do mau funcionamento do sistema da justiça, os prejuízos ultrapassam 11% do que poderia se projetar o PIB português. A lentidão é a maior responsável pelo desastre da desaprovação de 67,5% das empresas ouvidas em relação ao Judiciário¹³.

Pelos dados expostos, o diálogo entre *Economic Scholarship* e *Law* se impõe especialmente na esfera da previsibilidade e segurança jurídica. Para Arnoldo Wald, “numa fase na qual sociólogos e economista superaram sua anterior posição de relativa ignorância do direito e dos seus efeitos sobre a evolução da sociedade, generalizou-se o entendimento de acordo com o qual a boa, coerente e racional aplicação da lei é condição básica para o desenvolvimento”¹⁴.

Canotilho (1993, p. 371-2) reporta a ideia de segurança jurídica a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: “princípio da determinabilidade de leis, expresso na exigência de leis claras e densas, e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”. Desta assertiva, não se pode excluir, todavia, a hermenêutica jurídica dos tribunais em relação ao conteúdo das normas, pelo que também encetadores da segurança ou insegurança jurídica, tratando-se tais interpretações do direito vivo, concretamente aplicado, como alhures asseverado, e que detém o condão de solucionar, através da norma, o caso concreto. Neste sentido, Marinoni (2010) assevera que “o Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito pela jurisdição”; reafirmando não haver dúvida de que, atualmente, “toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o ‘modo de ser’ das regras”.

A segurança jurídica constitui verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico e da interpretação deste, dada pelos tribunais

Contudo, este “modo de ser” das regras se faz verdadeiramente enfraquecido quando, através da hermenêutica dos tribunais, casos similares são tratados de modo diverso. Refere-se, neste viés, tal diversidade a ponto de juízes distintos atribuírem procedência ou improcedência a casos juridicamente idênticos, ocasionando ao jurisdicionado verdadeira incredulidade¹⁵. E o sentimento do jurisdicionado não se limita a incredulidade, mas ao descrédito do Estado Democrático que se diz democrático e de direito, enquanto detentor do monopólio da solução de conflitos e que, ao não fazê-lo ou fazê-lo de modo inefetivo ou incongruente, enfraquece a força estatal. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 26), segurança jurídica consubstancia a democracia, de modo que uma é condição de existência da outra.

José Augusto Delgado (2012) aponta que “a doutrina jurídica contemporânea tem concentrado propósitos visando analisar, com profundidade, as consequências geradas para a sociedade pela crescente condição de imprevisibilidade que vêm assumindo, no Brasil, as decisões judiciais”.

No *civil law*, atribuiu-se originariamente à letra da lei a segurança jurídica, entendendo-se que a vinculação do juiz à mera aplicação literal da norma legislada seria o suficiente para a manutenção da segurança. Este pensamento garantista, nascido da Revolução Francesa, pretende afastar o casuísmo judicial e alcançar o ideal de igualdade, mas deixa escapar que o tratamento diferenciado deve ser aplicado a questões diferenciadas, a fim de, aí sim, aplicar a igualdade substancial. Nesta toada, Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 26) sustenta que a “vinculação entre a lei e o sistema é, pois, um elemento necessário de qualquer cultura jurídica consistente e duradoura”.

No entanto, sabe-se que a atividade hoje desenvolvida pela judicatura não é a mesma de outrora, tratando-se de uma modificação advinda das necessidades sociais. A premência de efetivação dos preceitos constitucionais (estes abstratos e amplos), o reconhecimento da impossibilidade de se imputar à lei a totalidade das circunstâncias fáticas, a dinâmica social e mesmo a inércia do legislador fazem com que a segurança jurídica tenha de ser buscada em outro respaldo.

De outro modo, o *common law* sempre tributou a segurança jurídica ao controle da atividade jurisdicional.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, 2010, p. 63).

Disto infere-se que a previsibilidade das decisões judiciais constitui verdadeiro valor moral do qual o ser humano [não] prescinde para se desenvolver socialmente (MARINONI, 2010), sem o qual, muito embora pautado na letra da lei, permanece o jurisdicionado perdido no emaranhado de interpretações possíveis e vigentes desta mesma lei. Conquanto Karl Larenz (1991, p. 13) diga que é impossível e inviável embasar a ciência jurídica sobre um sistema axiológico, o *common law* prova o contrário, demonstrando-se evidentemente histórico, previsível e conservador. É na tradição do *civil law*, nos moldes atuais, que o magistrado tem maior liberdade de manipular o sistema jurídico.

Montesquieu já referenciava a necessidade de previsibilidade dos julgados:

Mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos (NUNES, 2010, p. 94).

O fato é que a insegurança jurídica abarca também o prejuízo à efetividade do direito, e conseqüentemente da economia, uma vez que o efeito da loteria judicial torna indeterminado o que efetivamente seja o direito concretamente admitido.

Do exposto, em síntese, é de concluir que a atuação jurisdicional deve ter em seu escopo a segurança jurídica e a efetividade, não havendo em verdade uma equação excludente de qualquer um destes princípios, mas verdadeiro equilíbrio entre ambos.

A forma de se buscar este equilíbrio é que deve ser questionada, porquanto a adoção de um ou outro mecanismo serve apenas de diretriz processual para não se perder o bom senso do sistema e ainda buscar sua realizabilidade fática dentro da expectativa do jurisdicionado.

Enfim, o valor da adoção do precedente obrigatório poderá ser agora colocado em xeque, como revelam, em relação às cortes americanas, lembrando se tratar do nascedouro do instituto em exame, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 78):

Os juízes podem reportar-se ao precedente porque se deixam submeter à autoridade da corte ou porque foram persuadidos pela sua fundamentação; porque são preguiçosos demais para resolverem os problemas por si próprios, porque não querem correr o risco de ter uma decisão revista pela instância superior, ou por uma variedade de outras razões. Estas são as principais razões para o uso da autoridade dos julgados na tradição [do] *common law*, e a ausência de qualquer regra formal de *stare decisis* é relativamente desimportante.

Portanto, vê-se a preocupação em relação à aplicabilidade dos precedentes judiciais obrigatórios, mesmo na sua origem, onde se expõe a necessidade de um modelo que de fato é desnecessário, posto que o juiz ativista se torna responsável pelas suas decisões, mas a cada dia menos propenso a agir de modo alternativo ou aditivo, como se diz em Portugal.

4. Os precedentes judiciais: solução ou engessamento do sistema?

Se anteriormente o sistema do *civil law* acreditava que a segurança jurídica seria encontrada na letra da lei, não é o que se infere do contexto social e histórico que se apresenta hoje.

Neste momento, o que se pretende expor é que, existindo maior liberdade de julgamento pelo Estado-juiz, não raro surgem entendimentos opostos quanto a casos similares ou idênticos, ensejando um contraponto entre a necessidade de efetividade e a segurança jurídica, que, como já

vimos, devem ter um equilíbrio para que nos aproximemos da ordem jurídica perfeita.

É impossível olvidar que a aplicação da norma ao caso concreto, na forma como se dá a atuação judicante atual, estabelece brecha para entendimentos dissonantes ou até mesmo conflitantes em situações similares, o que coloca em xeque a coesão do Poder Judiciário enquanto poder uno, bem como ameaça de morte a segurança jurídica: “A ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição” (MARINONI, 2010, p. 78).

Frise-se, ainda, que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil ocasiona tanto a avaliação de constitucionalidade por tribunal com competência específica quanto como pela magistratura ordinária, sobre o que Marinoni (2010, p. 78) preleciona: “A necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unidade da interpretação infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.”

Na mesma toada, Capelletti (1975, p. 62) alega que a utilização do controle misto de constitucionalidade no *civil law*, conforme o modelo estabelecido no *common law*, sem a devida adoção de precedentes vinculativos ocorrida neste sistema, ensejaria a possibilidade de aplicação de uma lei por um juiz ou tribunal, ao mesmo tempo que outros juízes ou tribunais negassem sua aplicação, considerando-a inconstitucional. Aduz o autor que nada impediria que se formassem verdadeiras facções jurisprudenciais, donde adviria uma grave incerteza jurídica e conflito entre órgãos jurisdicionais.

Neste diapasão, não se podendo mais atribuir a segurança jurídica única e exclusivamente à codificação, bem como tendo o *civil law* herdado a viabilidade interpretativa de lei pelo Judiciário ínsito ao *common law*, é imperativa a adoção do sistema de segurança jurídica inerente a este sistema, consubstanciado no poder vinculativo dos precedentes, sem prejuízo ao livre convencimento do magistrado e à liberdade de julgar.

Mesmo Kelsen (2000, p. 267-8) já concebia a possibilidade do precedente vinculante de cunho criativo, mas delimitava esta possibilidade a tribunais de última instância.

E bem por isso grande parcela da doutrina, afirmando a aproximação das tradições do *common* e do *civil law*, bem como a adoção de institutos de um para outro sistema, atribui à teoria dos precedentes vinculativos a solução do problema da insegurança jurídica dada pela imprevisibilidade judicial, ora vivenciada no direito brasileiro¹⁶.

Doutrina especializada se opõe à vinculatividade dos precedentes arguindo que essa vinculatividade irracional acarreta a generalização do julgamento de teses, o que não atende às peculiaridades das causas concretas, rebatendo a ideia de um Judiciário julgador de teses ao invés de julgador de causas¹⁷. O ganho de poder experimentado pelo juiz do *civil law* vem recebendo acirradas críticas. Para Lenio Luiz Streck (2011), “nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação, ocorrendo assim um processo de dispositivação da *common law*”. Sustenta-se que nem mesmo nos países que seguem a tradicional utilização dos precedentes a utilização se revela de forma mecânica em privilégio à eficiência quantitativa do Judiciário, mas deve atender à independência dos magistrados e ao enriquecimento das discussões jurídicas, sob pena do desestímulo ao acesso à justiça (STRECK, 2011).

A mesma doutrina confessa irreversível o processo de miscigenação entre o *common* e o *civil law*, contudo atesta que se o próprio legislador restou falho em estabelecer um ordenamento jurídico blindado a entendimentos dissonantes, esta atividade não pode ser absorvida pelo Judiciário, eis que previsível seu insucesso. Adota, pois, a necessidade de privilegiar o caso concreto e a efetividade justa¹⁸.

Há, ainda, o risco de enfraquecimento do juiz ordinário, o qual se limitaria, assim como o juiz da Revolução Francesa, a repetir as decisões das cortes superiores. Nesta escola, a adoção do *stare decisis* viola a autonomia e a independência da magistratura, obrigando o juízo ordinário a adotar o entendimento dos tribunais ordinários ou superiores. Claro, a não ser que, com o pacto de inovação estudado, venha também a possibilidade de julgamento conforme e por equidade, porquanto no *civil law* sacrifica-se a flexibilidade em favor da certeza, onde, em outro canto, no *common law*, procura-se balancear estes dois valores proporcionalmente.

Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 85) revelam que precedentes são mecanismos relacionados com a equidade do direito consuetudinário. Proferem:

Em relação à discricionariedade judicial, os juízes da *common law* tradicionalmente possuem poderes inerentes ao exercício da sua função para aplicar a equidade: eles podem moldar o resultado de um caso às exigências dos fatos, atenuar a norma onde necessário para promover a justiça substancial, bem como interpretar e reinterpretar a norma para fazer com que ela responda às mudanças sociais. Estes poderes não são vistos como ameaça à certeza jurídica; de fato, a certeza deve ser alcançada através da doutrina do *stare decisis*, ela própria uma doutrina judicial. As dificuldades de compatibilidade do apelo da certeza jurídica com a justiça do caso concreto resultam em um problema a ser resolvido pelos próprios juízes.

Pelo exposto, fica evidente a míope visão de alguns que defendem a simples similaridade com a tradição americana ao trazerem estes institutos ao Brasil. O que resta aguardar é a difícil adaptação de “tradições” jurídicas tão diversas e essencialmente distantes.

5. Conclusão

Vistos os pontos negativos, passa-se à exposição dos pontos havidos como positivos a suscitar a adoção da teoria dos precedentes no *civil law*, se é que podemos assim enunciar.

Em que pese ser indiscutível a inexistência da subordinação entre juízes singulares ou entre juiz singular e tribunal, o fato é que à função judicante não é autorizado julgar com base em entendimentos subjetivos. Assim, cabe à função judicante a aplicação do direito, ainda que interpretado, porém realizado de forma globalmente considerada, a não desbordar do restante da sistemática jurídica. A decisão judicial deve contribuir para a sedimentação e a segurança do direito, e não, de modo contrário, para a derrocada da ordem democrática.

Como principal argumento à adoção da teoria dos precedentes vinculativos, situa-se a necessidade da garantia da segurança jurídica através da previsibilidade (SARLET, 2006, p. 11). A segurança jurídica está ligada à dignidade da pessoa humana, tendo correlação com os direitos fundamentais de primeira geração: vida, liberdade, igualdade e propriedade, atinentes à delimitação da intervenção do Estado na vida privada.

Disto depreende-se a imprescindibilidade da segurança jurídica, bem como que esta é a base para a previsibilidade, uniformidade de interpretação e aplicação do direito, além da estabilidade das decisões, ao que se atribui o *stare decisis* como garantidor.

Trata-se de perpetuar no tempo o poder e a autoridade do estado de direito, garantindo que tanto a norma legislada quanto o entendimento do Poder Judiciário acerca desta mesma norma não serão inopinadamente alterados ao sabor das vontades passageiras.

Assim, é de se dizer que a utilização do precedente não prejudica a independência do juiz, pois também não induz uma subordinação absoluta, existindo possibilidades de alterações dos precedentes bem como de afastamento diante de escorreta fundamentação e da divergência do precedente paradigmático à tutela do caso litigado.

Não merece prevalecer o argumento que suscita o *stare decisis* como violação à tripartição de poderes, pois ao Judiciário não se está conferindo competência legislativa de obrigatoriedade geral, mas tão somente uma linha de obrigatoriedade intrínseca a este poder, em sentido vertical e horizontal.

No mesmo sentido, a adoção dos precedentes, por conferir previsibilidade, favorece a atuação de investidores estrangeiros no país e estanca montantes despendidos desnecessariamente pelo Estado e pelas partes na manutenção de litígios inócuos, pois a previsibilidade das decisões tende a reduzir a proliferação de litígios e a recorribilidade desmedida e infundada, de modo que somente os casos de relevância e flagrante erro de direito subam aos tribunais, abandonando a hoje reinante prática recursal, que se estabelece como regra.

Portanto, sob o aspecto utilitarista, podemos até dar as boas-vindas aos precedentes judiciais vinculantes, obviamente após a fixação de regras de implementação, competência, flexibilização e aplicação.

Muito ainda há que ser feito e estudado sobre o assunto.

Notas

1. Agradeço, pela pesquisa jurisprudencial, à Dra. Thaiz Singer Correia da Silva.
2. Ruy Alves Henriques Filho. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Magistrado no Paraná, atualmente em segundo grau de jurisdição, atuando na 5. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com ênfase em Processo Civil, sob a orientação do Prof. Luiz Guilherme Marinoni. Aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Dr. Paulo Otero. Pós-graduado pela Universidade de Gainesville (Flórida), Universidade Castilla La Mancha (Toledo, Espanha), IBEJ, EMAP e Escola do MP. Autor dos livros *Direitos Fundamentais e Processo*, pela Editora Renovar (2006) e *Processo Constitucional*, pela Editora Juruá (2010). Docente do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA há 10 anos e da EMAP, escola da Magistratura do Paraná há 16 anos. Professor do COGEAE – Centro de Estudos de Pós Graduação da PUC/SP e da Pós Graduação da Faculdade de Direito Integrado (Campo Mourão).
3. A própria Lei Revolucionária de agosto de 1790 afirmou que os tribunais deveriam manter-se imparciais ao exercício legislativo, estando impedidos de obstar ou suspender a execução das decisões do Poder Legislativo, estabelecendo ainda a necessidade de que os tribunais se reportassem ao Legislativo em caso de dúvida interpretativa ou insuficiência legislativa (MARINONI, 2012, p. 26).
4. “Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito” (DWORKIN, 2009, p. 338).
5. “A textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante (...). Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a mesma última palavra dotada de autoridade” (DWORKIN, 2009, p. 155-9).
6. “Com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação” (CAPPELLETTI, 1993, p. 21).
7. “*En síntesis: el legislador debe resignar-se a ver sus leyes tratadas como ‘partes’ del derecho, y no como ‘todo el derecho.’*”
8. BARROSO, *op cit.*, p. 6.
9. CAMBI, *op. cit.*, p. 10
10. De acordo com Jorge Miranda (2007, p. 319): “Em última análise, o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito. Mas um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idôneas, tendo sempre em conta a mutável realidade constitucional.”
11. Em entrevista, Mark Mobius, economista e cientista político Americano, atualmente o maior investidor Americano no Brasil, revelou que “a ideia do Brasil decolando passou; a falta de previsibilidade assusta todo mundo” (Época, 2013. p. 65).

12. Para saber mais: <[http://www.ey.com.br/Publication/vwLUAssets/EY-Portuguese-attractiveness-survey-2013/\\$FILE/EY-Portuguese-attractiveness-survey-2013.pdf](http://www.ey.com.br/Publication/vwLUAssets/EY-Portuguese-attractiveness-survey-2013/$FILE/EY-Portuguese-attractiveness-survey-2013.pdf)> Acesso em 10 de maio de 2014.
13. Para ver todo o estudo, acesse: <http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper_13.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2014.
14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/Estabilidade_direito.htm> Acesso em 10 de maio de 2014.
15. Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição (MARINONI, 2010, p. 77-8).
16. Observe-se o artigo 520 do Projeto a Novo Código de Processo Civil brasileiro, n. 8046-B de 2010. Senado Federal.
17. “Desde já algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo. O suposto é que seja possível estabelecer ‘standards interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de ‘maior hierarquia’, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o ‘tema’ a ‘tese’ subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na ‘tese’ que lhes torna idênticos aos anteriores” (THEODORO JUNIOR, H.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 24/25).
18. Tal alegação é refutada à medida que se permite a diferenciação entre os casos e eventual afastamento do precedente, efetivado através do *distinguishing*.

Referências

- AGRA, Walber Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUISROBERTO-BARROSO.pdf> Acesso em: 28 set. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso: 12 nov. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- _____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2001, v. 20, p. 271.
- _____. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nei diritto comparato*. Milão: Giuffrè Editore, 1975.
- COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho processual civil*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acesso em: 12 mai. 2012.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- FUCS, José. Mark Mobius: “A ideia do Brasil decolando passou”. *Revista Época*. São Paulo: Editora Globo, p. 65, fevereiro 2013.
- HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HOLMES, Oliver Wendell. *Law in Science and Science in law*. Harvard Review.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2010/11/AJURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA11.pdf>> p. 18. Acesso em: 12 mai. 2012.
- _____. *A esquecida necessidade de igualdade perante as decisões judiciais e a falta de perspectiva para o futuro projeto do CPC*. *Revista Jurídica* 397, novembro de 2010, p. 21/26.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ – PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas judiciais da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- OTERO, Paulo. *A democracia totalitária. Do Estado totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: principia publicações. 2001.
- _____. *Direito constitucional português*. V1. Coimbra: Almedina, 2010.
- PAGE, Henry. *A propos du gouvernement des juges*. Paris: Libr. du Recueil Sirey, 1931.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Título Original: The problem of jurisprudence. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, dezembro, 2006.
- _____. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e com o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*. Disponível em: <http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/2011/argumentum_11.pdf> Acesso em 29 mar. 2012.
- TARDELLI, Brenno. *Combate à corrupção virou histeria coletiva*. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/brenno-tardelli-combate-corrupcao-virou-histeria-coletiva>> Acesso em 12 out. 2013.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v.189, novembro, 2010, p. 24/25.
- VANOSSI, Jorge Reynaldo A. *Propuesta de una reforma judicial*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law*. São Paulo: Revista Jurídica, n. 384, outubro, 2009, p. 54-59.
- _____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

DOCTRINA



Divórcio liminar: reflexões

Denise Damo Comel¹

Juíza de Direito da 1a. Vara da Família de Ponta Grossa – PR

Resumo: A possibilidade de o divórcio ser decretado liminarmente, em sede de antecipação de tutela, sob a ótica do estado de família, decorre do casamento, como direito potestativo dos cônjuges. Mas, no mínimo, essa manifestação deve ser levada ao conhecimento do outro cônjuge.

A verdade do Direito de Família está na dignidade do homem e a dignidade do homem encontra seu espaço na Família. Na Família está a Justiça como a verdade do Ser: sua Vida (plena) e sua Liberdade (que não escraviza, que não ilude, que não engana).

Rosa Maria de Andrade Nery²

AS DISCUSSÕES NO MEIO ACADÊMICO acerca do divórcio liminar começaram a partir de uma decisão singular de um magistrado baiano³ que decretou o divórcio de um casal liminarmente, em sede de antecipação de tutela.

A tese do divórcio liminar sustenta-se na compreensão de que a Emenda Constitucional 66/10 extirpou do ordenamento jurídico o debate da culpa na dissolução do casamento, estabelecendo como premissa a necessidade de realização da vida afetiva dos cônjuges, uma vez declarada a incapacidade de reestruturação da sociedade conjugal.

Firma-se entendimento de que se manter casado é matéria apenas de direito, donde não haveria ofensa ao princípio do contraditório na antecipação da tutela *initio litis*, liberando desde logo as partes para realização da felicidade afetiva.

Assim, seria possível a concessão do divórcio liminar tão somente diante do pedido de um dos cônjuges, em ação litigiosa, antes mesmo da citação da outra parte. Hipótese, gize-se, que não se confunde com a do divórcio incidental, decretado em decisão intercorrente, proferida no curso do processo, após a citação e decurso do prazo de defesa da parte ré, o que já vem sendo admitido no meio forense sem maiores discussões.

Pois bem. É fato que o divórcio, com a redação dada ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 66/10, permaneceu como única solução voluntária para o fim do casamento, inclusive sem qualquer limitação temporal, resolvida, ainda, a dicotomia anteriormente existente para a dissolução do vínculo conjugal (separação judicial como procedimento prévio ao divórcio).

Porque não recepcionadas pela reforma constitucional as regras que impunham requisitos subjetivos e objetivos para a dissolução do casamento, entende-se que não mais remanesceram requisitos, prazos ou outras cautelas legais a serem observadas no âmbito do direito material para a concessão do divórcio. Pode agora ser decretado tão somente diante da manifestação de vontade dos cônjuges e independentemente do transcurso de qualquer prazo (seja de casamento, seja de separação de fato)⁴, tido, por alguns, como direito potestativo dos cônjuges⁵.

Todavia, disso não se pode extrair que a manifestação de vontade de apenas um dos cônjuges, por si só, autorize liminarmente a dissolução do vínculo, com todos os efeitos que dela decorrem, sem que no mínimo referida vontade chegue até o conhecimento do outro cônjuge, de forma procedimental.

Com efeito, a ação de divórcio diz respeito ao estado das pessoas. Nela pretende-se a obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família em que estão inseridos os cônjuges⁶.

O estado de família é um atributo da personalidade que reflete a posição de cada pessoa a respeito de sua própria família, como perante a

sociedade. Difere da posição jurídica da pessoa natural considerada em si mesma, embora ambas as situações sejam diretamente amparadas pelo ordenamento jurídico⁷.

O estado de família denota uma relação entre parentes ou entre cônjuges, enquanto que o estado individual da pessoa reflete seu próprio direito à identidade, amparado pelo ordenamento jurídico de maneira *erga omnes*. O estado individual é pautado pelos elementos que se ligam à individualidade do sujeito. Já o estado de família se estabelece mediante o vínculo familiar e parental que se constitui entre determinadas pessoas, daí a indissociável correlação entre os respectivos estados. Vale dizer, alguém não pode estar inserido no estado de casado como marido se não existir a respectiva cônjuge mulher; ninguém é pai se não existir o respectivo filho.

Ainda, porque se insere no rol dos direitos da personalidade⁸, o estado de família reveste-se de suas mesmas características, dentre as quais se destacam ser absoluto, geral, extrapatrimonial e indisponível⁹.

Uma das consequências da indisponibilidade é a impossibilidade de renúncia, “em razão da natureza de ordem pública que possuem suas disposições”¹⁰, uma vez que produz efeitos além da esfera dos interesses dos titulares.

Caracteriza-se, ademais, pela estabilidade, a qual “significa que somente pode ser modificado na forma que a lei expressamente o estabelece e não pela livre vontade dos interessados”¹¹.

Acrescente-se que se diferencia pela característica fundamental da unidade, pois “o estado de família deve ser apreciado com relação a cada indivíduo em particular e compreende todos os vínculos jurídicos familiares que o ligam com outras pessoas, qualquer que seja a qualificação de tais vínculos”¹².

Aliás, a maior importância do estado de casado deriva do próprio propósito do casamento, qual seja, a “comunhão plena de vida” (Código Civil, art. 1.511), efeito por excelência do casamento¹³ e que implica a inserção do casal em uma comunidade (unidade) de existência, sem qualquer re-

O estado de família é um atributo da personalidade que reflete a posição de cada pessoa a respeito de sua própria família

serva ou condição, mas que lhe servirá de proteção e amparo para a vida a partir de então.

Disso se extrai que não há possibilidade de que o estado de casado – no qual, frise-se, estão inseridos ambos os cônjuges, exatamente na mesma condição e com as mesmas prerrogativas – seja modificado apenas diante da manifestação de vontade de um deles. A hipótese em exame viola direito personalíssimo do outro cônjuge, interfere no espaço de sua intimidade e vida privada, com reflexos na órbita intocável de sua dignidade pessoal, valor mais caro da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III; art. 5º, X).

Até porque “o divórcio não é uma situação normal nem banal”¹⁴, como se tem reiteradamente considerado. Implica um delicado momento da vida dos cônjuges e da família, que em certos casos exige anos e por vezes toda uma existência a ser elaborado e vencido¹⁵. Impõe-se, a toda evidência, uma tutela diferenciada, no mínimo sensível à dignidade de cada cônjuge.

Nessa linha de pensamento, a compreensão do divórcio como direito potestativo dos cônjuges merece alguma ponderação.

Não se discute que, à luz do atual ordenamento jurídico, não há argumento que possa obstar a pretensão de um dos cônjuges de dissolução do vínculo conjugal. Se um deles não quer mais permanecer no estado de casado e intenta ação de divórcio, o vínculo será necessariamente dissolvido, independentemente da concordância ou não do outro cônjuge. Ainda que haja oposição expressa, o divórcio será decretado e o casamento extinto, se persistir a inequívoca vontade de ao menos um dos cônjuges, tudo sem prejuízo de que as demais questões relacionadas aos interesses da família, como por exemplo alimentos e a situação dos filhos, sejam igualmente resolvidas.

Ocorre que esse poder de impor a vontade que se reconhece aos cônjuges para dissolução do vínculo conjugal deverá respeitar o estado de família que o casamento estabelece e ao qual estão jungidos o marido e a mulher. O estado de casado é uma unidade, recíproco e indissociável, também irrenunciável, de modo que não pode ser desconstituído tão somente pela manifestação de vontade não receptícia de um dos cônjuges, ainda que venha a ser, posterior e inexoravelmente, sancionado pelo comando jurisdicional.

Trata-se de um direito limitado em poder como, de regra, são os direitos da personalidade e os direitos de família¹⁶. Potestatividade, portanto, que só pode ser compreendida como um estado de poder comum dos cônjuges, vinculando-os de tal forma a não se permitirem efeitos definitivos ao exercício unilateral e isolado.

Assim como eles se casam pela manifestação de vontade, um frente ao outro, perante o Estado, que assiste e sanciona, igualmente o descasar deve se dar um frente ao outro (receptividade), ainda que por vontade, já agora, unilateral. A receptividade se impõe, lá e cá; é questão de respeito à dignidade de cada qual, reciprocamente.

Até porque o divórcio liminar levaria à esdrúxula situação de um dos cônjuges saber-se divorciado e assim se colocar perante a sociedade, enquanto o outro imaginaria ainda estar casado e assim se conduziria, ignorando, na verdade, a alteração de seu próprio estado civil. Sem se falar de eventual procrastinação processual intencional do cônjuge divorciado, beneficiado pela liminar, sabido que o rompimento do vínculo, tanto no regime da comunhão universal como na comunhão parcial de bens, traz consequências patrimoniais de toda sorte, além das questões obrigacionais perante terceiros, à sorrelfa do outro (já divorciado, mas que se supunha acobertado e garantido pelo casamento, inclusive no aspecto patrimonial e não só no institucional e social).

Ainda, a problemática com relação aos filhos e parentes vinculados pela afinidade¹⁷ – porque o divórcio estende seus efeitos necessariamente aos filhos havidos do casamento e também à relação de parentesco por afinidade (Código Civil, art. 1.595).

Não menos ponderáveis são as implicações de natureza processual da decisão liminar, a merecer até mesmo estudo separado. A título de ilustração, citam-se apenas duas, que se afiguram da maior relevância: o fato de ser irreversível (depois da averbação do assento de registro civil), donde o obstáculo contido no art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil; e a característica da precariedade e provisoriedade, incompatíveis com as ações de estado.

É de rigor, portanto, que na ação de divórcio se perfectibilize a ciência do cônjuge requerido sobre a pretensão, mediante regular citação, dando-lhe o indispensável conhecimento da vontade do outro – ainda

que ela, invariavelmente, culmine com o fim do casamento – para que somente então o divórcio seja decretado e, com ele, alterado o estado de família do casal.

Notas

1. Denise Damo Comel. Doutora em Direito. Juíza de Direito da 1a. Vara da Família e Sucessões, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ponta Grossa/PR. Professora na Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel e Licenciada em Psicologia. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Especialista em Psicologia da Educação. Autora dos livros *Do Poder Familiar* (Revista dos Tribunais), *Manual Prático da Vara de Família* (Juruá, 3. ed.), *Manual Prático da Vara dos Registros Públicos* (Juruá, 2014) e *Novo Código de Normas do Foro Extrajudicial* (Provimento n. 249/2013, da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná): o que muda: análise comparativa com as normas revogadas, em coautoria com Caroline Michelotto Pereira Alves e Outras (J.M. Editora), bem como de diversos artigos publicados em periódicos especializados.
2. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil: família*. São Paulo: RT, 2013, p. 43.
3. A decisão foi proferida nos autos n. 0518107-66.2013.8.05.0001, de ação de divórcio litigioso ajuizada pelo marido, que tramitou pelo juízo da 6ª Vara de Família, Sucessões, Órfãos, Interdição e Ausentes de Salvador/BA, e decretou o divórcio em sede de antecipação de tutela, antes mesmo da citação da mulher. Referida decisão se reporta a outra oriunda do juízo da Vara Cível da Comarca de Alagoinhas/BA, nos autos n. 4428-81.2012.805.0004 que, ao que parece, decretou o divórcio de forma incidental, mas após a citação da parte requerida.
4. COMEL, Denise Damo. *Manual Prático da Vara de Família: roteiros, procedimentos, despachos, sentenças, audiências*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 249-50.
5. Direitos potestativos são aqueles direitos que existem por si, que são direitos independentemente de outros e se exercem por ato unilateral do titular, “seja por declaração unilateral de vontade ao interessado, ou a alguma autoridade, ou seja por simples manifestação unilateral de vontade, ou seja por meio de ação” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Campinas: Bookseller, 2000. t. v. p. 280.
6. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 5, p. 31.
7. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 127.
8. “Conceitua-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”

- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 136.
9. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 144.
 10. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 129.
 11. Idem.
 12. Idem.
 13. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 148.
 14. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudo de direito de família e pareceres de direito civil*. São Paulo: Forense, 2011. p. 31.
 15. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 31.
 16. MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 280.
 17. “Quando um casal se divorcia a ruptura atinge o outro cônjuge, os filhos, os parentes e amigos, colegas de profissão, estilos de vida, posição socioeconômica, autoestima e significado de vida” LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 33.

Referências

- COMEL, Denise Damo. *Manual Prático da Vara de Família: roteiros, procedimentos, despachos, sentenças, audiências*. Curitiba: Juruá, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudo de direito de família e pareceres de direito civil*, São Paulo: Forense, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Campinas: Bookseller, 2000. t. V.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil: família*. São Paulo: RT, 2013.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 5.

La experiencia española respecto del procedimiento para el enjuiciamiento rápido en los casos de delitos cometidos ‘in flagranti’ y la posibilidad de incorporación de sus principios inspiradores al sistema procesal penal brasileño

Emerson Luciano Prado Spak¹

Juiz de Direito da 2a. Vara Criminal da Comarca de União da Vitória – PR

Si PUDIÉSEMOS ELEGIR EL MAL del siglo para el poder judicial seria el retraso o dilaciones. No se puede negar que la busca de la prestación jurisdiccional por parte de las personas aumentó considerablemente en los últimos años, pero el poder judicial no ha conseguido reducir o disminuir la creciente carga de trabajo. Es una realidad que ocurre y preocupa a los sistemas jurídicos de gran parte del mundo occidental.

Además, mientras vivimos en una época de fácil acceso a la información y al conocimiento por medio del internet, de fuerte competitividad en el medio social, de rápida circulación de bienes e servicios, donde la celeridad es un imperativo, todavía hacemos los enjuiciamientos de la misma forma morosa que hacíamos en siglo XVII o XIX. Para cada hecho, una gran cantidad de documentos y procedimientos burocráticos, aunque esenciales que van a culminar en una sentencia resolviendo la cuestión *sub examine*.

Con todo, y en las palabras del profesor brasileño Samuel Miranda Arruda,

processo justo e processo moroso são noções incompatíveis e inconciliáveis. O processo devido – constitucionalmente exigido – não pode deixar de transcorrer em prazo razoável. A tramitação em tempo ex-

cessivo dificulta a defesa e a produção probatória, causando prejuízo à parte. Para além disso, a morosidade dilata o período de incerteza que a pendência de uma ação judicial provoca. Esta indefinição, em alguns casos, tem reflexos nas esferas patrimonial e psicológica do jurisdicionado, não sendo desprezíveis os efeitos negativos advindos em decorrência². Ya lo decía Rui Barbosa, jurista brasileiro: “*justicia tardía no es justicia, sino injusticia cualificada y manifiesta*” (in <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1086>).

No obstante, podemos y debemos buscar alternativas para la morosidad mientras no haya una reforma legislativa eficiente y definitiva para dicho desafío. Según Humberto Theodoro Junior, en nuestro tiempo, es preciso tomar conciencia de que la mejora de la prestación jurisdiccional no ocurrirá solo a través de modificaciones de las leyes, tampoco por simples aumento del jueces; es posible esperar que, a través de modernas técnicas de gerencia de calidad, los responsables de la Justicia brasileña asuman postura de mayor osadía y creatividad³.

Especialmente en relación a la detención o prisión adoptada en flagrante delito, se puede verificar que en el ordenamiento jurídico español hay una interesante y eficaz solución para posibilitar la eficacia de una tutela judicial rápida, eficiencia tan suplicada por la sociedad. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido, previsto en el artículo 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español (LECrim), establece la posibilidad de investigación y enjuiciamiento de hechos, ocurridos *in flagranti*, de forma acelerada y eficaz. Por consiguiente, esos principios inspiradores aplicables en el régimen español pueden ser utilizados para optimizar los procedimientos procesales criminales de la justicia brasileña.

Recientemente, fue creado un procedimiento rápido, concentrado y oral para apuración e ensayo de hechos en España. La Ley 10/1992, de 10 de abril, “*de medidas urgentes de reforma procesal*”, reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo al “*procedimiento abreviado*”, a fin de lograr que, en ciertos casos, ese proceso pudiese desarrollarse con especial rapidez. A su vez, la Ley 30/2002, de 24 de octubre, establece una nueva regulación del procedimiento abreviado llamado “*procedimiento*

para el enjuiciamiento rápido y inmediato de determinados delitos y faltas” (los que han dado en llamarse “juicios rápidos”)⁴.

Según Jesús Zarzalejos Nieto, este nuevo procedimiento

se caracteriza por el mayor protagonismo de la Policía Judicial, cuyo atestado es decisivo para la tramitación de este procedimiento. La fiscalía asume plenamente su función acusatoria, facilitando con su acusación inmediata incluso la conformidad del imputado en el servicio de guardia. Al Juzgado de Guardia se le confía una mínima y urgente instrucción, mientras dure la guardia, sin perjuicio de su novedosa postestad para dictar la sentencia de conformidad (art. 87. 1.b) LOP), que no vulnera su imparcialidad porque no precisa valoración de prueba sobre hechos investigados⁵

Además, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, el ámbito objetivo de este procedimiento comprende los siguientes delitos: a) los delitos flagrantes, que abarcan los supuestos de detención del delincuente en el momento de cometer el delito y en los inmediatamente posteriores a la comisión; b) los delitos de violencia doméstica, hurto y robo, contra la seguridad del tráfico, contra la salud pública y flagrantes contra la propiedad industrial e intelectual y; c) los hechos punibles que presumiblemente tengan una instrucción sencilla.

La policía judicial tiene la responsabilidad de tramitar urgentemente las diligencias de investigación esenciales y las citaciones de las personas que deban comparecer ante el Juzgado de Guardia. Estas actuaciones deben realizarse, en todo caso, en el plazo máximo de la detención, o sea, de 72 horas.

Recibido el atestado, el juez de guardia ordenará, si proceda, la incoación de diligencias urgentes (art. 797 LECrim), con la participación activa del Ministerio Fiscal. Tales diligencias consistirán en recabar los antecedentes penales del detenido o imputado; practicar las diligencias necesarias para calificación de los hechos y no incorporadas al atestado policial (informes periciales, exámenes forenses, tasaciones de bienes), tomar declaración al detenido o imputado en el atestado policial, trasladándole la imputación, informándole de sus derechos, requiriéndole un

domicilio y advirtiéndole de la posibilidad de juzgarlo en ausencia, tomar declaración a los testigos, a los ofendidos (a los que hará el ofrecimiento de acciones) y a las demás personas que considere necesario oír; ordenar careos y practicar el reconocimiento en rueda; y practicar anticipadamente aquella prueba de la que razonablemente tema que no podrá realizarse en juicio oral o que provocará la suspensión del mismo, conservándola para su incorporación al acto del juicio, conforme al art. 730 LECrim.

Concluida la instrucción urgente, y después de oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre el curso del procedimiento y, una vez suficientes las dirigencias practicadas, sobrevén la apertura y celebración de juicio oral.

Así, se puede constatar haber autorización legal en España permitiendo un procesamiento rápido de hechos dichos sencillos y de fácil apuración, do que resulta, evidentemente, en una célere entrega de la prestación jurisdiccional con aumento de la credibilidad de la justicia.

Y es eso espíritu de celeridad del juzgamiento, previsto en la legislación española, con providencias urgentes realizadas desde luego tras la prisión, que se propone trabajar los procedimientos penales brasileños, en caso de prisión en flagrante, justamente a fin de dar al proceso penal más agilidad y, por supuesto, eficiencia.

En Brasil, según el art. 304 del Código Procesal Penal, cuando una persona es presa *in flagranti* realizando un delito, ella debe ser presentada a la autoridad policial competente (delegado de la policía), que deberá oír el responsable por la conducción. En seguida, procederá la oída de los testigos y al interrogatorio del acusado sobre la imputación. Al flagrado, es garantido el derecho al silencio, bien como al acompañamiento de un letrado (abogado). Sin perjuicio de las providencias anteriores, copias del cuaderno de prisión son encaminados al defensor público de la circunscripción jurisdiccional.

En consecuencia, con la manifestación judicial a respecto de la prisión – sin indicios suficientes por ilegal, convertida en prisión preventiva o revertida en libertad mediante otra medida cautelar diversa – finaliza, en principio, la intervención del juez en relación al delito flagrante. Tras las formalidades procesales del juez cuando de la prisión, y una vez regulada la realización de los informes de flagrancia, empezará la investigación con

la instauración de una fase de instrucción pre-procesal, pasando el juez a la función de garante del procedimiento penal.

Por lo tanto, desde el momento de la detención, ordinariamente, se confecciona un expediente propio para examinar la legalidad de la custodia cautelar, bien para comprobar si concurren o no los requisitos para poder acordar la prisión preventiva o la concesión de la libertad provisional (llamado *autos de prisão en flagrante*), mientras que las mismas informaciones son también utilizadas en el atestado de investigación del delito (llamado *autos de inquérito policial*): dos expedientes que son realizados de forma independiente. Es decir, la autoridad policial hace un atestado y lo presenta al juez y al fiscal para examen de la situación personal del detenido por delito flagrante y, también, se presenta un atestado dirigido al fiscal, después de trámites administrativos protocolarios en el que se contendrán las investigaciones practicadas para la presentación de la querrela y acusación.

No obstante, después de concluida las investigaciones por la policía, el instrumento de investigación es remitido al fiscal que podrá, entonces, y si estima en su caso, presentar la querrela. Presentada la petición de acusación, el juez debe valorar si la admite o no y, una vez observados los requisitos legales, recibirá la acusación y mandará citar al acusado para ofrecer respuesta escrita, generalmente en diez días, por medio de un abogado.

Entre tanto, a menudo, después de puesto en libertad el privado de libertad por flagrancia, el hecho pierde la prioridad del trámite. El expediente se queda en un montón, aguardando la conclusión de las investigaciones. Posteriormente, será remitido al Ministerio Fiscal, donde de nuevo va a formarse un nuevo montón a la espera de la vista del fiscal y la presentación de la querrela. Finalmente, solo entonces va a ser encaminhado al juez para inicio del órgano de enjuiciamiento. Este trámite, solo para concluir la investigación y empezar el juicio, puede demorar meses, incluso años. Además, después que el privado de libertad por delito flagrante queda libre, muchas veces se torna difícil encontrarlo

Desde el momento de la detención, ordinariamente, se confecciona un expediente propio para examinar la legalidad de la custodia cautelar

para citación en el juicio, hecho que colabora para la dilación del procedimiento.

Ocurre que todo ese procedimiento, incluso si se trata de casos sencillos, exige tiempo de los actores del proceso (autoridad policial, fiscales y jueces), de los servidores judiciales, necesidad de actuaciones dentro de toda la estructura administrativa judicial, dinero público y, principalmente, culmina en retardo en la entrega de la prestación jurisdiccional.

¿Pero sería posible la optimización del procedimiento penal brasileño en los casos de prisión de una persona en delito flagrante?

El espíritu del procedimiento rápido español, principalmente para los casos de detención flagrante, puede inspirar la adopción de un procedimiento optimizado en el sistema brasileño. Es decir, aun no sea posible la realización de un juicio rápido en el sistema brasileño igual que España sin alteración legislativa, pueden las autoridades actuantes establecer procedimientos, dentro de la legalidad, para que tras la ocurrencia de un delito, con la prisión de su supuesto autor, y en un plazo razonable, este ya sea, desde luego, citado para responder la querrela, si fuera el caso, dando inicio al plazo de respuesta en la fase judicial.

La experiencia en el foro nos muestra que determinados delitos quedan prácticamente investigados y determinados una vez se procede a la detención del responsable de un delito flagrante resultando innecesarias otras investigaciones posteriores. Delitos de violencia contra género; porte ilegal de arma de fuego; pequeños hurtos y robos; pequeños casos de tráfico de drogas ilícitas; conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, por ejemplo, generalmente, pueden quedar determinados a partir de testigos oídos después de los hechos o por pericias realizadas durante el plazo de detención. Igualmente, los exámenes de laboratorios pueden ser realizados y llevados en el procedimiento penal en tiempo oportuno, sin perjuicio de cualquier otra diligencia que deba ser practicada.

Como se sabe, en el sistema adversativo, adoptado en Brasil, la fase de instrucción por la autoridad policial sirve solo para reunir elementos mínimos al respecto de existencia de un delito y de indicios mínimos cuanto su autoría. Si el Ministerio Fiscal, independientemente de la conclusión del procedimiento policial de instrucción, ya tiene en su convicción for-

mada, sea porque dispone de otras pruebas, sea porque ya entiende suficientes las reunidas cuando el hecho investigado se trate de un delito flagrante, puede, desde luego, proponer la acusación en juicio, vale decir, la querrela formal o acusación.

Así, en el supuesto de que se tenga el convencimiento de la existencia de pruebas de haberse producido un delito así como la existencia de indicios suficientes de su autoría, ¿por qué no presentar el fiscal la querrela o acusación, luego tras la prisión, en todo caso si ello es posible?, ¿por qué esperar a la conclusión de la investigación que, en la práctica, ya finalizó?

Evidentemente, con la presentación de querrela o acusación después de la prisión, aquel procedimiento procesal que en otro caso iría al montón del despacho de la autoridad policial y, después, para del fiscal, ya no se produciría, facilitando la eficacia del resto del trabajo judicial, logrando así una justicia sin dilaciones excesivas.

Para tanto, deberá el delegado de policía agotar las declaraciones de todos los testigos presenciales del delito cometido *in flagranti*, obtener los indicios y vestigios materiales del acto y, con celeridad, requerir los exámenes técnicos y periciales que han de ser aportados en el procedimiento penal. Debe hacer todo lo que sea posible hacer tras la detención, sin perjuicio de en los casos más complejos relegar la realización de los actos de investigación para un momento posterior, en el procedimiento ordinario.

Evidentemente, no se está defendiendo la precipitación o irresponsabilidad con la investigación; solo, lo reitero, se pretende la optimización del procedimiento cuando la investigación del delito se muestra de fácil constatación y que no demande diligencias complejas. Caso contrario, el rito procedimental debe ser lo mismo previsto en el código, respetando las correspondientes fases de investigación y acusación, plazos y procedimientos ordinarios.

Practicados los procedimientos de forma regular, completa y objetiva por la autoridad policial, puertas entonces se abren para la posibilidad de agilización con la presentación de la querrela o acusación.

Por su vez, tan pronto el fiscal ya tenga conocimiento de los elementos de prueba, podrá presentar entonces la querrela o acusación sin necesidad

de otro atestado o expediente de investigación, principalmente cuando se acuerda la prisión provisional del detenido por delito flagrante. No hay, además, injerencia del trabajo del ministerio fiscal en relación a la autoridad policial, sino solo una optimización de actos en la fase investigativa. Aquél va a hacer las diligencias preliminares tras la detención o prisión, este la presentación de la querrela o acusación que corresponda, ambos en los límites de sus competencias.

No obstante, tras la presentación del dossier de investigación por el delegado de la policía (*autos de prisão em flagrante* y *autos de inquérito*), bien la acusación por el fiscal (*denúncia*), podrá el juez, cuando asiste a la vista de prisión, tener la oportunidad para poder decidir sobre la situación personal del detenido por delito flagrante, concesión de libertad o la existencia de requisitos para acordar la prisión preventiva, así como examinar los presupuestos de la denuncia y acusación que se le formula. Dicha observación de estos requisitos legales, va a permitir al juez no solo decidir sobre la prisión y su legalidad, sino también la fundabilidad de una posible acusación, mandando citar de inmediato a la persona imputada o acusada.

Eso resulta que el delegado de policía no precisará instaurar un nuevo procedimiento al respecto de los hechos, porque ya habrá una querrela o acusación presentada en juicio, decreciendo considerablemente la carga de trabajo de todo el aparato policial. Igual ocurre con el fiscal. Si no va a recibir nuevas diligencias o atestados respecto a los hechos, puede destinar más tiempo para las causas más complejas en su oficina, agilizando, por supuesto, la prestación jurisdiccional. Y, por fin, va a haber economía de toda la administración judicial, principalmente de tiempo y dinero público, porque la fase de juicio va a empezar luego después del procedimiento de examen de la prisión.

Pero, encontrar y desarrollar proyectos para la solución de la lentitud en la administración de justicia, sin cambio legislativo, no son tareas sencillas. Es razonable entender que se trata de un problema efectivamente complejo, y que en todo caso debe estar en sintonía con el debido proceso legal, el contradictorio y la amplia defensa, conquistas valiosas de los sistemas democráticos de derecho y que no pueden ser violadas en la busca de la eficiencia y de la celeridad de la justicia.⁶

Así, todo esfuerzo para imprimir celeridad al procedimiento, si hay riesgo de ofensa a los derechos de amplia defensa y contradictorio del acusado, de nada vale; es un intento inútil, inadmisibile y predestinado al fracaso.

Entonces, en el caso presente, se debe tener en cuenta que desde la detención del infractor hasta la citación para responder la querrela, debe serle garantizado el derecho a la asistencia técnica de abogado, al derecho al silencio, integridad física y psíquica y de hablar con familiares a cualquier momento.

Aún, no se produce un perjuicio a los derechos fundamentales del detenido la simple presentación inmediata de la querrela o acusación, si se garantiza debidamente la asistencia del letrado, el derecho a permanecer en silencio y si es respetado su derecho a la contradicción, es decir, practicando las diligencias en un breve lapso temporal desde que se acuerda la privación de libertad del detenido por delito flagrante.

Por fin, la presentación de la querrela, en el plazo de examen de la prisión, solo significa el inicio de la persecución penal. Podrá el acusado pedir la producción de cualquier prueba en la fase judicial, sin perjuicio de contradecir los elementos producidos por la policía tras la prisión, ahora, sin embargo, en ámbito judicial, con manifestación dialéctica de la acusación y defensa.

También, y eso es importante destacar, que lo que se propone no vulnera el principio de la separación de los poderes. No se trata de la creación de un nuevo procedimiento al margen de la ley, en perjuicio a las prerrogativas del poder legislativo, sino solo la optimización de la participación del delegado de policía, fiscal y juez tras la prisión decretada en supuestos de delito flagrante, posibilitando el examen de la legalidad de la privación de libertad y, aprovechando al mismo tiempo, la concurrencia de los presupuestos de la querrela o acusación, específicamente en los casos que no haya más diligencias de investigación a hacer.

Entonces, con la intervención coordinada y rápida de los agentes públicos cuando de el examen de una situación personal del detenido por

No se produce un perjuicio a los derechos fundamentales del detenido la simple presentación inmediata de la querrela o acusación

delito flagrante, sin olvidar del necesario respecto a los derechos constitucionales del detenido, en los casos más sencillos, es posible realizar los procedimientos de análisis de la regularidad de la detención, ultimar el procedimiento de investigación por la policía, realizar la presentación de la querrela y acusación por el fiscal, proceder el regular recibimiento de esta por el juez, con la citación del acusado para responder de los términos de la acusación, sin extrapolar el plazo legal para examen judicial preliminar de la situación personal respecto al detenido en flagrante delito.

En União da Vitória-PR-Brasil, ese procedimiento está siendo adoptado por la autoridad policial, ministerio fiscal y por los jueces de las instancias criminales con resultados más que satisfactorios. Un expediente de amenaza o lesión corporal contra mujeres o tráfico de drogas, por ejemplo, pueden ser concluidos en poco más de 80 días (expedientes 10132-73.2014.8.16.0174 y 53-53.2015.8.16.0174 – sistema “projudi-Tribunal de Justicia del Paraná”) desde la prisión en flagrante hasta la sentencia de mérito. Por lo tanto, el problema de prescripción es definitivamente eliminado y la sensación de impunidad y descredito en relación al Estado sensiblemente disminuido, renovándose en la población la confianza en el poder judicial.

No se puede olvidar, además, que actualmente el Tribunal de Justicia do Estado de São Paulo, con actuación conjunta con el Consejo Nacional de Justicia, mientras no haya legislación ordinaria en Brasil al respecto, estableció, por medio de un acto administrativo nº 03, de 22 de enero de 2015⁷, el deber del juez en realizar una audiencia de custodia con la persona detenida en flagrante delito, dentro de un plazo razonable tras la detención. Tal providencia se muestra compatible con lo que es dispuesto en el artículo 7º, ítem 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de la Costa Rica), *in verbis*:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Esa medida, además, encontró eco en un reciente juzgado del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, que entendió ilegal la prisión sin realización de una audiencia de custodia, mientras no haya reglamento legal al respecto, sino la previsión general del mencionado pacto suscrito por la República de Brasil⁸.

Es, por lo tanto, el momento de reflexionar: ¿debemos solo lastimar eso cambio, señalando defectos e inconvenientes o, sino, aprovechar una oportunidad de optimizar los procedimientos tras la prisión en beneficio de la celeridad de la prestación jurisdiccional?

No obstante la reciente propuesta del Tribunal de Justicia de São Paulo, se denota posible encontrar soluciones administrativas y desarrollar rutinas para optimización de los procedimientos penales, de forma creativa y responsable, sin necesidad de alteración legislativa puntual. No se está diciendo que puede el juez suplantar el poder constitucional del legislador para innovar en los procedimientos penales. Al contrario, el juez no puede separarse del contenido y finalidad de la ley. Pero puede, por otro lado, con originalidad y creatividad, juntamente con la fiscalía y los demás actores del proceso, optimizar los procedimientos con adopción de medidas administrativas sencillas en la busca de la eficiencia de la prestación jurisdiccional.

Así, en el caso de las prisiones *in flagranti*, tras las diligencias realizadas por la autoridad policial (oídos los testigos; tras el interrogatorio del acusado; presentación de exámenes técnicos o periciales), **con o sin** la realización de la audiencia de custodia como actualmente prevé el Tribunal de Justicia de São Paulo, podrá el juez, en el plazo razonable, no solo decidir sobre la prisión, sino también sobre los presupuestos legales de la querrela o acusación, siendo posible que el detenido sea suelto ya citado para afrontar la querrela o acusación, lo que, en términos generales puede significar ahorro de meses o incluso años en la tramitación procesal.

Sin embargo, tiene que existir una disposición del juez, fiscal, autoridad policial, funcionarios y abogados, así como de los defensores públicos para la estandarización del procedimiento tras la prisión, lo que se muestra posible con un mínimo de buena voluntad de todos en la concretización del plano, que, por supuesto, va a traer beneficios los trabajos de cada uno y, sobre todo, para toda la sociedad.

No puede olvidarse que todo cambio puede generar resistencia. Pero, del poder judicial no debería esperarse otra cosa que no fueran soluciones creativas e innovadoras mientras no haya una respuesta legislativa para el problema de la lentitud en la prestación de la tutela jurisdiccional. A veces una idea que va al encuentro del sentido común puede ser interpretada como insensatez. Sin embargo, en las palabras del genio Albert Einstein, “*locura es hacer lo mismo una vez tras otra y esperar resultados diferentes*”.

Notas

1. Emerson Luciano Prado Spak. Juiz de Direito da 2a. Vara Criminal da Comarca de União da Vitória – PR. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2008). Especialista pela Escuela Judicial del Poder Judicial de España (2014/2015). Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu – Uniguaçu.
2. ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília jurídica, 2006. pg. 90.
3. Celeridade e efetividade da prestação jurisdiccional: Insuficiência das reformas das leis processuais, Artigo acadêmico, 2004.
4. SANTOS, Andre de la Oliva. *Derecho procesal penal*. Editorial universitaria Ramón Areces: Madrid, 2007, pg. 92.
5. PALAO, Julio Banacloche. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. La Ley: Madrid, 2010. pg. 338.
6. *Poder Judiciário: morosidade e inovação. Trabajo de Conclusión de Curso – Especialización stricto sensu*, Fundação Getulio Vargas – Brasil, 2009.
7. BRASIL, in http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062
8. TJ/RJ – Sexta Câmara Criminal – *Habeas Corpus* 0064910-46.2014.8.19.0000 – Relator: Des. Luiz Noronha Dantas, decisão em 25/01/2015, in <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-audiencia-custodia-tj-rj.pdf>, acesso em 27/01/2015.

Referências

- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília jurídica, 2006.
- BARBOSA, Rui. *Trecho do discurso de parainfo “Oração aos Moços”*. In <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1086>, acesso em 13/03/2015.

- BRASIL, Decreto-Ley 3.689, de 3 de octubre de 1941, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acceso en 20/11/2014.
- BRASIL, Provimento Conjunto n. 03, de 22 de enero de 2015, in http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062, acceso en 28/01/2015.
- CONSULTOR JURÍDICO, Revista Eletrônica: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/tj-rj-solta-presos-nao-foi-apresentado-juiz-24-horas>, acceso en 27/01/2015.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) in http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, acceso en 13/03/2015.
- ESPAÑA, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, acceso en 23/11/2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência das reformas das leis processuais*. Artículo académico: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2004, in <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>, acceso en 02/12/2014.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Site <http://www.tjpr.jus.br/projudi>, acceso en 13/03/2015.
- SANTOS, Andre de la Oliva. *Derecho procesal penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces: Madrid, 2007.
- STUMPF, Juliano da Costa. *Poder Judiciário: morosidade e inovação*. Trabajo de Conclusión de Curso, Especialización *stricto sensu*, Fundação Getulio Vargas, Brasil, 2009, in https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ02.pdf, acceso en 24/11/2014.
- PALAO, Julio Banacloche y NIETO, Zarzalejos. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. Madrid: La Ley, 2010.

A ação de dissolução parcial de sociedades no novo Código de Processo Civil

Luciano Campos de Albuquerque¹

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Larissa Kruger Vatzco²

Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná

Resumo: O novo Código de Processo Civil traz novidades no que concerne ao procedimento da ação de dissolução parcial de sociedades. O título III do novo CPC disciplina procedimentos especiais, tendo o capítulo V cuidado da ação de dissolução parcial de sociedades. A normativa representará estabilidade e previsibilidade quanto ao procedimento dessa espécie de lide, pois a inexistência de legislação gerava insegurança em relação ao futuro de uma ação de dissolução parcial proposta e seus desdobramentos. A nova legislação representa um avanço no que diz respeito à previsibilidade de procedimentos, tão cara aos negócios societários.

1. Introdução

A disciplina legal da dissolução parcial de sociedade compreende todas as figuras previstas no Código Civil em que se opere o desfazimento do contrato em relação a algum sócio. Assim, o rito é aplicável em casos de recesso, morte ou exclusão do quadro social de um dos sócios, mantendo-se a empresa e a sociedade em pleno funcionamento.

Em termos processuais, até a publicação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) não havia na legislação qualquer regra processual acerca do procedimento a ser adotado nas hipóteses de dissolução parcial.

A doutrina e a jurisprudência buscavam modernizar a referida demanda, pois durante muito tempo os julgadores e as partes socorriam-se ora da disciplina constante dos artigos 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1939, ora das regras dispostas nos artigos 206 a 219 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações)³. Contudo, o procedimento constante no Código de Processo Civil de 1939, que já estava defasado em relação à dissolução total, tinha pouca aplicabilidade à dissolução parcial.

É de se observar que a dissolução parcial não culminará na liquidação da sociedade, com o levantamento de ativos, pagamento de passivos e posterior extinção da sociedade, mas tão somente no cálculo aritmético desses para posterior apuração dos haveres do sócio retirante.

A doutrina entendia que o processo sincrético, surgido com a Lei 11.232/05, ao criar o sistema de cumprimento de sentença, havia afastado a aplicação do Código de Processo Civil de 1939, modernizando a ação de dissolução parcial de sociedade,

a uma, porque, ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, as regras de direito material estabeleciam a dissolução total, razão pela qual as normas procedimentais se dirigiam para esse escopo, e não àquele de construção pretoriana, encampado pela doutrina, de dissolução parcial; a duas, porque a aplicação das regras quanto à dissolução total de sociedades dispostas no Código de Processo Civil era incidente, em relação às ações de dissolução parcial de sociedades, isto é, apenas no que fosse compatível pois o escopo de ambas era – e continua a ser – bastante distinto; a três, porque com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ainda que expressamente mantidas as regras quanto à dissolução total de sociedades previstas no Código de Processo Civil de 1939, é fora de dúvida que essa especialidade incide quando há disposições próprias, se não, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do procedimento ordinário, consoante o art. 272 do CPC/73, tendo havido, portanto, uma ‘ordinarização’ do procedimento de dissolução total de sociedades e, por conseguinte, da dissolução parcial; e, a qua-

tro, porque a generalização do processo sincrético, este advindo com a Lei n. 11.232/2005, que estatui a fase de cumprimento de sentença, é a forma mais adequada para alcançar a realização concreta do interesse pretendido, em se cuidando de dissolução parcial de sociedades.⁴

Entretanto, ainda que existisse um esforço doutrinário e jurisprudencial para modernizar e tornar mais célere o procedimento, ele era lento e demorado pelas próprias vicissitudes do procedimento comum ordinário do Código de 1973.

Nesse sentido, apoiado na experiência e na necessidade de regulação do procedimento judicial de dissolução parcial, buscou-se a previsão de um procedimento especial no novo Código de Processo Civil, o qual, conforme se verá adiante, tem ferramentas que podem conduzir a soluções mais rápidas dos conflitos atinentes à resolução parcial do contrato de sociedade.

2. O novo Código de Processo Civil e a ação de dissolução parcial

Em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa 190⁵, o professor Fábio Ulhoa Coelho trata da ação de dissolução parcial de sociedade e comenta sobre as alterações que o projeto do novo Código de Processo Civil recebeu, a fim de contemplar a dissolução parcial de sociedade como um procedimento especial.

Narra que, em princípio, não se previa qualquer procedimento especial para a ação de dissolução parcial de sociedade, haja vista que não se pretendia, com o novo código, criar procedimentos especiais em demasia. No entanto, o senador Valter Pereira, convencido da necessidade de que a dissolução parcial de sociedade tivesse disciplina própria dentro da nova legislação processual civil, apresentou emenda ao Projeto de Lei 166/2010, utilizando inclusive contribuições que o professor Fábio Ulhoa Coelho havia dado à comissão redatora do anteprojeto, defendendo a necessidade de um procedimento especial, o que foi acolhido na versão final do novo CPC.

Assim, após a sua aprovação e publicação, o novo Código de Processo Civil passou a prever a ação de dissolução parcial, algo inédito na legislação pátria, regulando inclusive o seu objeto:

Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

I – a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e

II – a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou

III – somente a resolução ou a apuração de haveres.

§ 1º A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado.

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Fica claro, assim, que sob uma mesma nomenclatura a ação de dissolução parcial passou a prever vários possíveis objetos.

Até então, doutrina e jurisprudência encaravam as hipóteses do inciso I como a própria ação de dissolução de sociedade, ou ainda, a ação de exclusão social, e as hipóteses do inciso II eram denominadas de ação de apuração de haveres. Se os pedidos dos incisos I e II eram cumulados, a jurisprudência denominava a demanda de ação de dissolução parcial com apuração de haveres.

Atualmente, ambas são consideradas ação de dissolução parcial, sendo o objeto delimitado pelas partes, tanto no pedido inicial quanto na contestação. Adiante ver-se-á por que essa inovação legislativa promete um processo mais célere e menos conflituoso.

Sobre o artigo 599, ainda, ressalta-se que a legislação passou a prever no parágrafo segundo a possibilidade de a sociedade anônima de capital fechado requerer também sua dissolução parcial, o que já vinha sendo aceito pela jurisprudência nos últimos anos.

O artigo 600 do novo CPC define quem detém a legitimidade ativa para propositura da demanda.

Art. 600. A ação pode ser proposta:

I – pelo espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade;

II – pelos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido;

III – pela sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social;

IV – pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos dez dias do exercício do direito;

V – pela sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; ou

VI – pelo sócio excluído.

Parágrafo único. O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio.

Os incisos supracitados, além de regularem quem é legitimado ativo para propositura do feito, também definem quando está presente o interesse de agir em alguns casos. Por exemplo, o inciso IV dispõe que, se não tiver sido formalizada a retirada do sócio que exerceu seu direito de recesso, poderá o interessado ingressar com demanda judicial com pedido de resolução cumulado com a apuração de haveres.

Quanto à legitimidade passiva, o código define que devem ser citados os sócios e a sociedade, ou seja, impõe um litisconsórcio passivo necessário.

Art. 601. Os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de quinze dias, concordarem com o pedido ou apresentarem contestação.

Parágrafo único. A sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada.

O parágrafo único, apesar de resolver um problema de ordem prática, está dissociado da doutrina sobre a natureza do contrato de sociedade. Se a sociedade é formada por um contrato plurilateral em que os interesses individuais dos sócios são diferentes do interesse da sociedade, admitir que a citação individual dos sócios faça coisa julgada em relação à sociedade é desconsiderar a doutrina sobre o contrato de sociedade. Entretanto, tal medida auxilia o deslinde processual, o que justificou a inserção dessa determinação no novo código.

Em havendo necessidade de o sócio retirante indenizar a sociedade por algum motivo, a sociedade poderá deduzir o pedido de indenização, de forma contraposta, que poderá ser compensado com a apuração de haveres.

Art. 602. A sociedade poderá formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar.

Em prol da celeridade, o CPC traz a previsão de que, existindo a concordância sobre a dissolução, as partes não serão condenadas ao pagamento de honorários advocatícios, dividindo apenas as custas e despesas processuais.

Art. 603. Havendo manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, o juiz a decretará, passando-se imediatamente à fase de liquidação.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, não haverá condenação em honorários advocatícios de quaisquer das partes e as custas serão rateadas segundo a participação das partes no capital social.

§ 2º Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum, mas a liquidação da sentença seguirá o disposto neste Capítulo.

Se as partes admitirem a dissolução desde o início, ganham com um processo mais célere e sem condenação em honorários. Todavia, não se pode olvidar que as partes podem querer discutir a possibilidade da dissolução ou ainda a sua causa. Nessa hipótese observar-se-á o procedimento comum. Em havendo concordância, passa-se à apuração de haveres, nos termos definidos no artigo 604, a ser explorado na sequência.

3. Apuração de haveres

Quanto à apuração de haveres, o artigo 604 prevê:

Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz:

I – fixará a data da resolução da sociedade;

II – definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; e

III – nomeará o perito.

§ 1º O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos.

§ 2º O depósito poderá ser, desde logo, levantando pelo ex-sócio, pelo espólio ou pelos seus sucessores.

§ 3º Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa.

O procedimento de apuração de haveres previsto neste artigo não deve ser confundido com a antiga ação de apuração de haveres. Isso porque a “apuração de haveres” em seu modelo anterior tinha o objetivo apenas de verificar o *quantum* devido ao sócio desvinculado naqueles casos em que não haveria litígio sobre a causa da saída, apenas buscando apurar valor.

Assim, era cabível quando o sócio desvinculado tivesse notificado extrajudicialmente a sociedade de sua saída sem que tivesse havido resistência dos demais sócios, ou ainda quando o sócio excluído pelos demais pretendesse discutir judicialmente apenas o valor de sua participação societária. Era usada, ainda, nos casos em que o sócio falecia e seus herdeiros buscavam verificar o valor de participação a que teriam direito na qualidade de sucessores.

Na antiga apuração de haveres, ao contrário do que ocorria com a ação de dissolução parcial de sociedade, o objetivo não era a alteração do contrato social, mas tão somente o recebimento de valores devidos pela sociedade. Atualmente, todas essas fases, haja ou não litígio quanto à cau-

sa da saída do sócio, têm a denominação de ação de dissolução parcial. A apuração de haveres é um momento, uma fase processual, que pode ou não ocorrer, a depender do pedido formulado.

Importante ainda foi a determinação de fixar-se a data da resolução e os critérios de apuração, para que no momento de o perito realizar o cálculo tais questões já estejam superadas. Tramitará, dessa forma, de acordo com o previsto no artigo 619, que privilegia, para a forma de apuração dos haveres, aquilo que estiver previsto no contrato social.

4. Liquidação

O novo código também esclareceu a questão que vinha sendo pacificada na jurisprudência⁶ sobre a desnecessidade de nomeação de liquidante, mas apenas de um perito. Isso porque, na dissolução parcial, a sociedade continua existindo, cabendo ao perito contábil calcular quais os haveres realizando uma liquidação ficta, através tão somente de cálculo matemático, mas sem necessidade de realizar o ativo e quitar o passivo.

De ressaltar, também, que a previsão dos parágrafos do artigo 604 traz celeridade e impede que as partes utilizem-se do processo de forma protelatória, ou seja, previne que os sócios usem o trâmite judicial para prolongar o pagamento dos haveres e não ressarcir o sócio desvinculado ou os herdeiros do sócio falecido. Assim, se há discussão acerca de qual o valor correto, aquele tido por incontroverso deve ser depositado e liberado ao credor, para que, então, discuta-se em relação ao restante dos valores.

O novo Código de Processo Civil andou bem ao determinar que o juiz defina os critérios que nortearão o perito, e foi além ao estabelecer quando o magistrado deve, em cada caso, considerar resolvida parcialmente a sociedade em relação ao sócio desvinculado. Vejamos:

Art. 605. A data da resolução da sociedade será:

I – no caso de falecimento do sócio, a do óbito;

II – na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;

III – no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade da notificação do sócio dissidente;

IV – na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e

V – na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócio que a tiver deliberado.

Define, também, no silêncio do contrato social, qual deverá ser o critério para apuração dos haveres.

Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades

O Código Civil já havia tratado da matéria, propugnando que a apuração de haveres fosse o mais congruente possível com a realidade da empresa, com seu real valor de mercado, incluindo patrimônio, bens incorpóreos etc.

O novo CPC utiliza a expressão “balanço de determinação”, que é um termo técnico contábil⁷ que indica um modo para a feitura do cálculo, especialmente realizado para a apuração de haveres. É um método de balanço patrimonial especial que vinha sendo aceito pela jurisprudência e que acaba por ser o escolhido pelo novo código.

Os critérios da apuração de haveres podem ser inclusive revistos pelo juiz, à luz do que afirma o seguinte artigo:

Art. 607. A data da resolução e o critério de apuração de haveres podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia.

A importância da definição da data da resolução está no fato de que até essa data o sócio retirante participa da sociedade, então receberá dividendos advindos do lucro que a atividade econômica tiver rendido à sociedade, conforme o artigo 623:

Art. 623. Até a data da resolução, integra o valor devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos seus sucessores a participação nos lucros ou os juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade e, se for o caso, a remuneração como administrador.

Parágrafo único. Após a data da resolução, o ex-sócio, o espólio ou seus sucessores terão direito apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros contratuais ou legais.

A definição do momento implica também que fatos supervenientes que vierem a afetar a sociedade não podem ser considerados para a apuração dos haveres.

Por fim, é de se destacar que os haveres devem ser pagos na forma como prevê o contrato social. Assim, se houver previsão de pagamento parcelado, o processo judicial de dissolução parcial deverá obedecer à forma parcelada. Entretanto, em não havendo previsão contratual, o novo CPC determina que se aplique a regra do artigo 1.031, § 2º, do Código Civil, segundo o qual em não havendo estipulação contratual a quota liquidada será paga em dinheiro no prazo de noventa dias, a partir da liquidação:

Art. 609. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 do Código Civil.

Verifica-se, assim, que o novel procedimento trará grandes avanços por ser mais célere e em consonância com o direito material atualmente vigente, bem como por estar acompanhando a corrente jurisprudência sobre o assunto.

Notas

1. Luciano Campos de Albuquerque. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa. Pós-graduação em Direito Processual Civil pelo IBEJ.
2. Larissa Kruger Vatzco. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Paraná.
3. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75-6.
4. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Dissolução de sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.
5. COELHO, Fábio Ulhoa. *A ação de dissolução parcial de sociedade*. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190 t.1, p. 141-155, abr./jun., 2011. Versão Eletrônica disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?type=title>.
6. O Superior Tribunal de Justiça manifestava-se pela desnecessidade de nomeação de liquidante, posto que na dissolução parcial da sociedade a liquidação é “incompatível com o objetivo de preservação da atividade empresarial, sendo cabível a indicação de perito contábil, pelo juízo, para apuração dos haveres do sócio excluído”, bem como porque nesses casos seria “adequada a liquidação por arbitramento, onde, em linhas gerais, o perito nomeado pelo juiz atua como vero liquidante, viabilizando a continuidade da atividade econômica” (REsp 242.603/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 18/12/2008; REsp 406.775/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 538).
7. <http://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/686/482>

Referências

- ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *Dissolução total e parcial das sociedades civis e comerciais*. Curitiba: J.M. Editora, 1999.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *Direito comercial*. Sociedades Comerciais, v. IV, Lisboa, 1993.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *A ação de dissolução parcial de sociedade*. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190 t.1, p. 141.155, abr./jun., 2011. Versão Eletrônica disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?type=title>
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREZ, Marcelo Monteiro e FAMÁ, Rubens. Métodos de avaliação de empresas e o balanço de determinação. *Revista Administração em Diálogo*, São Paulo, n. 6, 2004, pp. 101-112. Versão Eletrônica disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/686/482>. Acesso em: 19.01.2015.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Dissolução de sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Sistema carcerário e ‘banalidade do mal’: um exemplo prático

Raphaella Benetti da Cunha Rios¹

Doutoranda em Criminología, Política Criminal e Sociologia Juridicopenal pela Universitat de Barcelona

Laís Berti Resqueti²

Pós-graduada em Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina –UEL

Resumo: Este trabalho analisa um pequeno universo no sistema penitenciário/carcerário brasileiro – a Cadeia Pública de Arapongas – fazendo uma vinculação da práxis com os conceitos teóricos de “violência” e “mal”. O objetivo é detectar a presença de tais categorias no interior do particular estabelecimento, considerado que nada mais é do que um reflexo do que ocorre no seio da organização social carcerária, uma instituição em confronto com os objetivos previstos na Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7.210/1984).

1. Introdução

COMECEMOS ESTE TRABALHO – que nada mais é do que um desabafo do que está ocorrendo em matéria de execução penal no sistema brasileiro – com um caso concreto e real. Em Arapongas, Estado do Paraná, a cadeia pública está em situação lamentável, para dizer o mínimo. A superlotação do estabelecimento, aliada às suas péssimas condições estru-

turais, formam um contexto que vem propiciando inúmeras rebeliões e tentativas de fuga. Não raro, a ação dos presos desencadeia uma atuação policial bastante severa, sempre com saldo de ferimentos nos internos e destruição do espaço físico³. E esse processo vem se repetindo quase que diariamente.

O panorama sinteticamente narrado é apenas o reflexo da caótica situação brasileira em matéria de execuções penais⁴. Falta de estabelecimentos carcerários – os que existem estão em condições absolutamente desumanas –, bem como de políticas criminais que possam minimamente reinserir um apenado, de forma digna, na sociedade. Trata-se de uma questão sem o menor apelo social. Ao contrário, o tema carcerário parece refletir algo muito distante da realidade da população que, por uma questão cultural, entende que o preso não é um ser humano, mas alguém que deve ficar longe dos olhos dos “cidadãos de bem”. Um verdadeiro “inimigo” da sociedade⁵.

A Cadeia Pública de Arapongas é um pequeno universo dentro do sistema penitenciário/carcerário brasileiro e será objeto de estudo neste trabalho. O objetivo geral desta investigação é verificar a presença – ou não – das categorias “mal” e “violência” na situação em questão e em outras constantemente sentidas e vividas no interior do estabelecimento penitenciário considerado.

Para tentar começar a entender esse fenômeno de total esquecimento vivenciado pelo sistema carcerário brasileiro é necessário explorar, além dos conceitos antes mencionados (“violência” e “mal”), o conceito de “memória”. Quando pensamos nessas três palavras normalmente surgem a mente figuras estereotipadas: violência física cometida em um crime como o homicídio, “mal” como simples contraposição ao conceito de “bem” e “memória” como sendo uma categoria que se confundiria com a própria história.

Este trabalho pretende desmistificar esses três conceitos e situá-los sob a ótica do caso concreto antes exposto. Afinal, o sistema penal teoricamente teria que frear a espiral de violência. Mas não parece ser o que acontece na prática. Então, é possível afirmar que o direito penal potencializaria a violência? Esta seria a primeira pergunta de investigação.

A seguintes questões se referem ao conceito de mal e sua aplicação no caso concreto. E as perguntas se multiplicam: O confinamento de presos, tal qual ocorre na Cadeia Pública de Arapongas, é exemplo de um mal silencioso, de uma situação de “banalidade do mal”? É possível conceber que alguém cometa um mal sem o fator “intencionalidade”, que normalmente se exige quando encaramos o mal estereotipado próprio do direito penal? E é possível visualizar mal na hipótese de omissão e silêncio estatal? Mais: o mal pode vir do próprio Estado?

Obviamente todas essas perguntas estão muito longe de serem respondidas, razão pela qual o que se pretende é lançar novas luzes ao tema para a continuidade do debate.

Como forma de fazer uma aproximação à problemática da violência e do mal, propomos a divisão do trabalho da seguinte forma: após esta introdução exploraremos o conceito de Hannah Arendt de “banalidade do mal”, trazido mais especialmente em sua obra *Eichmann em Jerusalen*, com a contraposição ao conceito de “mal radical” formulado por Kant. No capítulo seguinte será tratado o tema “violência”, complementado com a categoria “memória”. Fixadas as premissas teóricas evuiremos para a parte prática, que propõe o exame de um caso concreto, a fim de identificar no mundo dos fatos a presença dos conceitos de “mal” e de “violência” e onde exatamente poderíamos identificá-los.

Desde logo advertimos que não se trata de tarefa das mais fáceis. Estamos prestes a ingressar em um terreno de conceitos abertos e que contemplam um viés pouco assimilado socialmente. Afinal, falar de mal e de violência em uma situação de aparente “normalidade” é praticamente adentrar em um terreno invisível para a sensibilidade comum o que, não raro, suscita críticas e descrédito. Mas insistimos que é justamente essa percepção daquilo que não podemos ver que pode ser a chave para uma mudança de atitude e de paradigma, com a melhora da situação carcerária hoje vivenciada.

Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica, além da análise de caso concreto (“Cadeia Pública de Arapongas”), com suas

O mérito de Kant
foi o de romper
com a ideia
escolástica de que o
mal era a “ausência
de bem”, um
verdadeiro
“mal demoníaco”

repercussões, inclusive processuais. Como hipótese de trabalho, a situação estudada claramente demonstra sinais de ineficácia do sistema de execução penal brasileiro como um todo, ao perpetuar “violência” e “mal” tanto aos detentos como aos seus familiares e pessoas a eles ligadas.

2. O conceito de “banalidade do mal” de Hannah Arendt

Antes de adentrar no conceito de “banalidade do mal” é necessário fazer, entre tantos antecedentes históricos, algumas considerações sobre o tema “mal”, para posterior análise da conceituação formulada por Kant, que foi o ponto de partida para Arendt construir, a partir do julgamento de A. Eichmann, sua definição.

Anteriormente ao pensamento kantiano, ainda na filosofia antiga, Platão discute as problemáticas do “mal natural” (*malum physicum*) e do “mal moral” (*malum morale*), concluindo que a alma do mundo é má, sendo esta a causa da aparição do mal físico e moral. Para ele, o fenômeno “mal” seria uma realidade inegável, razão pela qual atribui o problema do mal presente no mundo à Deus⁶.

A *contrario sensu*, Santo Agostinho apresenta em seus ensinamentos que Deus é o bem supremo, não provindo dele nada que fosse ruim e, segundo Bellei, para Santo Agostinho toda a natureza é boa por ser fruto da criação divina. Porém, o mal existiria e se conceituaria em uma substância, nem corpórea nem incorpórea⁷. Afinal, o mal passou a ser entendido como a privação do bem, constando em um trecho das *Confissões*:

Ser privado de todo o bem é o nada absoluto. De onde se segue que, enquanto as coisas existem, elas são boas. Portanto, tudo o que existe é bom; e o mal, cuja origem eu procurava, não é uma substância, porque se o fosse seria um bem.⁸

Neste sentido, compreendia-se o mal como uma defecção presente apenas na criatura humana e não em seu criador, resultando no que se conhece por pecado, definido por Agostinho como “mal moral”, a causa de todos os males.

A concepção de mal como sinônimo de pecado surge em decorrência do cristianismo que, em seu ápice durante a Idade Média (também conceituada como os “mil anos de trevas”), estacionou a evolução das ciências para propiciar a acentuada fé e o misticismo.

Posteriormente, em meados do século XV, com o início do Renascimento, houve a renovação literária, artística, científica e filosófica, com o espírito científico em primeiro plano⁹. A anterior conceituação de mal passa do *misticismo* para o *ceticismo*¹⁰.

Immanuel Kant foi um dos grandes expoentes da era moderna, que sucedeu ao período renascentista. Segundo Bittar, o kantismo inaugura uma nova fase das especulações éticas com preceitos de forte conotação deontológica e faz a liberdade residir na observância e na conformidade do agir com a máxima do imperativo categórico. Faz do “dever ser” sua regra apriorística, racional e universal¹¹.

O mérito de Kant foi o de romper com a ideia escolástica de que o mal era a “ausência de bem”, um verdadeiro “mal demoníaco” – e aqui há o esforço de afastamento dos ideais predominantemente católicos, que prevaleciam para a conceituação dos fenômenos sociais e culturais. Para o autor, essa categoria de índole religiosa não existiria, mas sim o chamado mal, em sua vertente moral. O mal moral existe na medida em que se opõe ao dever moral de atuar conforme a chamada “lei universal”. Kant acredita que o ser humano é bom por natureza, havendo uma predisposição original do homem ao bem. A escolha pelo mal não seria efetivamente “livre”, muito embora fruto da liberdade, e um de seus perigos¹². Em outras palavras, o “bem” seria algo inato e o “mal” adquirido¹³.

Ao comparar o ser humano como mais uma das criaturas do universo, Kant conclui que o homem não é necessariamente mal. Para tanto, Stroud especifica que, antes de Kant conceituar o homem como propenso ao mal, ele apresenta três predisposições originais da natureza humana (animalidade, humanidade e personalidade):

A noção de *predisposição* (*Anlagen*) é definida como ‘as partes constitutivas para ela necessárias, e as formas da combinação que conformam seu ser’ (6:28). Para que o humano tenha vícios relativos à sua animalidade, por exemplo, eles devem possuir essa potencialidade ou

possibilidade; em outras palavras, precisam ter uma predisposição para o bem, nessa forma física de amor a si (normalmente bom). A pressuposição operativa, na primeira e na segunda predisposições observadas (para a animalidade e para a humanidade), é que elas são normalmente boas, mas podem ser corrompidas, o que explica os vícios discutidos por Kant... Sem mal uso, essas são as fontes dos deveres morais legítimos, e, por conseguinte, aspectos bons da nossa constituição ‘natural’. A terceira possibilidade (personalidade) parece ter o poder contra qualquer tipo de mal uso – respeitar a lei moral como um incentivo suficiente nunca é um vício, mas pode sê-lo para a cautela ou a falta de cuidado do agente volitivo.¹⁴

Em sequencial lógico, as quatro inclinações naturais do ser humano sustentadas por Kant, que, “consideradas em si mesmas”, como o próprio filósofo propõe, são boas. A primeira, relacionada à natureza, deve ser imaginada como bondade; na segunda está a discussão de Kant de inclinações como proponente de felicidade, pois se temos o dever de alimentar a felicidade não podemos contrapô-la à tristeza; a terceira firma-se no propósito de a natureza sensual do ser humano não ser considerada uma fonte do mal, sendo esta um aspecto físico do homem, não propenso à sua escolha; e a quarta inclinação é que Kant ao fundamentar todas as inclinações anteriores não lhes possibilita qualquer nexos de causalidade com a vontade humana, aplicando-se, em contraponto, o poder humano como optar por agir conforme essas inclinações ou conforme a lei moral.

Neste ponto está a propensão ao mal trabalhada pelo filósofo pois, enquanto a natureza em si propicia a bondade, a racionalidade (personalidade – vontade) volta-se à lei moral, o que leva à conclusão de que a maldade humana poderia ser inata e, com o decorrer das experiências humanas somadas à inclinação ao mal, essa propensão/inclinação se fortaleceria, o que é denominado por Kant como o “bom ou mal coração”, conforme leciona Stroud.

Através dessas conclusões Kant chega ao conceito de “mal radical”, que estaria intrínseco à conduta humana. Nessa construção teórica, Kant realiza uma transformação em sua teoria para sustentar ser possível ao homem escolher livremente entre o bem e o mal, muito embora esta deci-

são não seja determinada por qualquer princípio em particular¹⁵. O acréscimo dos elementos “liberdade” e “livre arbítrio” foi uma forma de tornar factível a concepção de responsabilização do homem por seus atos não conformes à lei moral. Com efeito, como em sua primeira aproximação Kant concebeu o mal como uma escolha “não livre”, evidentemente quem enveredasse por esse caminho não poderia ser responsabilizado, ou seja, seria inimputável.

Para Kant o estágio do “mal radical” seria alcançado quando o que movesse a ação humana não fosse a lei moral, mas sim a sua vaidade ou amor próprio. Nesse caso, mesmo praticando boas ações o homem seria inexoravelmente mal e essa dimensão adquire uma maior profundidade.

Por outro norte, Adriano Correia sintetiza bem esse raciocínio, além da forma de controle dessa propensão/predestinação:

O que distingue um homem bom de um homem mau não é propriamente o conteúdo do que cada um admite em suas máximas, mas a ordem de subordinação que um ou outro admite como princípio supremo de determinação de todas as máximas; ou seja, um homem só é verdadeiramente mau quando reverte a ordem dos motivos, quando submete a lei moral a uma lei do amor próprio ou da felicidade. Esse mal é radical, diz Kant, ‘porque corrompe o fundamento de todas as máximas; ao mesmo tempo também, como propensão natural, não pode ser extirpado por forças humanas’, o que não desobriga da tarefa constante de tentar dominá-lo.¹⁶

Portanto, Kant concebe a possibilidade de domínio do mal do homem, que só poderá ser efetivado pelo próprio homem, ou seja, não caberá a qualquer outra entidade o dever/tentativa de superação do mal, senão ao homem através de sua progressão moral.

Dando um salto na história para a década de XX, Hannah Arendt inicia uma trilha para uma reformulação do conceito de “mal”. Nesse sentido, a autora é responsável por deslocar o eixo da conceituação de um “mal radical” para o que ela designa por “banalidade do mal”. E isso se deveu a sua perplexidade diante do julgamento de A. Eichmann, que é por ela narrado com riqueza de detalhes em sua obra *Eichmann en Jerusalén*¹⁷.

Em uma brevíssima síntese da obra, Arendt se deparou com o julgamento de um homem que estava longe de representar o estereótipo da maldade personificada em ser humano. Como ela mesma relata em sua obra, Adolf Eichmann era um cidadão comum, de inteligência mediana e com certas qualidades profissionais (segundo Arendt, capacidade de organizar e de negociar¹⁸), pai de família, sem traços de ser um antisemita fervoroso e que, além de tudo, se mostrava, sob a ótica do governo alemão à época do Terceiro Reich, um funcionário exemplar. À primeira vista um cidadão honrado e incapaz de cometer todos os infundáveis fatos narrados no julgamento, que culminou com a sua execução.

Assim, Hannah Arendt utilizou o conceito de banalidade do mal para caracterizar uma forma de perversidade que não se ajustava aos padrões com que nossa tradição cultural ocidental vem ao longo da história tratando de representar a maldade humana. A noção de banalidade do mal repousa em uma ideia de absoluta *apatia e indiferença*. Não é aquele mal ocasionado por vaidade ou por manifesta vontade de se afastar de uma norma. Tampouco é o mal proveniente da natureza. Ao contrário, a banalidade do mal pressupõe, justamente, o cumprimento estrito da lei. E, como verificado no Holocausto, esse fenômeno foi muito mais letal e extremo do que jamais qualquer expressão de mal teria sido. Neste caso, chama a atenção o fato de os nazistas terem convertido o mal em um verdadeiro dever para milhares de pessoas, através da normalização de sua prática. A banalidade está, justamente, no fato de que o mal se tornou algo rotineiro e parte da vida dessas pessoas.

O princípio teórico e prático dos ideais nazistas também teve origem nos Estados Unidos da América, através de um projeto nominado como “Estados Unidos da Esterilização” pelo jornalista Edwin Black, que resultou na esterilização em massa por meio do extremismo eugenista, inclusive com controles de natalidade. Posteriormente, a ideia foi convertida em um eugenismo negativo por Adolf Hitler, com as atrocidades praticadas em benevolência de suas “malévolas” vontades. É evidente a institucionalização do mal cultivado na obra de Black:

Durante décadas, o regime sanguinário de Hitler, o Holocausto e a Segunda Guerra Mundial seriam percebidos meramente como o resul-

tado, a excrescência da loucura incomensurável e do ódio cego de um homem e seu movimento. Mas, de fato, o ódio de Hitler não era cego; era agudamente focado e concentrado numa obsessiva visão eugenista. A guerra contra os fracos foi se transformando gradualmente das divisas, dos cartões perfurados e das lâminas cirúrgicas dos Estados Unidos em decretos, guetos e câmaras de gás do regime nazista.¹⁹

E o contraponto com a teoria de “mal radical” em Kant está justamente aí: Arendt observa que o mal não é necessariamente uma categoria profunda e enraizada por um indivíduo muitas vezes estereotipado, mas sim uma categoria institucionalizada. Uma verdadeira relação de homens comuns com atos brutais, entre vida cotidiana e mal. Esse foi o passo adiante da autora, a sua contribuição para complementar a noção kantiana.

Nesse sentido, engana-se quem pensa que essa “banalidade do mal” foi extinta juntamente com os campos de concentração nazistas. Ela permanece arraigada hoje nas formas sociais de pensar, sentir e agir socialmente adotadas.

Antevendo a perpetuidade do conceito de “mal” nos dias atuais, Arendt faz a seguinte contundente afirmação:

Lo más grave, en el caso de Eichmann, era precisamente que hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente –tal como los acusados y sus defensores dijeron hasta la saciedad en Nuremberg–, que en realidad merece la calificación de *hostis humani generis*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad...²⁰

A indiferença e a letargia sociais formam a face contemporânea do fenômeno da “banalidade do mal”. É dizer, a sociedade está anestesiada e não consegue sequer sensibilizar-se com trágicos acontecimentos ocorridos a cada segundo. Basta ver nos noticiários as reações do público a no-

tícias como o massacre e decapitação de presos levada a efeito no Presídio de Pedrinhas, no Maranhão. Pouco se falou, a opinião pública escassa-mente se manifestou. E iguais a essas notícias lemos centenas de milhares todos os dias sem que ninguém pare para refletir ou mesmo para se emocionar com as histórias subjacentes a todas elas²¹.

A conclusão trazida por Arendt²², e posteriormente aperfeiçoada por autores como Alessandro Baratta e Wayne Morrison, é bastante contundente: os ordenamentos jurídicos não possuem arcabouço instrumental para lidar com as chamadas “matanças administrativas organizadas pela burocracia estatal”²³. Em outras palavras, e fazendo uma aproximação com o caso brasileiro, mesmo com as leis sobre improbidade e a previsão de crimes perpetrados por administradores públicos, frequentemente não é possível fazer justiça em situações de omissão estatal, como a verificada no sistema carcerário.

Ousamos evoluir mais no raciocínio empreendido por Arendt para pontuar que o conceito de “banalidade do mal” relaciona-se com uma estratégia de poder, de dominação. Com efeito, narra a autora que o próprio Eichmann teve o intuito de ascender a cargos mais importantes no Reich. Além disso, o próprio nazismo foi uma estratégia de poder visando a hegemonia de uma “Alemanha ariana” no mundo. Hoje em dia a luta pelo poder prossegue de forma diferente, mais mascarada, porém com a mesma letalidade de outrora.

Intrinsecamente conectado ao conceito de “mal” está o de “violência” que, juntamente com a categoria “memória”, será explorado no próximo capítulo.

3. Outras categorias marcantes: “violência” e “memória”

A utilidade de predefinir a “violência” sob a linha de raciocínio deste estudo é o fato de ser ela uma das formas de externalização do mal. Por isso, um brevíssimo estudo sobre a gênese da violência faz-se necessário.

De início, é preciso desmistificar o fato de que violência é somente a física, tendo esse conceito múltiplas categorias (violência psicológica, por exemplo). E mais: a violência não é sempre praticada por um sujeito

determinado. Ela pode ser o resultado de uma ação ou omissão das estruturas burocráticas, como ocorreu e ocorre até hoje.

Na concepção arendtiana, a violência é o desvirtuamento do poder, pois a ação humana não violenta origina-se unicamente por meio da palavra. O poder violento ocasionará o sofrimento e a submissão²⁴.

Desta forma, Arendt salienta em sua obra *Sobre a Violência* a extremidade em que o mundo atual chegou em função da violência, iniciada com a corrida armamentista. Esta atualmente não mais é o principal fundamento da violência, mas sim uma de suas formas de dissuasão. Além disso, o fundamento da violência também não é mais a busca pela vitória (como ocorria outrora). Nesse sentido, a autora ilustra sua ideia em um “jogo de xadrez apocalíptico entre as superpotências” onde “se alguém ‘vencer’ é o fim para ambos”²⁵.

Após essas breves considerações a respeito da obra de Arendt, necessárias para apontar que a violência atual provém das estruturas de poder (através de seu desvirtuamento) e não possui mais a conotação da busca pela vitória, decotaremos o estudo do conceito “violência” para abarcar a chamada “violência estrutural”, que é a praticada no seio das estruturas estatais de poder, e que possui relação com essa reflexão de Arendt.

Segundo Galtung, haverá situação de “violência estrutural” quando as estruturas político-econômicas impeçam que os indivíduos ou grupos realizem o potencial de suas capacidades mentais ou somáticas. Em outras palavras, o termo é aplicável àquelas situações nas quais se produz um dano e um comprometimento em termos de satisfação das necessidades humanas básicas, como o bem-estar e a liberdade, sem que haja a interferência de quaisquer formas de violência direta, ou de “vis”, no sentido de força²⁶. Essa é uma das formas de manifestação da chamada “violência estatal” institucionalizada²⁷.

A seguinte passagem da obra *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia*, de Galtung, é bastante significativa:

Se rechaza el malentendido común de que ‘la violencia está en la naturaleza humana’. El *potencial* para la violencia, como para el amor, está en la naturaleza humana, pero las circunstancias condicionan la reali-

zación de ese potencial. La violencia no es como comer o las relaciones sexuales, que se encuentran por todo el mundo con ligeras variaciones. Las grandes variaciones en la violencia se explican fácilmente en términos de cultura y estructura: *la violencia cultural y estructural causa violencia directa*, utilizando como instrumentos actores violentos que se rebelan contra las estructuras y empleando la cultura para legitimar su uso de la violencia.²⁸

Essa situação de violência estatal é complementada por – e por que não dizer repercute em – uma forma de “violência simbólica” (que provém do chamado “poder simbólico”), que certamente é uma das roupagens mais perversas através das quais se pode apresentar o fenômeno “violência”. Nesse tipo de violência não se retira somente o que é tangível ao ser humano, mas sim o que está intrínseco à própria dignidade de cada um: sua autoestima, sua capacidade de desenvolver suas potencialidades e de viver segundo suas próprias convicções. Isso porque é imposto ao indivíduo uma determinada cultura dominante, supostamente “legítima”, que por ele é internalizada como se fosse natural. Um ato sutil, que oculta as relações de poder, que permeia toda a estrutura social. Logo, esse processo de violência simbólica é *cultural*, sendo difícil a identificação de um agente determinado, já que ocultas estão as verdadeiras relações de poder²⁹.

É imperioso ressaltar as conclusões de Arendt sobre as manipulações humanas por meio do poder simbólico oculto:

Os homens podem ser ‘manipulados’ por meio de coerção física, da tortura ou da fome, e suas opiniões podem formar-se arbitrariamente em função da informação deliberada e organizadamente falsa, mas não por meio de ‘persuasores ocultos’, tais como a televisão, a propaganda ou quaisquer outros meios psicológicos em uma sociedade livre. Os viciados na manipulação, aqueles que a temem não menos indevidamente que aqueles que depositam suas esperanças nela, dificilmente percebem a realidade das coisas.³⁰

O fato é que tanto a criminologia (em sua vertente tradicional)³¹ como o direito penal selecionaram determinadas formas de violência para se-

rem tratadas pelo tipo penal. No entanto, deixaram outras – de caráter extremamente pernicioso – de fora. Esse é o caso, justamente, tanto da violência estrutural como da violência simbólica e também da violência cultural. E, como consequência, o universo criminalmente abarcado serviu para ocultar a existência de situações latentes de “violência” e de “mal”, socialmente arraigadas e muitas vezes pouco percebidas³².

No que diz respeito ao sistema punitivo estatal, o fato de a punição não ser mais um ato público não inibe a ocorrência de irregularidades. Ao contrário, muitas delas ficam restritas a um ambiente inacessível pelo público em geral, não havendo uma correta fiscalização das condições suportadas por uma pessoa condenada.

O fato de a punição não ser mais um ato público não inibe a ocorrência de irregularidades

Se a situação de violência estrutural promana da própria estrutura social (sendo cultural), temos que indagar sobre a influência de nossa personalidade e também da experiência biográfica de cada qual para melhor situar o problema tratado. Nesse sentido, a discussão envolvendo o tema “memória” adquire especial importância.

E, para falar de memória, é necessário fazer um paralelo com a noção de história. Esses conceitos não são sinônimos, muito embora possam ostentar pontos de convergência. A história normalmente é contada sob a ótica de quem no momento podia fazê-lo. É uma narrativa que retrata o poder vigente, o discurso dos vencedores. Já a memória possui caráter personalíssimo, ou seja, somente a vivência de determinada situação gera memória. E ela não está oficialmente registrada em lugar nenhum, apenas na mente das pessoas que sofreram um determinado mal, um processo de violência³³.

Considerando que somente quem vivencia uma situação de violência e de mal havidos no âmbito do sistema carcerário ostenta memória, conclui-se que o maior material de conhecimento da situação interna de uma cadeia é a memória dos próprios presos, sua experiência biográfica. Contudo, essa “matéria-prima” é sistemática e reiteradamente desprezada e ignorada.

Não é possível modificar uma determinada estrutura sem dar voz a quem nela está integrado. Tal conclusão parece óbvia, mas na prática não é o que acontece. Quem faz as normas sobre execução penal, quem desenha o sistema carcerário (em um plano ideal) certamente não investigou a fundo a realidade do que lá ocorre. A chamada “hermenêutica da memória” (ou “paradigma epistemológico da memória”) é extremamente útil e válida no âmbito das ciências penais, muito embora subutilizada – ou não utilizada. O grande problema é que, como adverte Rivera Beiras, o estudo da memória é algo absolutamente incômodo, pois “le da vuelta, pone del revés, la interpretación de la realidad (passada y presente)”³⁴.

A conclusão extraída do quadro antes desenhado e dos conceitos estudados é uma só: o sistema penal é inútil para tratar de situações de violência estrutural. É o que será melhor constatado no capítulo seguinte.

4. Caso prático da cadeia pública de Arapongas: aplicação contemporânea do conceito de “banalidade do mal”

Para fazer essa aproximação será utilizado o exemplo da cadeia pública da Cidade de Arapongas – Paraná, reflexo do atual sistema penitenciário vigente no Brasil, que, muito embora tenha sido interdita por meio da sentença proferida na Ação Civil Pública 3425-64.2009.8.16.0045³⁵, segue em funcionamento e em condições absolutamente degradantes.

De início, a Comarca de Arapongas conta com uma única cadeia pública com capacidade para 34 detentos provisórios. Por ser uma cadeia e não uma penitenciária não há, ao menos em tese, previsão legal para o acolhimento de condenados.

Ocorre que a cadeia pública da cidade, que atualmente abriga mais de 200 detentos provisórios e definitivos, entre homens e mulheres³⁶, não oferece quaisquer condições de permanência por quem quer que seja. Por essa razão, ela foi formalmente interdita pelo Poder Judiciário através da mencionada sentença proferida no âmbito da Ação Civil Pública 3425-64.2009.8.16.0045³⁷.

A interdição se deu em decorrência de inúmeros acontecimentos que vêm se sucedendo ao longo do tempo, e que tornaram insustentável a si-

tuação atual. Apenas para citar alguns, o ambiente é insalubre e frequentemente há surtos de sarnas, tuberculose, entre outras doenças graves. Não há qualquer assistência médica, psicológica e psiquiátrica ao preso e suas famílias. Os detentos condenados ficam juntos dos presos provisórios, pois não há espaço para a segregação, tal qual preconiza a Lei 7.210/84. O ambiente não lhes permite exercer trabalho ou outra atividade de capacitação. Nesse contexto, é impossível a ressocialização em uma organização social carcerária como esta que, na prática, não condiz com os objetivos previstos na Lei de Execução Penal brasileira, antes mencionada.

A reação, como já citado no capítulo anterior, é previsível, ou seja, violência, em suas mais diversas formas. Violência física, psicológica, estrutural. Rotineiramente, o pequeno espaço ocupado por uma imensidão de seres humanos que, em sua maioria, dormem encostados nas paredes torna-se cenário de confrontos entre eles e os agentes penitenciários, que não logram conter a catastrófica situação e praticamente todos os dias pedem socorro ao Poder Judiciário, apresentando uma nova ocorrência que clama por solução, solução esta distante da realidade que vivenciam. O envolvimento dos órgãos judiciais naquele local deixou de ser apenas no momento da decretação da prisão cautelar/definitiva e atualmente a corregedoria dos presídios araponguense é instada – especialmente pelos detentos e seus familiares – a buscar melhorias sem qualquer respaldo/estrutura para fazê-lo.

As tentativas de fuga e motins também merecem destaque, evidenciando o inconformismo do homem com a privação de sua liberdade em uma diminuta estrutura de poucos metros quadrados sem qualquer condição de salubridade ou habitabilidade, já que acolhe dezenas de detentos em celas minúsculas.

As informações sobre as condições da Cadeia Pública de Arapongas transcendem as comunicações entre departamento penitenciário e Poder Judiciário e atualmente também ocupam lugar em jornais, revistas e noticiários locais, que a cada dia apresentam aos cidadãos uma nova situação vivenciada pelos detentos.

Além das péssimas condições sintetizadas na sentença antes mencionada, não há espaço condigno para o descanso diário, tampouco para formação e educação dos detentos, para a adequada visita de seus cônjuges

e companheiros, para as práticas esportivas, para o lazer, ou seja, não há como pôr em prática a grande maioria das imposições contidas na Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Outrossim, em âmbito nacional, o volume da população carcerária é impressionante. Em levantamento realizado em setembro de 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou-se que naquela época existiam no Brasil cerca de 473.000 presos. Ou seja, uma relação de 247 detentos para cada grupo de 100 mil habitantes, com déficit de 170 mil vagas. Do total de presidiários brasileiros, 56% já foram condenados, enquanto outros 44% ainda são provisórios e aguardam julgamento³⁸. A taxa de presos provisórios é estarrecedora: quase a metade da população carcerária sequer foi condenada, o que transmuda a natureza da prisão cautelar de excepcional em regra.

Mais uma demonstração do abismo que há entre a Lei de Execução Penal e a realidade que se verifica nas carceragens de todo o país é a formação de uma verdadeira “escola de criminalidade”. Nesse sentido são completamente atuais as noções de P. Bourdieu sobre *campus* e *habitus*. Segundo o autor, dentro de um universo como o cárcere (*campus*) os indivíduos desenvolvem redes de relações objetivas, verticalizadas e hierarquizadas segundo regras que de certa forma reproduzem os esquemas de dominação existentes “extramuros” (*habitus*)³⁹. É uma forma de sobrevivência em um ambiente inóspito, que não lhes oferece a menor expectativa de presente e de futuro. Ao contrário, contribui para aniquilar a dignidade das pessoas encarceradas.

Diante desse quadro, é possível visualizar a ocorrência de uma contemporânea manifestação do conceito de “banalidade do mal”, já que o confinamento de corpos em uma estrutura insalubre (para se dizer o mínimo) gera uma situação de violência simbólica e institucionalizada, cuja omissão estatal em solucioná-la potencializa essa espiral de dano social. Não há qualquer intencionalidade em perpetração de mal, não há a atuação de estereótipos de “sujeitos malignos”. Porém, a apatia e o esquecimento de um determinado grupo de pessoas em uma realidade indigna é, de fato, a manifestação contemporânea do conceito arendtiano de mal como algo trivial, cotidiano, que sequer é percebido pela sociedade.

5. Considerações finais

As perplexidades causadas quando analisamos certos conceitos sob lentes diversas são inegáveis. Há apenas uma certeza: a indiferença ao mal⁴⁰ que ocorre ao nosso lado contribui para potencializar uma situação de violência institucionalizada, ou, na visão de Arendt, de um desvirtuamento do poder que gera a violência como consequência/reação, resultando em um “mal institucionalizado”.

No caso de Arapongas, e trazendo uma outra perspectiva para o conceito de violência, ela existe quando permitimos que corpos vivos sejam literalmente depositados em locais cuja estrutura não difere muito de verdadeiros “campos de concentração”⁴¹, onde a máxima foucaultiana de “fazer viver e deixar morrer” é completamente válida⁴².

Logo, este estudo confirma a hipótese formulada na introdução desta investigação, além de lançar subsídios para a resposta às questões formuladas preliminarmente. Com efeito, a situação de “banalidade do mal” está presente no universo estudado (Cadeia Pública de Arapongas) na medida em que a burocracia do sistema penitenciário brasileiro fomenta a situação de completa omissão por ele vivenciada. E, ampliando o exemplo de Arapongas, podemos afirmar, embora careçamos de dados mais precisos (e que serão objeto de um estudo futuro), que o sistema penal, tal qual hoje está desenhado, somente potencializa violência, em uma “espiritual negativa”.

Evoluindo ainda mais no raciocínio, também é possível sustentar que essa violência ocasionada pelo abandono e pela indiferença é exemplo contemporâneo de “banalização do mal”, categoria esta alheia à criminologia e ao direito penal, porque estes tradicionalmente se ocupam de ações ou omissões intencionais, havendo um “ponto cego” absolutamente imperdoável, porque são esquecidos fenômenos que não somente vitimam o corpo de uma pessoa (e seu entorno), mas também a sua alma. Ousamos afirmar que vivemos em uma situação de verdadeiro niilismo, de mera contemplação do mundo, socialmente pouco percebida devido ao estado de letargia em que nos encontramos.

Na apresentação da obra *Filosofía del Mal y Memoria* é possível colher o seguinte fragmento, que expressa a ideia de que todos estamos envolvi-

dos nesta situação de violência cotidiana, que repercute no mal sentido em nossas prisões:

No debemos únicamente trasladarnos al estudio de los genocidios o del Holocausto como realidades históricas, momentáneas, pasadas y únicas, sino que el *nunca más* debe servirnos también hoy para preguntarnos hasta qué punto todos formamos parte de este mal. Pensar, por ejemplo, que nuestras prisiones cumplen, o que intentan cumplir, con estándares ‘humanitarios’ no puede dejarnos inactivos. No sólo porque en ellas existen fenómenos indeseables como la tortura y los malos tratos, sino también porque su funcionamiento legal, ordinario y cotidiano, no hacen más que alimentar en su interior la deshumanización y la barbarie.⁴³

Claro está que a criminologia e o direito penal tradicionais são incapazes de lidar com essas novas categorias e de prever uma repreensão a altura em situações de violência simbólica e institucionalizada e de banalidade do mal. Afinal, não há uma clara intencionalidade de ocasionar dano (dolo), e esse elemento subjetivo é a base de toda a teoria da culpa tradicionalmente construída. Wayne Morrison já advertiu em sua paradigmática obra *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* sobre a necessidade de uma “criminologia global” a partir de uma justiça global, justamente para que se possa abarcar os inúmeros casos de extrema gravidade que ficaram e ficam à margem do direito penal⁴⁴.

O grande descalabro da sociedade moderna é que ninguém se sente responsável pelo mal que cotidianamente acontece. Exemplo disso é o menosprezo sistemático à dignidade do preso no Brasil, situação que gera danos sociais dos mais extensos, seja para o detento, para suas famílias e para todo o seu entorno. São vítimas de um sistema que só lhes gera exclusão. Trata-se de um tipo de atrocidade moderna estatal que não é denunciada, não gera a punição adequada por intermédio dos organismos nacionais e internacionais. Wayne Morrison compara tais situações com a de verdadeiros genocídios, que fazem muito mais vítimas do que as estatísticas criminais oficiais constata⁴⁵.

Está claro que mal não se pode pagar com mal. Seja quem for o detento, ele ostenta dignidade. E é justamente sob a ótica dos direitos humanos,

e não meramente da “segurança pública”, que a questão deve ser tratada. Logo, o que se propõe é uma “viragem paradigmática” para que, no que se refere à questão carcerária, a primeira ótica (direitos humanos) prevaleça sobre a segunda (segurança pública).

Ademais, insistimos que é incorreto pensar que a situação carcerária pode ser resolvida, de forma mágica, apenas com a ação do governo de mudar uma lei, até porque a “minimização do Estado”, que vem deixando de cumprir com as funções que lhes são inerentes, é um fenômeno generalizado o qual é preciso combater. São necessárias políticas públicas consistentes, especialmente de cunho educacional, para formar uma nova base de cidadãos. Afinal, o corpo social deve em suas raízes ganhar consciência do problema e se insurgir, desde sua base, para gerar reflexos nas decisões politicamente tomadas. Isto é, trata-se de uma árdua luta para colocar – de forma definitiva e não paliativa – a questão carcerária na agenda política do governo brasileiro.

E no centro desse furacão estão os operadores do direito, como os juízes das execuções penais, que devem gerenciar um sistema em colapso sem qualquer apoio político e social.

Aqui não se está a decretar a culpa de uma ou outra pessoa em particular pela situação de absoluta calamidade vivida pelo sistema penitenciário. A responsabilidade é de todos e de cada um de nós. Todos devem ter a consciência de que o problema existe e que ele não desaparece por sua aparente “invisibilidade”.

Encerramos este trabalho com as palavras de Delacampagne, que defende um chamado “derecho al error” como forma de estimular que possamos denunciar algo sobre o atual estado das coisas, a fim de sairmos do estado de indiferença que nos assola de forma crônica. Diz o autor: “Todos tenemos algo para decir. Por poco que sea, hagámoslo. No conosco otra manera de romper la chapa de plomo que pesa sobre nuestras cabezas, esa chapa de plomo a la que denominé ‘indiferencia.’”⁴⁶

Notas

1. Raphaella Benetti da Cunha Rios. Juíza de Direito Titular da 1a Vara Criminal da Comarca de Arapongas – PR. Possui graduação em Direito pela Universidade do

- Estado do Rio de Janeiro – UERJ (1999). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2008). Doutoranda em Criminologia, Política Criminal e Sociologia Juridicopenal pela Universitat de Barcelona.
2. Laís Berti Resqueti. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina –UEL. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. É assessora de juíza de direito em Arapongas – PR.
 3. As imagens da cadeia pública e de alguns detentos feridos estão disponíveis no link: <http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os-videos/v/presos-da-cadeia-de-arapongas-denunciam-excessos-do-pelotao-de-choque-da-pm/3199055/> (acesso em 27.03.2014). Como será narrado ao longo deste trabalho, a situação caótica da Cadeia Pública de Arapongas não é nova, e situações como esta de tentativa de fuga e ferimentos já ocorreram inúmeras vezes, tendo sido a última no mês de fevereiro de 2015 (<http://tnonline.com.br>, acesso em 26.02.2015). Além disso, a superlotação é problema enfrentado desde o ano de 2000.
 4. Em 13.11.2012 o próprio ministro da Justiça José Eduardo Cardozo em reportagem concedida ao site globo.com afirmou que preferia morrer a ter que suportar anos em uma cadeia (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>, acesso em 27.03.2014).
 5. Casos de verdadeira omissão estatal em matéria penitenciária se multiplicam em um curto espaço de tempo. Podemos enumerar vários outros, como o ocorrido em dezembro de 2013 no “Presídio de Pedrinhas” (Estado do Maranhão), em que houve mais de 60 mortes com decapitação de presos. As fortes imagens constantes do link <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/pedrinhas-o-maranhao-e-a-tragedia-carceraria-brasileira-3435.html> (acesso em 27.03.2014) correm o mundo.
 6. HIRSCHBERGER, Johannes. *O bem e o mal no Banquete de Platão – História da Filosofia Antiga*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/o-bem-e-o-mal-no-banquete-de-platao-historia-da-filosofia-antiga-johannes-hirschberger> (acesso em 02.04.2014).
 7. BELLEI, Ricardo J. *O livre-arbítrio e o mal em Santo Agostinho*. Disponível em: http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/2010_02_04.pdf (acesso em 02.04.2014).
 8. AGOSTINHO, Santo. *Confissões* (trad. Alex Martins). São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 155.
 9. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123.
 10. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 140.
 11. BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 343.
 12. KANT, Immanuel. *La religión dentro de los limites de la mera razón*. Disponível em: <http://catedras.fcp.uncu.edu.ar/claroline/backends/download.php?url=LzIwMTM>

- vdW5pZGFkXzIvSuktS2FudC1UZXh0b3Mva2FudC1yZWxpZ2lubl9kZW50cm9f bGltaxRlc19yYXpvbi5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=PROFIL (acesso em 29.03.2014).
13. Segundo leitura do conceito de mal kantiano por Adriano Correia, “mesmo o pior vilão é alguém dotado não de uma vontade má, mas desafortunadamente carente de vontade livre, dominado por suas inclinações, o que nos leva a supor que em vez de um vilão, ele é de fato um débil inocente, digno de piedade, não de censura” – *O conceito de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acesso em 29.03.2014).
 14. STROUD, Scott R. *Viciado em suas próprias inclinações? Kant sobre a propensão ao mal*. Impulso, Revista de Ciências Sociais e Humanas. Piracicaba, v. 15, n. 38, set./dez. Editora Unimep, 2004. p. 25. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/impulso38.pdf> (acesso em 03.04.2014).
 15. Cf. CORREIA, Adriano, *O conceito de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acesso em 29.03.2014).
 16. Cf. CORREIA, Adriano, *O conceito de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acesso em 29.03.2014).
 17. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um estudo sobre la banalidade del mal* (título original: Eichmann in Jerusalem, trad. Carlos Ribalta). 4. ed., Barcelona: Editorial Lumen S.A., 2003.
 18. *Op. cit.*, p. 32.
 19. BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante* (trad. Tuca Magalhães). São Paulo: A Girafa, 2003. p. 508/509.
 20. *Op. cit.*, p. 165 – itálicos no original.
 21. Há autores que creditam a situação de mal vivida como reflexo da modernidade, em que esta seria um elemento provocador daquele ou, no mínimo ocupa uma posição *sine qua non* para explicar os males naturais da chamada pós-modernidade. Não vamos adentrar nesta discussão, muito embora reconheçamos que é de extremo interesse e atualidade. Nesse sentido, cf. dentre todos ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*. (título original: Dialektikder Aufklärungder, trad. Juan José Sánchez). 4. ed., Madrid: Editorial Trotta S.A., 1998.
 22. *Op. cit.*, p. 175.
 23. O termo “matança” empregado por Arendt não significa apenas a execução propriamente dita, mas a chamada “morte em vida”, o padecimento sofrido por milhões de pessoas, os danos sociais decorrentes da omissão estatal. Sobre o conceito de dano social cf. PEMBERTON, Simon. Social Harm Future (s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach. *Crime Law Soc Change*, 2007, n. 48, p. 27-41.

24. BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 438/441.
25. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência* (Tradução de André de Macedo Duarte). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 17.
26. Cf. LA PARRA, Daniel; TORTOSA, José María. Violencia Estructural: una ilustración del concepto. Universidad de Alicante, Documentación Social 131, 2003, p. 57-72, disponível em: <http://www.ugr.es/~fentrena/Violen.pdf> (acesso em 27.03.2014).
27. É possível afirmar que uma das formas de tortura promana da chamada violência institucional ou institucionalizada. No entanto, o tema da tortura não será abordado nesta investigação. Mas advertimos que a tortura é um meio utilizado em um aparato de burocratização do Estado. Com efeito, considerando o universo da cadeia de Arapongas, em que mais de 200 pessoas estão instaladas em um espaço físico reservado para pouco mais de 30 (trinta) é evidente e salta aos olhos a situação de tortura institucionalizada vivenciada pelos detentos, mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro proíba a tortura e outros tratos desumanos ou degradantes (art. 5º, III, Constituição Federal de 1988 – título que trata “dos direitos e garantias fundamentais”) e a despeito de o Brasil ser signatário e ter ratificado uma série de atos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.
28. GALTUNG, Johan. *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia* (título original: After violence: 3R, Reconstruction, Reconciliation, Resolution. Coping with visible and invisible effects of war and violence, trad. Teresa Toda). Bilbao: Bakeaz, 1998 (coleção Red Gernika), p. 15 – it.
29. Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL e São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989. Do mesmo autor ver capítulo 5 da seguinte obra: BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones Pascalianas* (título original Méditations Pascalienes, trad. Thomas Kauf). Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.
30. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência* (trad. André de Macedo Duarte). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 45.
31. Em rápidas pinceladas, as diversas correntes da Criminologia tradicional, muito embora abordem o fenômeno criminológico sobre múltiplos aspectos, possuem em comum a sua tradição positivista e etiológica. Cf., dentre todos, BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal* (título original: Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale, Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale – traducción de Álvaro Búnster). Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004.
32. Podemos pensar não somente no sistema carcerário, mas na situação de “violência de gênero” (sendo exemplo a violência contra a mulher), que até um passado recente não contemplava qualquer tratamento por parte do Direito Penal.

33. RIVERA BEIRAS, Iñaki. La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2011, n. 1, septiembre, p. 40-55, OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos – Universitat de Barcelona, disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/Critica-PenalPoder/article/view/1984> (acesso em 06.04.2014).
34. *Op. cit.*, p. 52.
35. Sentença registrada no site www.tjpr.jus.br em 24.11.2012, disponível em <http://www.tjpr.jus.br/consulta-1-grau-criminal> (acesso em 29.03.2014). Essa sentença foi recentemente analisada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (através de recurso interposto pelo Estado do Paraná), oportunidade em que referida Corte concluiu por reformá-la: <http://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau> (acesso em 06.04.2014).
36. Basta analisar os dados contidos no relatório de inspeção de estabelecimentos penais do Conselho Nacional de Justiça, mensalmente remetido pela 1ª Vara Criminal de Arapongas ao CNJ.
37. <http://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau> (acesso em 06.04.2014).
38. Informações obtidas no site do CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2009.pdf (acesso em 30.03.2014).
39. Cf. *La Lógica de los Campus* – Entrevista a Pierre Bourdieu. Disponível em <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/socvi/Aina/componentes/Comuncultura/01EntrevistaBourdieu.pdf> e em <http://pierre-bordieu.blogspot.com> (acesso em 30.03.2014). Cf. Também BOURDIEU, Pierre. *Sociología y Cultura* (título original: *Questions de Sociologie*, trad. Martha Pou). Miguel Hidalgo, México: Editorial Grijalbo, 1990.
40. Para DELACAMPAGNE a raiz da nossa impotência para construir uma “ciudad humana” reside na “indiferença” com relação a tudo aquilo de ruim que ocorre ao nosso redor, especialmente aos menos favorecidos. Em outras palavras, o autor questiona o fato de “banalizarmos” tudo, inclusive o que há de pior. Cf. DELACAMPAGNE, Christian. *La banalización del mal: acerca de la indiferencia* (título original: *De l'indifférence: essai sur la banalisation du mal*, trad. Paula Mahler). Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1999, p. 15.
41. As perplexidades causadas pelo “progresso” (que arrasta a humanidade deixando para trás suas vítimas e seus corpos), que acompanha o advento da ilustração e de todos os fenômenos históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais subsequentes foram captadas, de forma magistral, por w. BENJAMIN através de sua analogia com a obra *Angelus Novus*, de PAUL KLEE (*Sobre el Concepto de Historia* – trad. Bolívar Echeverría). Disponível em: <http://histomesoamericana.files.wordpress.com/2012/02/benjamin-sobre-el-concepto-de-historia.pdf> (acesso em 21.03.2014).
42. FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo* (título original: *Il Faut Défendre la Société*, trad. Alfredo Tzveibel). La Plata: Caronte Ensayos, 1998, p. 194.
43. FORERO, Alejandro; RIVERA BEIRAS, Iñaki; SILVEIRA, Héctor C (eds.). *Filosofía del Mal y Memoria*. Barcelona: Anthros Editorial; Barcelona: Observatori del Sis-

- tema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 80), p. 11 – it.
44. MORRISON, Wayne. *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (título original: *Criminology, Civilisation and the New World Order*, trad. Alejandro Piombo). Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 83).
45. *Op. cit.*
46. *Op. cit.*, p. 237.

Referências

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. (título original: *Dialektik der Aufklärung*, trad. Juan José Sánchez). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1998.
- AGOSTINHO, Santo. *Confissões* (trad. Alex Martins). São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.
- ARENDET, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal* (título original: *Eichmann in Jerusalem*, trad. Carlos Ribalta). 4. ed. Barcelona: Editorial Lumen S.A., 2003.
- _____. *Eichmann en Jerusalén* (título original: *Eichmann in Jerusalem*, trad. José Rubens Siqueira). 16. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____. *Los orígenes del totalitarismo* (título original: *The origins of totalitarianism*, trad. Guillermo Solana). Madrid: TAURUS, 1998.
- _____. *Responsabilidade e julgamento: escritos morais e éticos*. (trad. Rosaura Eichenberg). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____. *Sobre a violência* (trad. André de Macedo Duarte). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal* (título original: *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale, Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale*, trad. Álvaro Búnster). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004.
- BELLEI, Ricardo J. *O livre-arbítrio e o mal em Santo Agostinho*. Disponível em: http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/2010_02_04.pdf (acesso em 02.04.2014).
- BENJAMIN, Walter. *Sobre el Concepto de Historia* (trad. Bolívar Echeverría). Disponível em: <http://histomesoamericana.files.wordpress.com/2012/02/benjamin-sobre-el-concepto-de-historia.pdf> (acesso em 21.03.2014).
- BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, v. I.

- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante* (trad. Tuca Magalhães). São Paulo: A Girafa, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones pascalianas* (título original Méditations Pascaliennes, trad. Thomas Kauf). Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.
- _____. *O poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL e São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.
- _____. *Sociología y cultura* (título original: Questions de Sociologie, trad. Martha Pou). Miguel Hidalgo, México: Editorial Grijalbo, 1990.
- CORREIA, Adriano. *O conceito de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acesso em 29.03.2014).
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DELACAMPAGNE, Christian. *La banalización del mal: acerca de la indiferencia* (título original: De l'indifférence: essai sur la banalisation du mal, trad. Paula Mahler). Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1999.
- FORERO, Alejandro; RIVERA BEIRAS, Iñaki; SILVEIRA, Héctor C (eds.). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 80).
- FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo* (título original: Il Faut Défendre la Societé, trad. Alfredo Tzveibel). La Plata: Caronte Ensayos, 1998.
- _____. *Vigilar y castigar: nacimiento de la Prisión* (título original: Surveiller et Punir, trad. Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo Vientiuno Editores, 2002.
- GALTUNG, Johan. *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia* (título original: After violence: 3R, Reconstruction, Reconciliation, Resolution. Coping with visible and invisible effects of war and violence, trad. Teresa Toda). Bilbao: Bakeaz, 1998 (coleção Red Gernika).
- HIRSCHBERGER, Johannes. *O bem e o mal no Banquete de Platão – História da Filosofia Antiga*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/o-bem-e-o-mal-no-banquete-de-platao-historia-da-filosofia-antiga-johannes-hirschberger> (acesso em 02.04.2014).
- KANT, Immanuel. *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Disponível em: <http://catedras.fcp.uncu.edu.ar/claroline/backends/download.php?url=LzIwMTMvdW5pZGFkXzIvSUktS2FudC1UZXBh0b3Mva2FudC1yZWxpZ2lvb19kZW50cm9fbGltXRlc19yYXpvi5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=PROFIL> (acesso em 29.03.2014).
- LA PARRA, Daniel; TORTOSA, José María. *Violencia estructural: una ilustración del concepto*. Universidad de Alicante, Documentación Social 131, 2003, p. 57-72, disponível em: <http://www.ugr.es/~fentrena/Violen.pdf> (acesso em 27.03.2014).
- MORRISON, Wayne. *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (título original: Criminology, Civilisation and the New World Order, trad. Alejandro Piombo).

Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 83).

PEMBERTON, Simon. Social Harm Future (s): Exploring the Potencial of the Social Harm Approach. *Crime Law Soc Change*, 2007, n. 48, p. 27-41.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2011, n. 1, septiembre, p. 40-55, OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos – Universitat de Barcelona, disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1984> (acesso em 06.04.2014).

STROUD. Scott R. *Viciado em suas próprias inclinações? Kant sobre a propensão ao mal*. Impulso, Revista de Ciências Sociais e Humanas. Piracicaba, v. 15, n. 38, set./dez. Editora Unimep, 2004. p. 25. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/impulso38.pdf> (acesso em 03.04.2014).

Como concebemos a justiça?

Nicola Frascati Junior¹

Juiz de Direito da Comarca de Maringá – PR

Jacqueline Sophie P. Guhur Frascati²

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – PR

QUANDO EM QUESTÃO QUAL O PAPEL do conhecimento ou da razão na modernidade – que se inicia com o Iluminismo no século XVIII e chega até nós na atualidade –, uma das respostas possíveis é a de que a razão se encontra predominantemente orientada para fins úteis, assim definidos a partir dos resultados visíveis do ponto de vista da produtividade, da economia, da eficiência e do mercado. É a razão instrumental (Escola de Frankfurt), assim denominada por se afastar da busca pelo conhecimento “em si” e se prestar como instrumento de dominação, exploração. Saber e poder, intimamente relacionados ao longo da história do conhecimento, como também nos ensina Foucault³.

Por outro lado, quando se perquire acerca do desenvolvimento humano alcançado por esta racionalidade idealizada na modernidade, especialmente pelos avanços das ciências e técnicas alcançados, dificilmente as respostas encontradas conduzem à ideia de uma maior ampliação da consciência humana, da liberdade, de benefícios humanos em termos de desenvolvimento social, de justiça e moralidade. Ao contrário, há uma insatisfação para com a realidade que oprime e fragiliza o homem e se nos apresenta como caótica, incoerente e incompreensível...⁴ E o direito, enquanto fenômeno cultural e enquanto intimamente relacionado com aquilo que se entende por “justo”, com “o certo e o errado”, o “bom ou ruim”, não resta indiferente a esse paradoxo. Afinal, pode-se afirmar como justa nossa sociedade? O que é a justiça?

Tomemos por ponto de partida o século XX. Embora Hans Kelsen tenha alegado ser o conceito de justiça relativo (porque constantemente modificado ao longo da história)⁵ e que seu debate não deveria ser inserido no âmbito da ciência do direito, mas da ética, da política, da economia, como propugna em sua *Teoria Pura do Direito*, certo é que filósofos da política e do direito, bem como alguns juristas, quase que invariavelmente têm por certo que o direito precisa da ideia de justiça. Discutir a justiça é tarefa da filosofia política, de fato, mas quando o direito assume o papel de ser um dos instrumentos para a sua consecução em uma sociedade, saber o que é a justiça e quando uma sociedade pode ser considerada justa são temas que lhe são afetos e podem ser discutidos no âmbito da filosofia do direito, da ética. Assim é que a justiça é objeto comum desses vários campos do saber.

É preciso lembrar, em todo caso, que a própria capacidade de o direito realizar a justiça ou dela ser um instrumento são questões postas em discussão no âmbito da filosofia do direito. A história da filosofia do direito, acompanhando a linha do tempo e da compreensão da razão desde os primórdios da filosofia, traz a lume alguns pensadores que, guardadas as devidas distinções, enfrentam ora com otimismo, ora com desencanto o mundo. Para uns, como Ronald Dworkin, é possível vislumbrar o direito como um fenômeno moral, coerente, consistente, amparado em princípios constitucionais e legais que contêm os princípios morais e políticos da nossa sociedade, mesmo frente à realidade indiferente que o subjaz. Direito, moral e justiça estariam entrelaçados, e a justiça seria possível a partir de uma hermenêutica filosófica comprometida com princípios. Para outros, como Carl Schmitt e Michel Foucault, bem como para expoentes da filosofia jurídica crítica, como Pachukanis e Ernest Bloch, a verdade do direito é outra e aponta, em geral, para o poder subjacente, para o direito enquanto servo da política atual, da economia, da utilidade, para a conseqüente proliferação das formas de regulamentação jurídicas, pelo que não devemos superestimar a capacidade do direito no sentido de transformar a realidade, de realizar a justiça⁶.

Pode-se, assim, dizer que no âmbito do conhecimento ou racionalidade desenvolvida a respeito da “verdade” sobre o direito desde o início do século XX encontramos, de modo geral, pensadores que nele veem

a realização da “justiça” ou uma possibilidade de sua realização (e tudo o que esta expressão possa significar), e outros que apreciam como um instrumento do poder, um vetor de exploração, desvinculado daquilo que entendem por justo. Mas, ainda assim, pensar o direito atrelado à lei positivada pelo Estado, seja com maior ou menor intensidade (teorias *juspositivistas* e ditas “pós-positivistas”), ou para além da lei (poder subjacente), envolve sempre responder à questão se ele realiza (ou pode realizar) a justiça, para o que é preciso definir o que entende por justo. Assim é que debater “o que é a justiça”, “quando uma sociedade pode ser considerada justa”, ou se “existem princípios que fundamentam uma justiça universal” ajuda a elucidar os diferentes pensamentos *jusfilosóficos* que veem no direito a realização da justiça ou um instrumento que pode colaborar para tanto ou, mesmo, para a sua negação.

Há um constante questionar da justiça na sociedade

Certo é que voltar a discutir tais questões e as outras que se encontram nelas implicadas se apresenta como uma tarefa árdua e sem perspectiva conclusiva, irrestrita a uma única solução. Ao contrário, é um questionar sujeito a uma abrangente diversidade de respostas. E se isso traz certo desalento para os que ainda vivem a ânsia de buscar uma verdade definitiva sobre a justiça (assim como sobre o direito), uma história-mestra com a qual se possa trabalhar para todos os fins, entende-se, por outro lado, que a interpretação e reinterpretação da justiça faz parte da própria transformação contínua pela qual passa o homem. Afinal, sendo o homem temporal, espacial, mutável, e por consequência (e vice-versa) sendo a realidade social, também o são as compreensões que o homem tem acerca de suas relações com outros homens e com o mundo e das avaliações/valorações que realiza a respeito.

Há um constante questionar da justiça na sociedade. Discutir a justiça envolve investigar, por exemplo, a ligação da justiça com a utilidade (devemos maximizar o bem-estar?), com a liberdade (devemos aceitar as preferências individuais?) ou com o que é bom (devemos cultivar as virtudes, nos preocupar com o bem comum?). Ainda, envolve investigar quais desses pensamentos fundamentam as respostas aos diversos ques-

tionamentos do dia a dia, a respeito da eutanásia, da venda de órgãos, do uso/tráfico de drogas, da barriga de aluguel, das ações afirmativas, do serviço militar obrigatório, entre outros mais abrangentes, como o papel do Estado liberal ou do Estado mínimo, dos conflitos étnicos ou da distribuição das riquezas. E é preciso compreendê-las para lidar com essa diversidade que se apresenta⁷.

Ainda, discutir o que é a justiça impõe questionar acerca dos parâmetros do justo utilizados, não apenas nas decisões políticas primeiras, mas também nas decisões judiciais. A pretensa neutralidade do positivismo jurídico trouxe consigo o problema da discricionariedade judicial, o de saber como os juízes decidem, especialmente em casos em que existem conflitos de difícil solução. Geralmente, a opção de não discutir os problemas morais, religiosos, no âmbito da política deixa para o magistrado a difícil tarefa de encontrar fundamentos que expressem mais do que um “subjetivismo” ou “emotivismo” no momento de definir o justo.

Daí, sucintamente, a abrangência da discussão acerca da “justiça” e a importância de se voltar às diferentes interpretações/ressignificações realizadas por certos pensadores a seu respeito. Compreendê-las é essencial para que possamos reconhecer os fundamentos que constantemente levantamos para justificar escolhas que realizamos nas relações que estabelecemos com as outras pessoas e com o Estado (mesmo “apesar” daquilo que determina o Estado), bem como para reconhecer os fundamentos de determinadas decisões tomadas no âmbito político e judicial.

E como a compreendemos, então?

Partindo-se de questões presentes em debates jurídicos e artigos de periódicos diversos, assim como em pesquisas acadêmicas contemporâneas, que se intitulam, em especial, “pós-positivistas”, observamos que estas muitas vezes ora se limitam a pressupor a justiça no direito posto pelo Estado e nas decisões judiciais daí decorrentes, ora se voltam contra a sua própria matriz (o *juspositivismo* normativo de Kelsen) criticando a abertura que ela faz para a discricionariedade do juiz, argumentando daí no sentido da injustiça das decisões judiciais. Mas tal percepção se apresenta, salvo algumas exceções, como conservadora e circular, incapaz de imprimir um novo olhar para com a realidade da justiça e do direito.

Ampliando a ótica de discussão, podemos dizer que a justiça pode ser pensada a partir de diferentes reflexões sobre o indivíduo e a sociedade. E, se observarmos as diferentes respostas apresentadas para as questões que envolvem a justiça, como as relacionadas anteriormente (eutanásia, aborto, distribuição de riquezas etc.), concluiremos que existe um conjunto de teorias que estão em desacordo umas com as outras. Entre elas, existem, exemplificadamente, as que atribuem relevância ao mérito, a um cálculo de custos e benefícios, a uma liberdade expressa nos direitos humanos inalienáveis ou à realização do bem comum, conferindo racionalidade prática às decisões tomadas com base em uma dessas escolhas⁸. Neste sentido, especialmente tangenciando a ligação entre justiça e liberdade e justiça e bem comum, podemos apontar a discussão existente entre os liberais (como Kant, Rawls, Nozick, Dworkin), os comunitaristas (Walzer, Sandel, Taylor, MacIntyre), para além dos habermasianos (que, em geral, buscam conciliar as duas primeiras), guardadas as divergências a respeito destas categorizações e inclusão dos pensadores nas respectivas categorias.

A democracia liberal, com sua proposta de economia (ou sociedade) de mercado e institucionalização da liberdade individual, é a visão hegemônica na atualidade, e, desde o fracasso do socialismo real – o que é praticamente um consenso entre os teóricos da filosofia política –, dificilmente poderíamos apontar um modelo político alternativo capaz de suplantá-la. Para pensadores como Kant e Rawls, a ideia de justiça deve estar em consonância com a compreensão do homem como um ser livre e independente, capaz de escolher sozinho os seus objetivos. Não devem existir amarras morais que precedam as nossas deliberações, pelo que o direito (e a concepção de justiça) deve apontar os direitos e deveres de modo a respeitar tal neutralidade moral. Assim, a política deve se abster de se enveredar por controvérsias morais e religiosas, respeitando as diferentes concepções que os indivíduos possuem acerca da melhor forma de viver, do que resultaria a tolerância e o respeito mútuo. No mais, a política deve discutir a justiça social no limite do respeito às liberdades individuais⁹. As teorias do direito *juspositivistas* se adequam a esta concepção de justiça com maior facilidade, realizando algumas críticas conservadoras em relação às injustiças, mas sem a pretensão de uma reforma ou modificação mais profunda de sua concepção.

Embora seja esta a base do discurso político liberal, certo é que ela não fornece soluções para modificar a insatisfação do homem para com a realidade, como já mencionado. Há vários *nós* a serem desatados, como, por exemplo, os referentes aos limites morais do mercado, aos pressupostos de sua capacidade de autorregulação (podemos dizer que todos os bens estão no mercado?); aos problemas trazidos pela desigualdade social e étnica; ao enfraquecimento da solidariedade propiciado pela referida desigualdade; e a falta de virtude cívica que permeia as sociedades¹⁰.

Por outro lado, a visão comunitarista e a retomada das ideias que realiza no sentido de discutir uma concepção de justiça que envolva o cultivo da virtude, a preocupação com o bem comum e a aceitação de princípios pluralistas resultantes da história e da cultura apresentam-se como uma quadra interessante e inspiradora, propiciando uma crítica e alternativa ao modelo liberal atual. As teorias comunitaristas têm esse nome, em síntese, por priorizar a comunidade em relação ao indivíduo, no sentido de entender o indivíduo como um membro pertencente à comunidade, e não um indivíduo enquanto ser abstrato e racionalmente autônomo. Daí, também, a justiça estaria vinculada à comunidade, ao seu contexto e particularidades, aos seus valores culturais e tradições, o que envolve o enfrentamento e o debate de questões morais, religiosas, e não a simples suposta neutralidade ou imparcialidade como solução mais justa¹¹.

Certo é que no âmbito do direito brasileiro predominam as análises das ideias dos filósofos categorizados como “liberais”, em especial Rawls e Dworkin. Mas, ainda que elas sejam relevantes e atuais, também se pode afirmar que, para alguns, tais ideias se encontram desgastadas, no sentido de não modificar a insatisfação do homem para com a realidade. Evidentemente, sempre existem (e existirão) choques de interesse, provocações, competição entre adversários políticos, filósofos, juristas, a esse respeito. Os conflitos sempre se apresentam, ora a eles se dando mais enfoque, ora menos. Mas temos uma tendência, seja pela facilidade, intimidade, notoriedade alcançada ou pela simples rotina, a nos voltarmos a observar as ideias que nos levam a consensos fáceis e mais duradouros acerca da realidade.

Daí por que se entende como relevante perquirir outras perspectivas de pensamento acerca da justiça que não fazem parte do “consenso” maior,

ou da simples repetição de ideias, no sentido de propiciar uma reflexão crítica a respeito deste saber. De qualquer forma, voltar-se à questão da justiça (o que é ou quando uma sociedade pode ser considerada justa) e ao problema da capacidade do direito de realizá-la significa assumir um debate de extrema relevância para o direito, contribuindo para o seu destaque na atualidade. Abrir os olhos à “justiça” e ampliar as bases para sua discussão (como a inserção de pensadores comunitaristas, por exemplo) é um significativo passo rumo à sua compreensão.

Notas

1. Nicola Frascati Junior. Juiz de Direito da Comarca de Maringá-PR. Formado pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pós-Graduação *latu sensu* em Direito nos termos da Resolução 27/2001 da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e ensino Superior do Estado do Paraná (Emap). Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá-PR.
2. Jacqueline Sophie P. Guhur Frascati. Professora de Filosofia do Direito da Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR.
3. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006; FOUCAULT, Michel de. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
4. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011; CHAUI, Marilena. *Op. cit.*
5. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Op. cit.*
6. MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012; MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
7. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.
8. MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2010.
9. SANDEL, Michael J. *Op. cit.*; RALWS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
10. SANDEL, Michael J. *Op. cit.*
11. *Idem*.

Referências

- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006.
- DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- FOUCAULT, Michel de. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2010.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RALWS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- WALZER, Michael. *As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O universo do consumo

Joatan Marcos de Carvalho¹

Desembargador Jubilado do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: O propósito deste artigo é o de conscientizar e educar o consumidor e seus defensores de que as questões de consumo devem ser tratadas no amplo universo das questões de estado.

QUANDO SE ANALISA UMA RELAÇÃO DE CONSUMO, na esfera comercial, administrativa, regulatória, judicial ou por qualquer outro aspecto ou enfoque pretendido, sempre se estará sujeito a uma multiplicidade de determinações que, muito embora, em alguns casos, sejam desprezíveis, no mais das vezes são determinantes no estabelecimento da prevalência, do direito formal, de uma das partes em conflito.

Dizendo de outro modo: mesmo na mais simples relação de consumo como, por exemplo, a compra de pão, fato corriqueiro e quase sempre diário, pode se fazer presente uma enorme e complexa rede de relações, a saber: se houver uma adulteração da farinha, quem deverá ser responsabilizado, a panificadora, o moinho ou ambos? E, se houver uma contaminação, poderá a companhia d'água ser chamada à responsabilidade? E em havendo um grau excessivo de pesticidas no produto, quem responde?

Não importa aqui o encaminhamento, a análise ou a solução dessas questões, que podem até ser de tirocínio simples, para especialistas; o que se quer destacar é que as relações de consumo, por mais simples que possam parecer, são na verdade ligadas a uma multiplicidade de conexões que compõem o universo do consumo.

Estas conexões ou interrelações perpassam os mais variados níveis e se influenciam mutuamente com maior ou menor grau de importância. Mas o que isso teria a ver com a compra do pão ou com a minha conta de telefone?

Tudo... Quando compro o pão, estou sujeito à estratégia política do fornecimento de alimentos, não só governamental, mas também, e talvez ainda mais relevante, dos globalizados interesses de circulação e distribuições dos alimentos, das commodities, dos financiamentos agrícolas e tudo mais que compõe o universo do consumo.

Quando estabeleço a minha relação de consumo com uma operadora de telefonia, submeto-me às imposições que me são por ela oferecidas, não há a menor possibilidade de efetiva negociação e, frequentemente, me vejo desatendido em questões relativas ao cumprimento das condições mais básicas e elementares da negociação.

Isto ocorre porque ao consumidor é sempre oferecido um pacote completo de alternativas, que são estabelecidas segundo o conjunto de relações que permeiam o universo do consumo. Essas configurações se determinam sem a participação do consumidor ou daqueles que deveriam legal e formalmente representá-lo.

Quando se está a tratar de concessões públicas, ainda quando haja sujeição à autorização do parlamento e discussões setoriais, a possibilidade de intervenção do consumidor ou daqueles que deveriam representá-lo é nenhuma ou insignificante; quando muito, a questão é submetida a audiências públicas, que em geral são ocorrências formais sem resultados práticos.

Segue-se que o estabelecimento do marco regulatório se configura desde logo desfavorável à parte hipossuficiente, que é o consumidor, não importando sua especificidade e sim a posição que ocupa na relação negocial.

E, além disso, as agências reguladoras, em geral, são objeto de “captura” por aqueles que deveriam ser os controlados. Definitivamente, as agências reguladoras, ao menos no perfil e modelo ora experimentado, deixam de atender aos anseios da sociedade.

Resulta que, no universo de consumo, somente questionamentos de limitado alcance, ainda que em grande número, logram chegar à apreciação dos órgãos de defesa do consumidor e ao Judiciário.

O que se passa é que, dada as interferências, de duvidosa legitimidade, que vêm sofrendo tanto os órgãos de defesa do consumidor como o Poder Judiciário, por parte de uma política intervencionista que se estabelece por imposição da “lógica do mercado”, as questões não se resolvem em suas causas, mas tão somente nos seus efeitos.

E, ao limitarem-se quase que exclusivamente à apreciação dos efeitos, que nada mais são que as simples violações que são perpetradas contra os consumidores, os organismos que deveriam proteger as relações de consumo acabam por servir de anteparo legitimador do engodo.

Assim se dá porque no universo do consumo (ambiente ilimitado de fornecimento de bens e serviços) os interesses são de grande magnitude econômica; os grandes grupos atuam de forma consciente e objetiva, em todas as esferas públicas e níveis sociais, buscando fixar da maneira mais ampla possível o controle absoluto do “mercado”, mantendo sempre e de forma oficial uma aparente legalidade e legitimidade.

Isto é feito por intervenção direta desses interessados: no processo legislativo, por uma atuação profissional e competente junto aos parlamentares (Banco Mundial 1996)²; na política governamental, por gestões e entendimentos de alto nível com o poder executivo; e junto aos tribunais, por bancas de advogados de nomeada, nem sempre pautadas pela isenção.

Em assim sendo, o complexo universo do consumo fica sujeito a uma “lógica anticonsumidor” ou pró-fornecedor, o que significa dizer que a continuidade do fornecimento deve prevalecer a eventuais (e frequentíssimas) violações aos mais comensuráveis princípios consumeristas.

Destaque-se que, na verdade, nada há de complexo nem mesmo de lógico. Trata-se de uma elaborada engenharia econômico-financeira, sustentada por estratégias de propaganda e marketing, que tem em sua origem a formulação de um modelo economicista, o qual privilegia uma política monetarista, em detrimento de uma política fiscal (Assis-2011)³.

A educação para o consumo abrange todos os aspectos da educação em geral: vale dizer, educação social, política, econômica

Como resultado, verifica-se um desequilíbrio abissal entre os interesses opostos que compõem o universo do consumo. Para atuar com a competência e a efetividade dos fornecedores, os consumidores precisam se fazer presente, de forma sempre mais competente, em todas as esferas e nas mais elevadas instâncias decisórias da sociedade.

Sem nenhuma dúvida, a educação para o consumo é um caminho apreciável, especialmente como facilitador das demais providências. Entretanto, é preciso ter a consciência de que educação para o consumo abrange todos os aspectos da educação em geral: vale dizer, educação social, política, econômica.

Sustentar o entendimento de que o Judiciário é a última instância de esperança, como muitos defendem, é desprezar espaços e oportunidades preciosos para o avanço dos direitos do consumo. Mas para isso é preciso que a sociedade avance em defesa de prerrogativas que lhe são legalmente conferidas.

Forçoso é reconhecer que se o Parlamento e o Executivo e suas agências não estão se prestando satisfatoriamente à proteção do consumidor é porque não se está fazendo o correto uso dessas instituições; e, certamente, a melhoria das relações de consumo deve passar pelo aprimoramento do sistema. É preciso que os interesses dos consumidores se ponham em equilíbrio com os dos fornecedores. Melhor dizendo, necessário se faz que haja um acertamento de interesses comuns.

E percam as esperanças aqueles que ainda vislumbram a possibilidade de o Judiciário, de forma independente, isto é, autônoma e isolada, ser o ambiente de mediação, aprimoramento e justicialização das relações de consumo. Nem o Judiciário, nem o Ministério Público, tampouco as defensorias ou as advocacias, seja isoladamente ou imbricadas em suas funções sistêmicas de possibilitar o regramento de um legítimo e equânime universo consumerista. Necessário se faz construir e reconstruir, ou seja, aperfeiçoar seguidamente o processo do fornecimento e do consumo, tendo por régua os mais puros e ponderados direitos fundamentais.

É preciso ter claro que a oferta de bens e serviços é sempre e cada vez mais dinâmica, mais inventiva, oportunista e, igualmente, tendenciosa, sediciosa e frequentemente criminosa (adulteração do leite)⁴, de modo que só chegaremos a um melhor estado de coisas se houver uma contínua,

conjunta e permanente preocupação no aperfeiçoamento do processo, de forma ampla e global, vez que por aí se estende o universo do consumo.

Abstract

The purpose of this article is to raise awareness and educate consumers and their advocates that consumer issues should be addressed in the larger universe of the state.

Notas

1. Joatan Marcos de Carvalho. Desembargador Jubilado do Tribunal de Justiça do Paraná. Diretor da Revista Judiciária do Paraná e Vice-Presidente da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, em Direito Econômico pela Universidade Federal do Paraná e Direito Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal). Membro da Academia de Letras José de Alencar, cadeira nº 36, teve seus artigos publicados na imprensa paranaense e revista Novos Rumos.
2. Maria Dakolias. *Documento Técnico Número 319*; Elementos Para Reforma, *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*, https://www.google.com.br/webhp?source=search_app#sclient=psy-ab&q=banco+mundial+e+o+judiciario&oq=banco+mundial+e+o+judiciario&gs_l=hp322826.52434.0.54303.52.33.14.5.6.1.659.9519.2-27j3j1j2.33.0...0.0.0..1c.1.17.psy-ab.w1PYB1txAUY&pbx=1&bav=on.2,or.r_qf.&bvm=bv.48705608,d.dmQ&fp=17362fd6494020c4&biw=1024&bih=505
3. Assis, José Carlos de. *Banco Central: último reduto da luta de classes depois da Guerra Fria in Revista da Escola Superior de Guerra*, v. 25, jan. jun./2011.
4. Bertão, Naiara Infante, 17/05/2014 às 18:11 – Atualizado em 09/06/2014 às 20:56; <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/problema-de-leite-contaminado-extra-polou-rs-e-pode-ser-nacional/> – acessado em 13-03-15.

Pena abaixo do mínimo abstratamente previsto: uma garantia constitucional ou uma impossibilidade jurídica? Análise da Súmula 231 do STJ e sua (in)constitucionalidade

Ramon Vinícius de Vargas¹

Bacharel em Direito – UFPR

1. Introdução

NOS DIAS DE HOJE, uma questão recorrentemente debatida nos meios jurídicos, principalmente em discussões envolvendo a aplicação da lei penal no caso concreto, diz respeito ao possível reconhecimento – e aplicação – de causas atenuantes, na segunda fase da dosimetria da pena (para fixação da pena-provisória) quando a pena-base (definida na primeira fase) já tiver sido aplicada no mínimo legal.

Após muitas divergência jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça, em 1999, editou a Súmula 231 com a ideia de pacificar a questão do ponto de vista jurisprudencial, vedando a fixação da pena-provisória abaixo do mínimo abstratamente previsto em lei.

É sobre esta súmula que versará o presente artigo. Para tanto, será necessário proceder a uma reavaliação sistemática do ordenamento jurídico pátrio a fim de analisar a compatibilidade da orientação jurisprudencial dada pelo STJ com as garantias individuais previstas legal e constitucionalmente.

2. O Código Penal de 1940 e a superveniência da Constituição de 1988

Inicialmente, antes de efetivamente adentrar na análise da Súmula 231, é necessário tecer algumas rápidas considerações sobre o Código

Penal atualmente vigente e sua relação com a lei maior de nosso ordenamento jurídico.

O Código Penal pode ser considerado um misto de ideologias: nasceu através do Decreto-Lei 2.848/40, durante a vigência da Constituição de 1937, a qual era fruto de um golpe de estado que durou 15 anos. Em 1984 sobrevieram alterações em sua parte geral, justamente em um período em que a ditadura militar lutava para permanecer no poder. Por fim, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, a “*Constituição Cidadã*”, a qual tem como principal fundamento a proteção aos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais.

O breve retrospecto histórico é necessário para relembrar o leitor de que as normas legislativas previstas no código (as quais foram concebidas em uma ordem constitucional imposta) não podem, e não devem, ser interpretadas *apenas* literalmente, sob pena de se permitir reviver juridicamente o ranço ditatorial que não mais tem lugar na ordem democrática vigente.

Com efeito, a Constituição de 88, em seu artigo 5º, dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais no Estado brasileiro. Logo no *caput* do referido dispositivo, pode-se ver que, após o direito à vida (o mais elementar e fundamental entre todos), vem previsto o direito à **liberdade**.

Tal sequência (como todos os demais comandos constitucionais) não é aleatória e tem a sua razão de ser: a liberdade é considerada um dos aspectos mais fundamentais e inerentes à pessoa humana, de modo que o estado democrático de direito tem como função a proteção a esse direito, e não sua limitação. Assim, tem-se que a restrição à liberdade deve ser a absoluta exceção, e somente aplicada como último recurso.

Justamente por essa razão, todas as normas (constitucionais e infraconstitucionais) devem ser interpretadas segundo essa lógica. Como consequência, as normas que garantem e protegem a liberdade do indivíduo frente ao poder estatal devem ser interpretadas ampliativamente, de modo a garantir sua máxima eficácia. A contrário senso, portanto, as normas que de alguma maneira cerceiem ou restrinjam o direito à liberdade devem ser interpretadas restritivamente, sendo absolutamente vedadas analogias, posto que, neste caso, serão sempre *in malam partem*.

3. O modelo trifásico da aplicação da pena

O modelo de aplicação da pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro vem previsto no artigo 68 do Código Penal, que assim dispõe: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Da leitura do referido dispositivo, verifica-se que para chegar ao *quantum* de pena que deverá ser aplicado concretamente ao réu, em caso de condenação, o magistrado deverá obrigatoriamente passar por três etapas, ao final das quais ter-se-á a pena definitiva imposta ao condenado.

A primeira fase da aplicação da pena consiste no levantamento das chamadas “circunstâncias judiciais”, previstas no artigo 59 do Código Penal. Neste primeiro momento, o julgador deverá ponderar concretamente os seguintes itens: culpabilidade do agente; antecedentes criminais do acusado; sua conduta social; sua personalidade; os motivos para o cometimento do crime; as circunstâncias em que este foi cometido; as consequências do delito; e, finalmente, a influência do comportamento da vítima na prática delitiva.

Após cuidadosamente examinar cada um desses fatores, chega-se à “pena-base” para o crime em questão. Nesta primeira etapa, ainda que não exista norma específica determinando de qual marco o juiz deverá partir, jurisprudencialmente é entendimento quase unânime de que se parte da pena mínima abstratamente prevista para o crime, devendo ser a pena aumentada quando as circunstâncias analisadas forem prejudiciais ao acusado.

Finda a primeira etapa, passa-se à segunda fase da dosimetria da pena, com a análise das chamadas “circunstâncias legais”. Trata-se, em verdade, do exame das agravantes e atenuantes genéricas, previstas, respectivamente, nos artigos 61 e 62 (para as agravantes) e 65 e 66 (para as atenuantes). Ao final desta segunda etapa, chega-se à “pena-provisória”.

De acordo com a orientação jurisprudencial dominante, nessa etapa a pena não pode ficar fora dos limites máximo e mínimo previstos pelo legislador, de modo que a incidência de circunstância agravante não

poderia elevar a pena além do máximo legalmente previsto, tampouco a incidência de atenuante poderia conduzir a pena a *quantum* inferior ao mínimo abstratamente cominado. É neste passo da dosimetria da pena que incide a Súmula 231 do STJ, na qual se concentrará este artigo, mais adiante.

Por fim, passa-se à terceira (e última) fase da aplicação da pena no caso concreto. Nesse momento é necessário examinar as circunstâncias especiais de aumento ou diminuição da pena, as chamadas “majorantes” e “minorantes”. Contrariamente ao que acontece em relação às agravantes e atenuantes, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a incidência de uma dessas circunstâncias poderia levar a pena para fora dos limites previamente estipulados no tipo penal.

A despeito da opção legislativa pelo modelo trifásico de aplicação da pena, o que se percebe, na prática, é que a Súmula 231 acabou por tornar letra morta o comando insculpido no artigo 68 do Código Penal, considerando que não raras vezes a segunda fase da dosimetria da pena é simplesmente desprezada, quando a pena-base está aplicada em seu mínimo legal. Trata-se, portanto, de verdadeiro contrassenso e ingerência do Poder Judiciário (representado pela sua corte superior de justiça) na *mens legis* da legislação penal ordinária.

4. A Súmula 231 e sua problemática do ponto de vista legal

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça vem com a seguinte redação: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Conforme dito anteriormente, a edição da súmula ocorreu em 1999, após diversos debates jurídicos (polêmicos) sobre o tema. O entendimento da corte superior não era novo, sendo que a interpretação já era feita dessa mesma forma – ainda que incidentalmente – desde a década de 1980, à época das alterações feitas na parte geral do código.

Da leitura dos diversos julgados que, posteriormente, dariam origem ao enunciado sumulado, observa-se que o principal fundamento para justificar a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal

reside na suposta violação ao princípio da legalidade, uma vez que o magistrado estaria “fugindo” à aplicação da lei, ao poder impor pena fora dos limites legislativamente previstos. Ainda, de acordo com entendimentos exarados nas venerandas decisões, a redução da reprimenda abaixo do mínimo legalmente previsto no tipo penal representaria ingerência judicial nos limites previstos pelo legislador, o que, em tese, configuraria violação ao princípio da separação dos poderes.

Outra argumentação constante diz respeito à atenuação “ilimitada” que eventual aplicação das atenuantes poderia gerar, caso seu reconhecimento fosse permitido ainda que a pena-base tivesse sido aplicada já no mínimo legal.

Concessa venia, o entendimento dos d. ministros não é o mais acertado.

O reconhecimento e a aplicação das atenuantes, independentemente de a pena-base ter sido fixada em seu mínimo legal, é nada senão a exata obediência ao comando determinado expressamente pelo legislador infraconstitucional. Com efeito, o artigo 65, *caput*, do Código Penal dispõe que “são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena”, sem estabelecer qualquer outro limite ou restrição à sua aplicação. Desse modo, vê-se que o reconhecimento da atenuante (com o conseqüente abrandamento da pena) ao se deparar com alguma das hipóteses previstas no artigo em comento não é mera faculdade do magistrado, e sim obrigação imposta expressamente pelo dispositivo legislativo, o qual é norma cogente no ordenamento jurídico pátrio.

A interpretação realizada pela corte superior de justiça, por outro lado, tenta fazer crer na existência de uma *condição tácita* para o reconhecimento das atenuantes, a qual seria a existência da pena-base aplicada além do mínimo. Todavia, conforme já explicado, a referida “condição” não está prevista, existindo somente no imaginário interpretativo dos pretores.

A respeito do tema, é valiosa a menção à lição ensinada por Cezar Roberto Bitencourt², no que diz respeito à interpretação jurisprudencial a que fizemos referência:

O principal fundamento para justificar a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal reside na suposta violação ao princípio da legalidade

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de *interpretação analógica* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único³ do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma *causa especial* de diminuição de pena – quando o agente quis participar de crime menos grave – mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. De notar que nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às *circunstâncias atenuantes*, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. (...) Ademais, naquela orientação, a nosso juízo superada, utilizava-se de uma espécie *sui generis* de interpretação analógica que dispunha o art. 48, parágrafo único, do Código Penal (parte geral revogada), que disciplinava uma causa especial de diminuição, e o atual art. 65, que elenca as circunstâncias atenuantes, todas estas obrigatórias. Contudo, a não aplicação do art. 65 do Código Penal, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, *interpretação analógica*, mas verdadeira *analogia* – vedada em direito penal – para suprimir um direito subjetivo, qual seja, a *obrigatória* (“circunstância que sempre atenua a pena”) atenuação da pena.

Outra questão fundante em relação à suposta violação à legalidade diz respeito ao alcance do referido corolário. O princípio da legalidade, em matéria penal, vem insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e no artigo 1º do Código Penal, os quais assim dispõem: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Pois bem. Da leitura dos referidos dispositivos, percebe-se claramente que o princípio da legalidade *visa garantir a liberdade individual frente ao poder punitivo estatal, e não o contrário*. Trata-se de um verdadeiro instrumento de proteção do indivíduo e para o indivíduo, sendo que sua interpretação deverá ser feita sempre em prol deste, e não do Estado.

Veja-se o que diz Bitencourt⁴ sobre o aludido mandamento principiológico:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de *um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo*.

O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma *efetiva limitação* ao poder punitivo estatal [...]; é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. (sem grifos no original)

Vê-se, portanto, que a vedação à aplicação de atenuantes com base no argumento de proteção ao princípio da reserva legal realiza uma verdadeira inversão de valores, eis que – alegando uma suposta proteção à legalidade – restringe a liberdade individual em detrimento do poder estatal.

Por fim, no que diz respeito à incompatibilidade da súmula do ponto de vista legal, faz-se necessária a menção à incongruência que o entendimento do STJ provoca, mormente em relação à distinção que defende entre as atenuantes e as circunstâncias especiais de diminuição da pena (“minorantes”).

Da leitura do enunciado sumulado, desde logo se percebe que a vedação imposta pelo Superior Tribunal de Justiça – no tocante à redução da pena abaixo do mínimo – aplica-se apenas e tão somente às circunstâncias atenuantes, analisadas na segunda fase da dosimetria da pena. A súmula não faz qualquer vedação à redução da pena a patamar inferior ao previsto na legislação face à existência de minorantes ou privilegiadoras.

Tal situação causa inexplicável incompatibilidade no sistema jurídico, e mostra-se incoerente com a principal fundamentação daqueles favoráveis à adoção da súmula: a de que a fixação de pena abaixo do mínimo previsto abstratamente para o tipo penal fere o princípio da legalidade.

Destarte, imaginem-se duas pessoas processadas pelo mesmo crime, as quais possuem circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, com fixação da pena-base em seu mínimo legal. A primeira delas comete o crime sob influência de violenta emoção (art. 65, III, ‘c’ – CP), ao passo

que a segunda, pratica o delito por embriaguez proveniente de caso fortuito (art. 28, § 2º – CP). Em razão da vedação provocada pela súmula, a primeira será apenada com a pena mínima para o delito, enquanto a segunda terá sua reprimenda reduzida de um a dois terços, posto que o impedimento à diminuição da pena não alcança as minorantes.

Analisando-se o exemplo hipotético acima descrito, é possível verificar que a adoção da súmula (ao diferenciar a vedação imposta a atenuantes, mas não a minorantes) provoca distorções inexplicáveis na aplicação da pena em casos análogos. Isso porque, segundo este entendimento, admitir-se-ia em alguns casos a fixação da pena abaixo do mínimo previsto, vedando-a em outros, sendo que a razão para tal distinção – além de não estar prevista no ordenamento jurídico – jamais foi satisfatoriamente elucidada pelos magistrados integrantes da respeitável corte superior.

5. A incompatibilidade da súmula com dispositivos e princípios constitucionais

Para além dos problemas descritos no item anterior, a maior problemática existente na aplicação da súmula diz respeito à sua incompatibilidade com mandamentos de ordem constitucional.

É cediço que a legislação infraconstitucional ordinária – e como exemplo temos o próprio Código Penal – deve sempre ser analisada à luz da Constituição, a qual é a norma fundamental de nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, se houver alguma legislação infraconstitucional que esteja em conflito com as diretrizes impostas pela carta magna, estas serão inconstitucionais e deverão ser afastadas.

Existem casos, entretanto, em que uma mesma norma admite diferentes interpretações, não sendo sua análise literal a única possível. Nestas situações não é o caso de se afastar a incidência da norma, tampouco de declarar sua inconstitucionalidade, mas simplesmente de *interpretá-la de acordo com a Constituição*. E é justamente este o caso.

Em interpretação desatenta de nosso Código Penal, poder-se-ia chegar à (equivocada) conclusão de que a fixação de pena em patamar infe-

rior ao que foi abstratamente estipulado pelo legislador ordinário representaria uma violação à legalidade. Tal conclusão, como já mencionado, não seria a mais adequada.

Conforme abordado no início deste artigo, a Constituição Federal dispõe, na seção destinada às garantias fundamentais, que entre os direitos mais importantes do homem encontra-se a liberdade, o qual será a regra em um estado democrático de direito, podendo ser cerceado apenas em hipóteses específicas, quando não for possível aplicar solução diversa (*ultima ratio* do direito penal).

Por esta razão, as normas infraconstitucionais que dispuserem sobre a restrição à liberdade do indivíduo deverão ser sempre interpretadas de maneira restritiva, ao passo que aquelas que a garantirem deverão ser lidas de maneira ampliativa.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, determina que “a lei regulará a *individualização da pena*”. Trata-se do dispositivo constitucional que institui o celebrado *princípio da individualização da pena*. A esse respeito, confirmam-se os dizeres de Guilherme de Souza Nucci⁵:

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, *possui o enfoque de, evitando a estandarização, distinguir algo ou alguém*, dentro de um contexto.

A *individualização da pena* tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve a pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

É neste ponto que reside uma das grandes problemáticas envolvendo a aplicação da Súmula 231: a **violação** ao princípio da individualização da pena.

Como já vimos, o Código Penal vigente adotou o sistema trifásico para a aplicação da pena. De igual modo, conforme mencionado anteriormente, vê-se que o enunciado sumulado acabou por, em diversos casos, suprimir a segunda fase da dosimetria da pena, transformando em *bifásico* o modelo da dosimetria, por desprezar a existência de circunstâncias atenuantes.

É justamente em relação a essa circunstância que se evidencia a violação ao corolário da individualização. Isso porque, não raro, é precisamente na perquirição das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – 2ª fase da dosimetria da pena) que se verificam características hábeis a diferenciar a pena no caso concreto.

Não obstante seja necessário, na análise das circunstâncias judiciais (1ª fase), examinar características específicas de cada acusado (como conduta social, personalidade do agente etc.), muitas vezes os elementos constantes dos autos mostram-se insuficientes para emitir um juízo de valor negativo (considerando-se que o ponto de partida é o mínimo legal) em relação àqueles itens.

Como consequência disso, os aplicadores do direito repetidas vezes se deparam com situações em que a pena-base terá sido aplicada no mínimo legal, e, por incidência da Súmula 231, será impossível reconhecer a existência de atenuantes, as quais, em diversos casos, poderiam diferenciar as penas aplicadas a réus com circunstâncias judiciais similares.

Imaginem-se, a título ilustrativo, as seguintes situações hipotéticas: dois crimes de homicídio, cometidos por dois indivíduos distintos, em que a pena-base tenha sido aplicada em seu mínimo legal.

a) O primeiro deles, cometido por sujeito de 30 anos, cujas circunstâncias não foi possível identificar com detalhes, tampouco sua motivação, posto que o agente escolheu permanecer silente em seu interrogatório.

b) O segundo crime, cometido por jovem de 19 anos (*atenuante da menoridade*), o qual confessou espontaneamente o cometimento do crime (*atenuante da confissão*), relatando em juízo que praticou o homicídio em um momento de fúria incontrolável, ao se deparar com um indivíduo que, naquele momento, se insinuava sexualmente à sua irmã pequena (*influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima*).

Em ambos os casos acima relatados, lembre-se, as penas-base foram aplicadas em seu mínimo legal. O primeiro agente terá sua pena-provisó-

ria mantida no patamar mínimo, uma vez que inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes do crime. Já o segundo agente, muito embora tenha a seu favor a ocorrência de três atenuantes (art. 65, incisos I e III, alíneas 'c' e 'd', do Código Penal), também terá sua pena-provisória fixada no mínimo abstratamente previsto, mas unicamente em razão da vedação imposta à redução de pena pela súmula ora contestada.

A partir da leitura desse exemplo, é facilmente observável como a aplicação do comando sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça impõe a fixação de penas iguais a pessoas com culpabilidades absolutamente distintas. Trata-se, portanto, de afronta direta ao princípio da individualização da pena – no passo que atribui penas “automáticas” e “mecanizadas” sem levar em conta as características específicas da situação em concreto – e também ao princípio da isonomia, ao tratar de maneira absolutamente idêntica sujeitos com perfis e circunstâncias legais completamente diferentes.

6. Conclusões

Ao longo do presente artigo, buscou-se demonstrar a incompatibilidade da Súmula 231, editada pelo STJ, com o ordenamento jurídico pátrio.

A partir de um sucinto retrospecto histórico, foram apontadas razões pela qual a interpretação de nosso Código Penal não pode ser feita de maneira meramente literal, uma vez que o aludido *codex* possui raízes e modificações fundadas em uma ordem constitucional muito diferente da atual. Com isso, eventual análise anacrônica dos dispositivos lá existentes levará, fatalmente, à aplicação de um direito criminal incompatível com o momento democrático vivenciado nos presentes dias.

Tentou-se, ainda, demonstrar de que forma a aplicação da Súmula 231 viola o dispositivos legais, ao passo que deixa de dar aplicação aos artigos 65 e 68 do Código Penal, configurando-se ilegal.

Por fim, objetivou-se mostrar a incompatibilidade da referida súmula a princípios constitucionais (princípio da legalidade, princípio da individualização da pena e princípio da isonomia) e como tais dissonâncias representam afronta direta à norma mais fundamental de nosso sistema jurídico.

7. Críticas e considerações finais

A despeito de tudo o que foi exposto, é forçoso reconhecer que a jurisprudência majoritária (quase unânime, diga-se) adota postura em sentido diverso. Até 1999, ano de edição da súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, parcela considerável da jurisprudência já proferia decisões no sentido de impedir a diminuição da pena abaixo do mínimo legal. No entanto, após esse momento, a existência de um entendimento sumulado passou a servir como suporte para um crescente número de decisões que reiterava aquele posicionamento anterior.

Passados dez anos da edição da orientação sumulada, foi a vez do Supremo Tribunal Federal se manifestar a respeito do tema, no julgamento do Recurso Extraordinário 597.270/RS, ocorrido em 2009.

Trata-se do caso de um condenado pelo crime de furto, no qual a Defensoria Pública, em sede de apelação, conseguiu a redução da pena-provisória abaixo do mínimo legal, com o reconhecimento de duas atenuantes. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul recorreu da decisão por meio de recurso especial, no qual o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao pleito recursal, reformando a decisão de segunda instância. Por fim, a Defensoria Pública recorreu ao Supremo Tribunal Federal alegando ter havido violação a princípios constitucionais, em recurso ao qual foi negado provimento, sendo mantida a decisão recorrida do STJ.

Com isso, verifica-se que o mérito da causa resta cada vez mais consolidado nas cortes superiores, sempre tomando como base a existência de precedentes jurisprudenciais que decidiram naquele mesmo sentido.

Entrementes, é necessário salientar que a existência de um grande número de decisões em um sentido não significa que o assunto já tenha sido verdadeiramente *enfrentado* em variadas ocasiões. Em realidade, fato é que a temática ora sob exame foi efetivamente debatida em raras oportunidades, sendo que nas demais os órgãos julgadores limitaram-se a fazer referência aos precedentes existentes.

De qualquer modo, ante a hercúlea intransigência das cortes superiores em efetivamente deliberar sobre o assunto, faz-se necessária uma breve análise dos julgados que originaram a Súmula 231, quais sejam: REsp

146.056/RS, REsp 15.691/PR, REsp 7.287/PR, REsp 32.344/PR, REsp 46.182/DF, e REsp 49.500/SP.

Entre todos os arestos considerados paradigmas, vê-se que apenas no primeiro deles (REsp 146.056/RS – de relatoria do Min. Felix Fischer) são encontradas fundamentações um pouco mais analíticas, entre as quais aquelas já enfrentadas: suposta violação ao princípio da reserva legal, possibilidade de “pena zero” (em caso de atenuação ilimitada da pena) e de interpretação teleológica da expressão “sempre atenuam” no *caput* do artigo 65 do Código Penal.

Nas demais arestas jurisprudenciais o que se vê é uma incansável referência a precedentes das cortes superiores, salvo raras menções às doutrinas de Julio Fabbrini Mirabete e Damásio de Jesus, os quais, por sua vez, argumentam em termos similares aos encontrados no REsp 146.056/RS.

Dessa feita, é inafastável a conclusão de que o posicionamento reinante na jurisprudência brasileira atualmente é sustentado por um enunciado sumulado há quinze anos, o qual, por sua vez, foi fundamentado em julgados de mais de vinte anos atrás, os quais, a seu turno, foram embasados em interpretações do Código Penal anteriores à vigência da atual Constituição Federal.

Trata-se, assim, de um infundável círculo vicioso repetido à exaustão, no qual não se observa mais a preocupação dos julgadores das cortes superiores em adentrar ao *meritum causae*, e considerar a abertura ao novo debate, mas sim de encerrar-se em suas próprias convicções, impedindo a qualquer custo a possibilidade de uma renovação de ideias.

Como fruto dessa reiteração existente nos tribunais superiores, nota-se que as cortes locais (sejam TJs ou TRFs) limitam-se a fundamentar suas decisões – repetidas mecânica e ciclicamente, frise-se – na existência e aplicação da súmula (a qual, por sua vez – vale ressaltar –, sequer é *vinculante*).

É curioso observar, portanto, que a jurisprudência – fonte de direito que deveria se mostrar mais atenta à atualidade, flexível e adaptável à realidade social (diferentemente da legislação positiva, a qual é engessada

O posicionamento reinante na jurisprudência brasileira atualmente é sustentado por um enunciado sumulado há quinze anos

pelos próprios trâmites legais e constitucionais que lhe foram impostos) – representa justamente o maior óbice (nesse caso específico) à renovação e à mudança de entendimento em relação ao tema em apreço.

Nesse ponto, a guisa de conclusão, mostra-se valioso o ensinamento de Antônio Luís Chaves de Camargo⁶, segundo o qual é necessário encarar o sistema jurídico-penal como um sistema aberto, que deverá sempre estar atento às mudanças sociais e culturais, bem como mantendo relações de diálogo aberto com outros ramos da ciência, como a filosofia e a sociologia. Somente dessa forma, segundo o autor, será possível dar novas respostas à sociedade, de modo que o direito penal consiga efetivamente cumprir com as finalidades a que se propõem a pena e a política criminal.

Notas

1. Ramon Vinícius de Vargas. Bacharel em Direito – UFPR. Advogado licenciado (inscrito na OAB/PR 68.138). Assessor de Magistrado.
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 675.
3. “Atenuação especial da pena. Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.”
4. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.
5. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.
6. CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 27.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ – Jorge de Oliveira Vargas, Felipe Heringer Roxo da Motta. Disponível em: http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc.

A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais – Bruno Salles Pereira Ribeiro.

Unasul e a cidadania cosmopolita¹

J. S. Fagundes Cunha²

Diretor Geral da Escola Judicial da América Latina

“Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”

José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*,
Coimbra: Almedina, 6. ed., 2ª reimpressão, p. 539.

1. Considerações introdutórias

TEMOS REALIZADO UM PÉRIPLO QUESTIONANDO e propondo um repensar da Unasul – União das Nações da América do Sul, em especial no que toca à fundamentação do desiderato a partir não do capital, mas do interesse das nações que a integram.

Nesse sentido, realizou-se uma conferência magna no *VI Congresso Ibero-Americano de Cooperação Judicial* – “Justicia sin frontera: desafios al crimen organizado, interculturalidad y familia”, promovido pela *Red Latinoamericana de Jueces – Redlaj* e realizada na Escola Judicial do México, em 29 de novembro de 2012.

As ideias aqui defendidas, na verdade, têm como base reflexões também hauridas de conferências proferidas desde a faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires, em conferência sob os auspícios e se-

minário da Corte Centro-Americana de Justiça, do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina e do Tribunal Permanente do Mercosul, e em outra quando do lançamento da Escola Judicial do Mercosul; como em Manágua, capital da Nicarágua, onde se encontra a sede da Corte Centro-Americana de Justiça, no encontro de todas as cortes comunitárias do planeta, onde realizamos a conferência de abertura enfrentando tais questões, com o apoio e a presença da Corte de Justiça da União Europeia; também em conferências realizadas em diversos países, como Uruguai, Chile, Paraguai, Peru, Colômbia, Portugal, Espanha e outros.

No Brasil, realizamos conferências em diversos estados, em especial em eventos promovidos pela *Escuela Judicial de America Latina* e pelo Copedem – *Colégio de Presidentes da Escola da Magistratura*, como em Santa Catarina e no Mato Grosso, em Poconé, neste presentes algumas das mais altas autoridades acadêmicas a respeito de direito da integração regional e direito comunitário; destacando-se, sobremaneira, seminário realizado em Brasília, com a presença de ministros, desembargadores e juízes de dezenove países, promovido pela *Escuela Judicial de America Latina*, do qual resultou a *Carta de Brasília*, com a proposta da criação de um tribunal para a Unasul.

Em data mais recente, proferi conferência questionando os fundamentos da Unasul e a necessidade da fixação do referencial da cidadania cosmopolita no seminário O Direito nos Tribunais Superiores, realizado em Foz do Iguaçu, em homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina, do Superior Tribunal de Justiça, nos dias 13 e 14 de março de 2015, ocasião em que foi lançado o livro *O Direito nos Tribunais Superiores*, com capítulo titulado “Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul”³.

O questionamento dos marcos teóricos da Unasul e a proposição de um tribunal é referendada pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, com extensos e bem postos fundamentos⁴. Em seu estudo, prova o professor Valerio Mazzuoli a real possibilidade de se criar um tribunal de justiça para o bloco, sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça, medida premente à integração jurídica da América do Sul e capaz de contribuir para a real integração dessa privilegiada região do planeta⁵.

Tudo isso leva a crer na possibilidade de se entender a Unasul sob a ótica de uma cidadania cada vez menos hermética e mais *cosmopolita*, como se verá nas linhas que seguem.

2. Breve contextualização

De início, podemos pensar a cidadania a partir dos ensinamentos de Aristóteles. Para ele, cidadão é aquele que participa da vida política. Gomes Canotilho, reconhecendo o consagrado na doutrina contemporânea, afirma que cidadania afere-se pela nacionalidade, uma qualidade atribuída aos indivíduos que pertencem a um determinado Estado-Nação. Entretanto, diante da sociedade *online*, dos novos mecanismos de integração das relações sociais e do trabalho, não poucos são aqueles que defendem a existência de uma *cidadania cosmopolita*, baseada inclusive em uma ordem moral universal. Em um primeiro momento há necessidade de repensar os fundamentos para a definição da cidadania, partindo-se do clássico e constitucional entendimento que a cidadania existe a partir do Estado, o qual tem ascendência em relação a determinada nação, para a discussão de quais interesses preponderam para a definição de uma cidadania cosmopolita ou não⁶.

Não obstante os manuais de direito constitucional traçarem linhas sustentando extensos e louváveis fundamentos teóricos a respeito da soberania do Estado, o fato é que a soberania, até por uma questão etimológica, está muito mais vinculada à figura do tirano que erguia as armas sob o argumento da força, e não à força dos argumentos, como ora muitos querem fazer parecer. A tal se acrescente as *descobertas* do continente americano e outros.

Portanto, parte praticamente de uma falácia histórica o argumento dos constitucionalistas para defender que é atributo do Estado a soberania, quando, historicamente, a dita soberania foi construída pelo esforço das armas e da subsunção dos nativos à força dos europeus que invadiram as terras destes, saqueando e aniquilando não poucas nações, além de escravizarem os africanos.

O argumento dito *científico* dos constitucionalistas é uma antítese da realidade social e perde em credibilidade perante a sociedade, aliás, da qual cada vez mais alguns ramos do direito se afastam, não conseguindo atender a contento as aspirações quer dos empresários, quer da cidadania.

A partir disso é que se tenta resgatar o universo do político e do social para as análises jurídicas. Sem esse resgate não há possibilidade de um discurso capaz de interpretar o discurso capitalista, muito menos a questão da integração regional. Aliás, como afirmado por um constitucionalista paranaense, serão as relações de poder que obrigarão o direito a assumir sua atual forma: um direito legislado e abstrato. Um direito intimamente vinculado à espessura estatal e política, embora mantendo certa autonomia relativa⁷. Buscamos inspiração para a interpretação e elucidação nas palavras de Clémerson Merlin Clève, que leciona:

A questão no momento é captar a especificidade do direito contemporâneo, conhecer seu modo atualizado de aparecer, bem como uma funcionalidade. Articulá-lo com as lutas que se travam em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação, a partir das revoluções liberal-burguesas, com o Estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas ao contrário, integrar o saber no processo histórico, definindo a teoria como inócua se distanciada da práxis.⁸

Dizer o que é o direito é verificá-lo enquanto localizado no espaço e tempo significa compreender sua flutuação história e a possibilidade de sofrer transformações. Esse tipo de pensamento não está ausente em Bloch e Mialle, os quais, estudando a construção do direito contemporâneo, nem por isso deixam de pugnar pela sua mudança, resgatando o sentido revolucionário dos direitos humanos e do jusnaturalismo; mas estes não enquanto discursos explicadores da conformação jurídica, senão como armas de luta em busca de outro padrão de juridicidade. Portanto, a cidadania deve ser definida a partir de diversos vetores, quer diante dos direitos fundamentais, quer das relações de consumo, de Estado e de mercado; necessita da demonstração das lutas que são e serão travadas por aqueles no cenário da Unasul, para projetar a interpretação e a elucidação. E se Claude Lefort confirma os direitos humanos como uma política,

instrumento de luta que deve ligar-se a outro mais amplo, a política de invenção democrática⁹, indaga-se onde está situado o Poder Judiciário – e onde deveria situar-se – como controle dos direitos humanos (em especial dos direitos humanos do cidadão-consumidor), refletindo a respeito de alguns institutos processuais¹⁰, vez que no processo devidamente estruturado pelas leis respectivas chega-se ao fornecimento da justiça necessária à prevenção ou encerramento dos conflitos de interesses.

Kelsen chegou a afirmar o processo como garantia da liberdade do cidadão frente ao Estado¹¹. Nós, também, o temos afirmado como o contínuo refazimento da democracia, no sentido de consolidar a defesa dos direitos adquiridos ao lado da reivindicação incessante de novos direitos¹².

A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove. A democracia tomada aqui como referência não é mais a de cunho *representativo-parlamentar*, cuja valia não se viu, em verdade, superada, mas sim a *participativa*, abrangente dos contornos daquela outra, resultado de uma evolução sumamente enriquecedora¹³.

A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove

Desde o enfrentamento das questões atinentes ao Mercosul entendemos que – mais que simples pactos econômicos, que envolvem um compromisso democrático – é necessário situar o cidadão, em especial o cidadão-consumidor¹⁴, diante das forças sociais em conflito para podermos obter a significação e o alcance das normas que dispõem a respeito da integração regional pela Unasul.

A democracia participativa inserida nos blocos regionais assinala – pela emergência de novos protagonistas (inclusive movimentos sociais e corpos intermediários, às vezes desprovidos de personalidade jurídica), pelas formas de atuação por estes assumidas e pela reação do sistema político oficial a essas novas situações de pressão – uma realidade destacadamente distinta, de percepção ainda inconclusa e desdobramentos em processo de formação.

Se a democracia pressupõe, para que sua prática se efetive, um jogo dialético e infundável de tensões, é evidente que, em cenários como o que enfrentamos, o Judiciário receberá – como tem recebido – uma diversificada gama de conflitos que, expressando situações e valores de presença relativamente recente, corresponde à pressão do sistema sobre o aparelho judicial.

A democracia participativa, em estágio de veemente eclosão na vida do país – e dos países que integram o Mercosul –, investe seus atores e agentes de legitimidade para pressionar o sistema político e reivindicar direitos no Judiciário. Reivindicação que, assumindo forma própria de inserção no sistema judicial – relações de consumo – demandam reflexões que conduzam à posição sociopolítica do direito processual e do acesso à ordem jurídica justa, edição atualizada e melhorada do acesso à justiça.

Acreditamos que está em curso uma gigantesca reforma nas relações do cidadão com o governo. Ao lado do Estado e do mercado, entidades comunitárias – como as ONGs – vão formar uma nova ordem social.

O foco específico da análise, contudo, não pode resumir-se ao cidadão/consumidor no marco da integração regional – Mercosul – frente a possibilidade de disparidade de tratamento entre habitantes do bloco regional; por isso busca a discussão da necessidade de um órgão de uniformização da aplicação das normas de direitos humanos (e em especial, direitos do consumidor).

Neste cenário de internacionalização o modelo de interpretação da integração das normas decorrentes dos tratados internacionais (*leading case*: Recurso Extraordinário 80.004), herdado dos valores vigentes no final do regime de exceção passado, está na pauta das discussões.

Crises e transformações emergem das novas demandas calcadas em ideais como a plena cidadania e a universalidade dos direitos humanos, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais de direito constitucional e de direito civil, culminando com consequências nas normas do direito da integração e de direito comunitário¹⁵.

3. Da cidadania histórica à nova cidadania

Em sumária retrospectiva podemos afirmar que a compreensão de cidadania no mundo moderno originou-se das revoluções liberais, tais como a Revolução Francesa (1789) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776). Impregnados dos ideais de *Liberté, Egalité, Fraternité*, franceses e americanos colocaram fim às monarquias absolutistas, inaugurando um novo ciclo da história.

Em semelhante contexto, um novo conceito de cidadania é fundado no reconhecimento e declaração universal dos direitos do homem e do cidadão, que por sua vez se vincula a um Estado, o que se denominou nacionalidade. Entretanto, a realidade social é no sentido de que as relações sociais se realizam independente do controle do Estado, por meio da imensa rede social de computadores, quando, a exemplo, durante o dia são elaborados projetos arquitetônicos no Brasil e de noite no Brasil são elaborados os projetos estruturais da mesma obra na Índia, a fim de evitar o ônus das relações de trabalho com o pagamento de adicional noturno.

Os contratos de venda e compra, prestação de serviços, transferência de tecnologia e outros são realizados instantaneamente pela internet sem a presença do Estado. Diante de tais relações sociais principiou um novo modelo de cidadania, em grupos que têm um mesmo interesse. Há quem afirme que uma nova concepção de cidadania tem instigado as ciências humanas e sociais – a cidadania cosmopolita. Os proponentes dessa corrente rejeitam o modelo nacional e procuram desenvolver uma nova forma de cidadania a partir da ordem moral universal e, especialmente, da proteção internacional dos direitos humanos¹⁶. Assim, com inspiração na filosofia lockeana e kantiana, é possível sustentar que todos os seres humanos pertencem a uma comunidade moral universal.

Exemplo próximo dessa nova perspectiva é o que se verifica no item nº 5 do art. 15 da Constituição Portuguesa, pelo qual a lei pode atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos deputados ao Parlamento Europeu.

Apesar de muito já ter se debatido sobre o mencionado dispositivo, o certo é que não se reconheceu ainda a existência de verdadeira cidadania

européia, pois a cidadania da União submete-se à mediação dos Estados-membros. Assim, na Europa, continua a pertencer a estes a definição dos requisitos da aquisição e perda da cidadania estatal, conforme adverte Wellington Magalhães¹⁷. Como leciona o autor, se na antiguidade consideravam-se cidadãos apenas os que estivessem aptos para a vida política, hoje, sob o enfoque da modernidade, cidadania se vincula ao elemento nacional, ou seja, é cidadão todo indivíduo, sem distinção de qualquer gênero, pertencente a um determinado Estado-Nação¹⁸.

Por sua vez, a dimensão *cosmopolita* da cidadania rejeita o modelo nacional e sustenta uma cidadania baseada na ideia de que todos os seres humanos são membros de múltiplas comunidades políticas espalhadas pelo planeta.

Em semelhante perspectiva, diante da Unasul, o que se verifica é que em relação à harmonização de legislação das relações sociais existem áreas que impendem urgente providência.

É princípio da integração regional a livre circulação de pessoas, por consequência, com semelhantes direitos quando em trânsito pelas áreas albergadas pelos pactos, tratados e convenções que delimitam os direitos decorrentes.

No Brasil, *v.g.*, há o seguro obrigatório de veículos, cuja natureza jurídica é de relação de consumo. E mais: segundo o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Nagib Slaib, trata-se de uma contribuição parafiscal. O fato é que ocorrendo o ato ilícito no trânsito de veículos, resultando lesões corporais, faz jus a parte a um valor para o desembolso no tratamento, bem como para lesões permanentes e morte.

Enfim, principia a discussão se aqueles que integram a Unasul têm direito a semelhante recebimento no caso de ocorrer um acidente de trânsito em solo nacional.

Há um precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando um argentino se encontrava em solo brasileiro, após atravessar a ponte, com resultado morte, determinando o pagamento do seguro.

Entretanto, é por demais sabido que sequer as notas fiscais emitidas no Paraguai são aceitas para os fins e efeitos de garantia dos bens eletrônicos lá adquiridos.

Como se vê, há uma disparidade de tratamento que destoa no trato dos direitos fundamentais decorrentes da cidadania, desde o direito à saúde e à vida, permeando pelas relações de consumo e pelo meio ambiente.

A finalidade do presente é despertar o questionamento de quais fundamentos devem informar essa nova cidadania que tende a surgir; se no Mercosul o “Estado” vai cuidar apenas do mercado e dos interesses das multinacionais, ou desta feita passa a ser a Unasul, efetivamente, um mecanismo de integração dos povos que compõem a razão de ser do Estado, eis que no bloco há apenas dois idiomas e uma história comum e muito próxima, tão diferente da União Europeia com tantos idiomas e guerras.

A preponderância do cidadão como fundamento de realização da integração regional parte da recente experiência do Mercosul, este que se fundamenta no *mercado* do Cone Sul, mas que representa um fracasso em termos de cidadania. A experiência do Mercosul demonstra que se fortaleceram os mercados dos países para o império das multinacionais, não promovendo a integração dos povos, como efetivamente deveria ser.

Que a Unasul possa conquistar um espaço de cidadania cosmopolita verdadeiro, integrado com um franco diálogo entre as instituições judiciárias dos países do bloco, rumo a criação de um tribunal de justiça para a Unasul.

4. Conclusão

O tradicional conceito de cidadania não mais satisfaz as exigências do mundo contemporâneo e da integração regional. É necessário, hoje, pensar o homem como dotado de valores que devem ser reconhecidos universalmente.

A dimensão cosmopolita da cidadania rejeita o modelo nacional e sustenta uma cidadania baseada na ideia de que todos os seres humanos são membros de múltiplas comunidades políticas espalhadas pelo planeta.

Nesse sentido, deve-se doravante lutar para que a ideia de cidadania cosmopolita se espalhe para a União das Nações Sul-Americanas, tendo

em vista que, relativamente à harmonização de legislação das relações sociais, há áreas que impendem urgente providência, especialmente no que tange ao diálogo que deve existir entre os tribunais nacionais dos Estados-partes.

Notas

1. O presente texto é resultado de Conferência proferida no Seminário “O Direito nos Tribunais Superiores”, da Escuela Judicial de America Latina, realizada em Foz do Iguaçu, no dia 14 de março de 2015, em homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina, do STJ, sob inspiração do novo instituto da *cooperación judicial* inserida no novo Código de Processo Civil sancionado no dia 16 do mesmo mês.
2. J. S. Fagundes Cunha. Diretor Geral da Escola Judicial da América Latina. Pós-Ph.D pela Universidade de Coimbra – Centro de Estudos Sociais – Orientador professor Boaventura de Sousa Santos. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Vice-Presidente Financeiro da Rede Latino-americana de Juizes. Professor Titular da Faculdade de Direito dos Campos Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.
3. FAGUNDES CUNHA, J. S. e RABAY GUERRA, Gustavo. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul. In: FAGUNDES CUNHA, J. S. *O direito nos tribunais superiores: homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 458-472.
4. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Por um Tribunal de Justiça para a Unasul: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça*. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Editoração e Publicações, 2014 [o mesmo estudo encontra-se reproduzido na Parte I, Capítulo I, desta obra].
5. *Ob. cit.*
6. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
7. CLÈVE, Clémerson. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*, 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 20.
8. *Ob. cit.*, p. 134.
9. LEFORT, Claude. *Direitos do homem e política*. In: *A invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 37.

10. *Direito de petição, mediação e arbitragem endoprocessual, e reenvio processual, a exemplo.*
11. KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionalee de la Constitución. In: *Revue du Droit Public*, 1928, p. 204.
12. FAGUNDES CUNHA, J. S. *O pensamento jurídico, a prisão civil, o Mercosul e o método de pesquisa.* In: <http://jus.com.br/artigos/3094/o-pensamento-juridico-a-prisao-civil-o-mercosul-e-o-metodo-de-pesquisa#ixzz3Uk7DHWwh>. Consulta em 15 de março de 2015.
13. *Nesse sentido:* CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de; VIANA, Luiz Werneck. *Democracia e Acesso à Justiça*, Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, v. 5, *passim*.
14. MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, 2009.
15. FAGUNDES CUNHA, J. S. *O pensamento jurídico, a prisão civil, o Mercosul e o método de pesquisa.* In: <http://jus.com.br/artigos/3094/o-pensamento-juridico-a-prisao-civil-o-mercosul-e-o-metodo-de-pesquisa#ixzz3Uk7DHWwh>. Consulta em 15 de março de 2015.
16. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional.* Campinas: Minelli, 2002.
17. MAGALHÃES, Wellington. *Breves considerações acerca da cidadania cosmopolita.* Brasília: Conteúdo Jurídico, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudo-juridico.com.br/?artigos&ver=2.32165&seo=1>>. Acesso em: 17 mar. 2015.
18. *Op. cit.*

Referências

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.* Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado.* Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AYLLÓN, Bruno. La cooperación internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la teoría de las relaciones internacionales. *Carta Internacional*, v. 2, n. 2, out. 2007, p. 32-47.
- BEDIN, Gilmar Antônio. O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária? *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, v. 36, n. 97, p. 5-34, 2003.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de; VIANA, Luiz Werneck. *Democracia e acesso à justiça*, Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, v. 5.

- CLÈVE, Clémerson. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FAGUNDES CUNHA, J. S. *O pensamento jurídico, a prisão civil, o Mercosul e o método de pesquisa*. In: <http://jus.com.br/artigos/3094/o-pensamento-juridico-a-prisao-civil-o-mercosul-e-o-metodo-de-pesquisa#ixzz3Uk7DHWwh>. Consulta em 15 de março de 2015.
- _____. *O direito nos tribunais superiores: homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 458-472.
- _____; RABAY GUERRA, Gustavo. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul. In: FAGUNDES CUNHA, J. S. *O direito nos tribunais superiores: homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 458-472.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionale de la Constitution. In: *Revue du Droit Public*, 1928.
- LEFORT, Claude. Direitos do homem e política. In: *A invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- MAGALHÃES, Wellington. *Breves considerações acerca da cidadania cosmopolita*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32165&seo=1>>. Acesso em: 17 mar. 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 71, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
- _____. *Por um Tribunal de Justiça para a Unasul: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça*. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Editoração e Publicações, 2014.
- RABENHORST, Eduardo. Direitos humanos e globalização contra-hegemônica: notas para o debate. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana

Francesco Saverio Marini¹

Avvocato cassazionista

1. Il principio unitario e le sue molteplici eccezioni

INSEGNAVA SALVATORE SATTA CHE LA PROBLEMATICA della giurisdizione non può essere trascurata da chiunque studi il diritto e in qualsivoglia settore, atteso che il problema della giurisdizione costituisce il presupposto di tutti gli altri problemi². Eppure, se si passa in rassegna la dottrina costituzionalistica sulla pluralità delle giurisdizioni, il tema può apparire negletto o colpevolmente sottovalutato³. Tale apparente disinteresse potrebbe trovare una spiegazione nel carattere ambiguo della relativa normativa costituzionale, che lascia spazi interpretativi molto ampi e di conseguenza espone qualsiasi ricostruzione a rilievi critici.

Ad una prima lettura, invero, l'art. 102 Cost. parrebbe affermare chiaramente il principio dell'unità della giurisdizione: esso dispone che la funzione giurisdizionale "è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario" e vieta l'istituzione di giudici straordinari e speciali. Parole che trovano la propria eco nei lavori dell'Assemblea costituente e, in particolare, nel solenne discorso pronunciato da Meuccio Ruini nell'ultima seduta dell'organo. In quell'occasione, infatti, il Presidente ebbe a rilevare che "per quanto concerne la magistratura, vi possono essere rilievi e riserve; ma in sostanza si è fatto un passo decisivo, il solo possibile, non ancora raggiunto in molti altri paesi, verso la unicità della giurisdizione, con l'obbligo di trasformare in sezioni specializzate degli organi giudiziari ordinari le attuali giurisdizionali speciali, esclusi soltanto per necessità imprescindibili delle loro funzioni il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti"⁴.

Sempre nello stesso senso si potrebbe invocare la dottrina prevalente, a partire da Cannada Bartoli⁵, nonché la giurisprudenza costituzionale, nella quale, sin dalla sentenza n. 41 del 1957, la Corte, pur non disconoscendo l'esistenza di deroghe, ha ravvisato una netta opzione da parte del Costituente per il principio unitario⁶.

Se, tuttavia, si considerano l'ampiezza e l'entità delle deroghe a tale principio, ci si potrebbe convincere, con Spagna Musso⁷, che le menzionate disposizioni costituzionali contenute nell'art. 102 siano solo formule vuote e prive di significato o, al più, delle utopiche aspirazioni di una parte dei Costituenti. In altri termini, ci si chiede come possa predicarsi il principio unitario quando poi la stessa Costituzione prevede o comunque consente, in ordine sparso e senza pretesa di completezza: la giurisdizione amministrativa, la giurisdizione contabile, la giurisdizione del tribunale superiore delle acque pubbliche, le giurisdizioni speciali in materia elettorale, la giurisdizione tributaria, il Commissario degli usi civici, la Sezione disciplinare del CSM, la giurisdizione arbitrale, la giurisdizione militare, la giurisdizione costituzionale, la giurisdizione comunitaria e la giurisdizione internazionale. Insomma, le eccezioni sono così numerose e significative da rendere legittimo il dubbio che esse fondino una regola opposta, quella cioè del pluralismo della giurisdizione.

Altrettanto sostenibili sono, poi, le posizioni "intermedie", come quella di Morelli⁸, il quale vede nell'ordinamento costituzionale un equilibrato tentativo di fusione dei due opposti principi dell'unità e della pluralità della giurisdizione. Da tale presupposto muovono le opzioni interpretative che hanno visto nella disciplina costituzionale della giurisdizione "l'unità nella pluralità" o "la pluralità nell'unità". Tuttavia, dietro queste formule suggestive è evidente il rischio di risolvere il problema esegetico attraverso un gioco di parole, più o meno elaborato.

Sembra corretto ritenere, piuttosto, che rispetto ad un testo equivoco, vani, se non preconcepi, finiscano per essere i tentativi di trarre in via di astrazione generalizzatrice un principio – unitario o pluralistico che sia – condizionante l'intera attività giurisdizionale. Più stimolante è indagare come quelle norme si siano inverte nella prassi, quali siano le esigenze che quei principi mirano a soddisfare e, alla luce di ciò, riflettere sulle possibili evoluzioni della disciplina costituzionale.

Per provare a rispondere a questi interrogativi, non si può però dare per scontato il presupposto del ragionamento: ossia, l'attuale nozione di giurisdizione.

2. Cenni sulla nozione di giurisdizione

Ovviamente, la definizione non è agevole, né è questione che possa trattarsi incidentalmente; tuttavia, su un punto pare sussistere una generale condivisione: la rigida tripartizione elaborata dal Montesquieu dei poteri pubblici, che pure ha rappresentato storicamente il presupposto logico dell'introduzione dello Stato di diritto, non rappresenta più un metodo adeguato di classificazione dei poteri degli Stati contemporanei. La complessità, funzionale e organizzativa, di questi ultimi ha imposto una differenziazione e frammentazione dei poteri pubblici, che si è tradotta nell'introduzione di una molteplicità di organi che, anzitutto per legittimazione e funzioni, non si prestano ad essere inquadrati nella categorizzazione del Montesquieu. Basti pensare alle Corti costituzionali o agli organi di "autogoverno" della magistratura o alle autorità indipendenti (l'Antitrust, la Consob, ecc.).

Anche muovendo da questo presupposto, in sede teoretica si riscontrano una molteplicità di tentativi definitivi che hanno fatto leva prevalentemente sullo scopo della giurisdizione: ossia, l'attuazione del diritto che si realizza attraverso la composizione delle liti e l'esercizio del potere sanzionatorio. Sempre sotto il profilo funzionale, vi è, poi, chi ha ravvisato il *proprium* della giurisdizione nel procedimento logico che precede e forma l'atto che ne è espressione: la legislazione sarebbe libera nel fine, l'amministrazione consisterebbe in un'attività discrezionale, mentre la giurisdizione rappresenterebbe un'attività vincolata. Altre volte, ancora, si è invece individuata la funzione attraverso le caratteristiche dell'organo che la esercita: si è così posto in rilievo la garanzia di indipendenza del titolare di essa rispetto alle parti del giudizio e agli altri organi dello Stato.

Per ciò che qui interessa, tuttavia, il problema va analizzato e risolto non in una prospettiva di teoria generale, ma nel più circoscritto ambito

del diritto positivo italiano. Occorre, cioè, cercare di capire il significato del termine nella Costituzione italiana. E, in un'apparente inversione logica del ragionamento, la risposta non può che trarsi proprio dall'insieme delle norme costituzionali che regolano tale funzione. In tal modo si può arrivare alla conclusione, che si ritrova nelle pagine di Salvatore Satta⁹, che gli accennati tentativi definitivi sono tutti corretti e tutti parziali, nel senso che colgono e si concentrano su un aspetto di una funzione poliedrica. Così la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2), la terzietà del giudice (art. 111, comma 2) e la ricorribilità in Cassazione per violazione di legge (art. 111, comma 7) sono norme riconducibili alla definizione di Mortara della funzione giurisdizionale come "difesa del diritto obiettivo, per virtù della quale, ottengono protezione le facoltà soggettive del medesimo conformi"¹⁰. La definizione di Carnelutti¹¹ della giurisdizione come attività di composizione delle liti sembra riecheggiare nel principio del contraddittorio (art. 111, commi 2, 4 e 5) o nel potere di tutti di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24). La tesi di Chiovenda¹² che vede nella giurisdizione la sostituzione di un'attività pubblica ad un'attività altrui pare, poi, trovare conferma nei profili organici dell'ordinamento giudiziario (artt. 102, 104, 105 e 106), così come nel potere dei giudici di disporre della polizia giudiziaria (art. 109). Ma altrettanti elementi sintomatici della funzione sono la necessità della motivazione (art. 111, comma 6), le garanzie di indipendenza (art. 101, comma 2; art. 104, comma 1; art. 107), la regola del concorso per l'accesso alla titolarità dell'organo (art. 106, comma 1), le garanzie del diritto di difesa (art. 111, comma 3), la definitività del giudicato (presupposta dall'art. 111, commi 7 e 8), il potere di sollevare le questioni di costituzionalità (art. 137; art. 1, l. cost. n. 1 del 1948) o di sollevare le analoghe questioni di fronte agli organi di giustizia dell'Unione Europea (art. 11 in combinato disposto con l'art. 267 TFUE).

Anzi, proprio la Corte di Giustizia¹³ ha avuto più volte occasione di interrogarsi sulla nozione di giudice nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE e ha enunciato, a questo proposito, una serie di requisiti che l'organo in questione deve presentare, quali la sua origine legale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della giurisdizione, la natura contraddittoria del

procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e, *last but not least*, l'indipendenza dell'organo.

Sotto quest'ultimo profilo si è fatto leva, anzitutto, sull'esistenza di disposizioni relative alla composizione dell'organo e alla nomina, le quali si devono fondare, di regola, sull'accertamento delle capacità tecnico-attitudinali del soggetto, attraverso la modalità del concorso e non quella dell'elezione o della scelta rimesse ad organi appartenenti al circuito democratico-rappresentativo. Rilevante è anche la durata delle funzioni: è intuitivo, infatti, che il rapporto a tempo indeterminato, a vita o fino al raggiungimento dell'età pensionabile, rappresenti una garanzia di indipendenza, escludendo radicalmente forme anche indirette o velate di responsabilità politica, connesse al rinnovo della nomina o al conseguimento di incarichi in altri organi.

Nella stessa prospettiva possono inquadrarsi i casi di astensione, ricusazione e decadenza: ad esempio, non sarebbe compatibile con la natura giurisdizionale la previsione dello *spoils system*, il quale implica un rapporto fiduciario con il nominante e mina l'esclusiva soggezione alla legge del giudice.

Sulla base di analoghi fattori – e in particolare della posizione *super partes* dell'organo giudicante e della definitività del giudicato – la Corte costituzionale italiana è stata chiamata sia a giudicare in ordine alla legittimazione degli organi a sollevare le questioni di costituzionalità, sia a valutare la legittimità dei giudici speciali ai sensi dell'art. 102 Cost. Per quanto concerne il primo profilo, la Corte ha ritenuto che la formula utilizzata dal legislatore per individuare gli organi legittimati a sollevare in via incidentale le questioni di costituzionalità (“un giudice nel corso di un giudizio”), si riferisse a requisiti alternativi e non cumulativi. Il carattere giurisdizionale è stato, cioè, ravvisato sia nel requisito soggettivo, che in quello oggettivo¹⁴. Con riguardo invece al divieto di istituzioni di giudici speciali *ex art. 102 Cost.*, nella giurisprudenza costituzionale si riscontra un uso molto parsimonioso delle sentenze di accoglimento¹⁵, che ha condotto all'eliminazione solo di pochi giudici speciali, come il

Inevitabile chiedersi se le scelte del Costituente e della Corte costituzionale siano da ritenersi virtuose

comandante di porto per le contravvenzioni in materia di navigazione (sent. n. 121 del 1970)¹⁶ o come l'intendente di finanza (sent. n. 60 del 1969)¹⁷.

È allora inevitabile chiedersi se le scelte del Costituente e della Corte costituzionale siano da ritenersi virtuose. Ma se ci si astiene da considerazioni politiche, l'interrogativo non ha soluzione. Si può, invece, provare a rispondere ad un altro interrogativo: queste deroghe all'unitarietà della giurisdizione, ammesse dal Costituente o surrettiziamente introdotte dal legislatore e tollerate dalla Corte costituzionale, quali valori compromettono? In altri termini, il principio unitario è un dogma di fede o risponde effettivamente ai principi delle liberal-democrazie o ad esigenze di efficacia ed efficienza nell'amministrazione della giustizia?

3. I valori sottesi all'unitarietà della giurisdizione

Nell'individuare i valori sottesi all'unitarietà della giurisdizione occorre muovere dalla disciplina dei diritti costituzionali, la quale trova una tra le sue maggiori garanzie nella riserva di giurisdizione¹⁸. Stabilire, infatti, che le libertà costituzionali e, anzitutto, la libertà personale possano essere limitate solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria assume un significato garantistico solo qualora l'organo sia del tutto sganciato dagli organi che partecipano alla definizione della fattispecie generale e astratta, ossia al momento del disporre. Da questo punto di vista l'idea del Costituente era ed è molto chiara: il diritto costituzionale del singolo può subire limitazioni solo ad opera di un organo che è soggetto soltanto alla legge, che è del tutto indipendente e che è separato ed autonomo da ogni altro potere. A tal punto separato, da un lato, da non sopportare nemmeno forme gerarchiche endogene e da configurarsi come un potere diffuso; dall'altro, da non aver bisogno nemmeno per gli atti di maggiore rilevanza di forme di esternazione solenne, attraverso il Capo dello Stato. La giustizia – dispone l'art. 101 Cost. – è amministrata “nel nome del popolo”, e non più nel nome del Re o del Capo dello Stato: la volontà dell'ente è espressa direttamente dalla persona fisica titolare dell'organo giurisdizionale.

Tale e tanto potere subiva due limiti nel modello costituzionale: l'unitarietà del giudice e il divieto di sottoporre a giudizio gli altri poteri dello Stato. Questo secondo limite – come è noto – è venuto parzialmente meno con la revisione dell'art. 68 Cost. e dell'art. 96 Cost.; mentre il primo è esistito solo sulla Carta, dal momento che non ha impedito il proliferare di giudici speciali.

In questa prospettiva, dunque, l'unitarietà rappresenta un fattore di equilibrio istituzionale, perché la specialità del giudice spesso ne rende difficile l'inquadramento istituzionale e pone in crisi quell'assetto di *checks and balances* delineato dal Costituente.

In secondo luogo, il principio unitario tende a realizzare la certezza del diritto. Non ci si nasconde che quest'ultima appaia, per molti aspetti, una chimera; né si ignora che essa dipende in larga misura dal sistema delle fonti del diritto e dal *drafting* normativo; né ancora si vuole accedere a concezioni ottocentesche che vedevano nel giudice e solo nel giudice la bocca della legge. Ma risulta evidente che l'unità della giurisdizione favorisca l'unità dell'interpretazione.

Esigenza che era ben presente ai Costituenti, i quali nell'art. 111, comma 7, hanno sostanzialmente costituzionalizzato la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, prevedendo la ricorribilità ad essa per violazione di legge contro le sentenze e contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali. Una norma che avrebbe dovuto escludere contrasti giurisprudenziali, almeno in ultimo grado, e che tuttavia trova una deroga non secondaria nel comma successivo dello stesso art. 111, laddove si limita il ricorso in Cassazione contro le decisioni dei giudici speciali ai soli motivi inerenti alla giurisdizione. Basti pensare all'annosa questione della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo per il risarcimento degli interessi legittimi¹⁹.

Vi è, poi, un'intuitiva esigenza di semplificazione, in quanto l'unitarietà della giurisdizione evita le omonime questioni e gli omonimi conflitti, a tutto vantaggio dell'effettività della tutela degli interessi dei singoli. Vero è che il problema è stato in parte sdrammatizzato dall'innovazione della *translatio iudicii*²⁰, ma è altrettanto vero che l'introduzione dell'istituto sembra quasi stare a sottolineare l'artificiosità della differenziazione tra

giudici ordinari e giudici amministrativi, rispetto ad un processo che, indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo, cerca sempre di più di strutturarsi come unitario.

L'indipendenza dell'organo trova, inoltre, una garanzia maggiore in un assetto unitario della giurisdizione. Per averne conferma è sufficiente riflettere sulla garanzia costituzionale del cosiddetto organo di autogoverno della magistratura ordinaria, il CSM, il quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione, mentre i Consigli di Presidenza della Giustizia amministrativa e della giustizia contabile non godono di un'espresa garanzia costituzionale, con la conseguenza che, ad esempio, è loro preclusa la possibilità di sollevare i conflitti di attribuzione davanti alla Corte costituzionale.

L'unità della giurisdizione è, poi, apprezzabile sotto un profilo istituzionale: è ovvio, infatti, che l'introduzione di giudici speciali o di figure para-giurisdizionali, spesso assistite da minori garanzie di indipendenza, favorisca una scivolosa contiguità con il potere politico o, comunque, con gli organi del circuito democratico-rappresentativo.

Il principio unitario agevola, altresì, la conoscenza da parte del cittadino delle regole processuali e ciò potrebbe tradursi in una maggiore consapevolezza dei tempi e dei modi della tutela dei propri diritti.

Un altro vantaggio dell'unitarietà potrebbe consistere nella prevedibile riduzione del contenzioso, quantomeno perché le questioni verrebbero trattate necessariamente in modo unitario e non vi sarebbe più la possibilità di ricorrere per lo stesso fatto giuridico ad una molteplicità di giudici.

L'unità, infine, varrebbe ad eliminare o almeno a ridurre gli ambiti della giustizia domestica o corporativa, che tutto è tranne che giustizia, atteso che è amministrata da giudici che per definizione non sono terzi, appartenendo alla stessa corporazione di cui dovrebbero sanzionare i membri. Paradigmatico, in proposito, è il caso dei Consigli degli Ordini degli Avvocati, che assai raramente adottano sanzioni nei riguardi dei propri iscritti; nei pochi casi in cui ciò avviene, peraltro, l'intento sembra essere più quello di tutelare la corporazione e gli altri avvocati che quello di garantire i consumatori o l'interesse generale, al punto tale che l'Antitrust ha avuto modo di aprire un procedimento per intesa restrittiva della concorrenza proprio contro una sanzione comminata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Brescia²¹.

4. I singoli giudici speciali tra interessi pubblici e norme sulla funzione: il caso dell'autodichia delle Camere

Se, per quanto precede, il pluralismo della giurisdizione è da considerare, almeno *de iure condendo*, un disvalore, occorre chiedersi se tale affermazione vada intesa in senso assoluto o se, invece, si riscontrino – e in che misura – interessi pubblici contrastanti, tali da giustificare la sopravvivenza o l'introduzione di deroghe al principio unitario.

Discutibile è, al riguardo, che i giudici speciali siano da ritenersi giudici più competenti. Ciò potrebbe essere desunto sia dalle modalità di selezione, ossia dalle specifiche materie oggetto delle prove nei rispettivi concorsi, sia dal fatto che la specializzazione facilita l'accrescersi di esperienza e conoscenze nel singolo settore. Tuttavia, il Costituente – evidentemente consapevole di tali vantaggi – ha allo scopo previsto la possibilità di istituire sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari (art. 102 Cost.), le quali agevolmente possono replicare le condizioni che favoriscono le competenze settoriali dei giudici speciali. In questa prospettiva ci si dovrebbe interrogare sull'opportunità di trasformare in sezioni specializzate del giudice civile il giudice tributario, il Tribunale superiore delle acque pubbliche o il Commissario degli usi civici.

Talvolta, la specialità del giudice trova fondamento, invece, nella logica della divisione dei poteri e, precisamente, nel timore che il potere giudiziario possa incidere sugli altri poteri dello Stato, giudicando sull'organizzazione interna dei relativi organi di vertice. In base a ciò si giustifica – come vedremo – la giustizia amministrativa e contabile e l'autodichia delle Camere²², ma non tutte quelle forme di giustizia corporativa delle associazioni professionali o di alcuni ordinamenti settoriali.

Iniziando dall'autodichia delle Camere, il tema è tornato di stringente attualità – com'è noto – in seguito alla recente questione riguardante la decadenza di Silvio Berlusconi dalla carica di senatore. L'art. 66 Cost. prevede espressamente che “ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e della cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità”. Il testo è, dunque, molto chiaro nel derogare al principio unitario della giurisdizione, riservando il “giudizio” sulla verifica dei poteri alle stesse Camere. Ci si è chiesti, conseguentemente, se il riferimento

costituzionale consenta all'organo di sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale e se, trattandosi di un giudice, le regole di funzionamento debbano trarsi anzitutto dalle norme costituzionali che regolano la funzione giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, convince la tesi affermativa, non solo per il riferimento testuale della Costituzione ad un "giudizio", ma anche per la già menzionata giurisprudenza costituzionale particolarmente estensiva in tema di requisiti di ammissibilità soggettiva delle questioni in via incidentale, nonché per la normativa di attuazione contenuta nei regolamenti parlamentari, che prevedono un procedimento para-giurisdizionale.

Controvertibile semmai è se, nell'ambito del procedimento, l'organo giudicante debba ravvisarsi nella Giunta per le elezioni, che svolge un'attività istruttoria, o nell'Assemblea, che però ai sensi del Regolamento può anche non essere convocata in mancanza di una specifica richiesta da parte di una minoranza qualificata, o, come sembra più corretto, in entrambi gli organi, a seconda della fase del giudizio.

Il caso dell'autodichia è, tuttavia, problematico più che sotto l'aspetto funzionale, sotto quello organico: in altri termini, occorre chiedersi se la deroga costituzionale assicuri la terzietà e l'indipendenza dell'organo giudicante ovvero se la mancanza di queste caratteristiche non si rifletta sulla natura della funzione esercitata. Posto, cioè, che a fondamento della specialità del potere giurisdizionale delle Camere vi è l'esigenza costituzionale dell'equilibrio tra i poteri, rimane da capire fino a che punto la deroga possa coinvolgere, *de iure condito*, i principi che riguardano l'esercizio della funzione giurisdizionale, indipendentemente dall'organo al quale è attribuita, giudice ordinario o giudice speciale che sia.

Le norme costituzionali sulla "soggezione del giudice solo alla legge", sul "giusto processo", sul "principio del contraddittorio", sulla "terzietà e imparzialità del giudice", sulla "ragionevole durata del processo", sembrano tutte riguardare non solo il giudice ordinario, ma la funzione giurisdizionale e dunque non possono che estendersi anche ai giudici speciali.

Del resto, è stata la stessa Corte costituzionale a sottolineare nella sua giurisprudenza l'imprescindibilità della posizione di terzietà dell'organo giudicante, annullando, con le sentenze nn. 30 del 1967 e 33 del 1968, le norme sulla composizione delle Giunte provinciali in sede giurisdiziona-

le²³. Ciò significa che anche nel caso dell'autodichia queste norme devono essere osservate, trovando peraltro riscontro nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione europea.

Si potrebbe obiettare che la deroga di cui si parla è prevista direttamente dall'art. 66 Cost. Tuttavia, una lettura sistematica del testo costituzionale consente di osservare che la Costituzione, nel riservare alle Camere la verifica dei poteri, nulla ha stabilito circa le modalità in cui si debba svolgere il giudizio: sicché queste ultime ben potrebbero essere tenute ad assicurare le anzidette garanzie, ad esempio attraverso l'istituzione di organi interni di natura tecnica o comunque non basati sull'appartenenza politica o partitica, bensì scelti attraverso la regola del concorso o quella del sorteggio.

5. Le giurisdizioni degli ordinamenti settoriali

Ciclicamente parte della dottrina si interroga sull'attualità dell'esigenza di conservare la giurisdizione amministrativa, estendendo altrettanto spesso l'analisi al profilo sostanziale e, quindi, all'attualità dell'interesse legittimo, che ne rappresenta il fondamento teorico e il parametro di ripartizione rispetto alla giurisdizione ordinaria²⁴. Storicamente la figura del giudice amministrativo nasce come un'evoluzione del ricorso gerarchico e, dunque, come un giudice interno all'amministrazione, istituito per ampliare la tutela del privato in un ambito sottratto alla giurisdizione ordinaria²⁵.

Se si riflette sull'origine, può ritenersi che la specialità²⁶ della giurisdizione amministrativa si giustifichi per soddisfare almeno due concorrenti esigenze: l'una pratica e l'altra teorica.

La prima è legata al tentativo di assicurare competenza e sensibilità ad un giudice che si confronta con l'esercizio di poteri autoritativi e con la realizzazione di interessi pubblici: in questa prospettiva, si spiega non solo l'originaria provenienza del giudice dai ruoli dell'amministrazione, ma anche alcuni residui storici di tale connotazione. Ci si riferisce: al potere governativo di nomina dei Consiglieri di Stato; ai requisiti di accesso

ai concorsi per giudice dei tribunali amministrativi²⁷; alla duplice natura del Consiglio di Stato, che è al tempo stesso organo di ultima istanza delle controversie amministrative e organo consultivo del Governo²⁸; nonché alla frequenza con la quale i giudici amministrativi sono chiamati a svolgere incarichi direttivi, come capi di gabinetto e come capi degli uffici legislativi, nei Ministeri.

L'opportunità "pratica" del giudice amministrativo rimane quanto mai attuale, perché certamente non è contestabile che si tratti di un giudice altamente qualificato, che ha acquisito negli anni un patrimonio di conoscenze e di sensibilità sui limiti alla discrezionalità della p.a. e che, peraltro, attraverso le adunanze plenarie del Consiglio di Stato ha salvaguardato le stesse esigenze di nomofilachia sottese al principio dell'unità della giurisdizione.

Quanto, poi, alla motivazione teorica, l'istituzione della giustizia amministrativa vale a salvaguardare il principio di separazione dei poteri²⁹, il quale, nella sua primigenia e iper-rigida accezione, escludeva possibili forme di ingerenza del potere giudiziario sul potere esecutivo e, dunque, anche sugli atti della pubblica amministrazione. In senso contrario potrebbe invece notarsi come l'evoluzione del pensiero liberale abbia dimostrato che la sostanza garantistica di tale principio non possa ritenersi scalfita da un sistema "monistico" della giurisdizione sugli atti amministrativi. È noto, infatti, che nei sistemi di *common law* di matrice anglosassone l'attività della p.a. rimane sottoposta al sindacato del giudice ordinario, al pari dell'attività dei privati³⁰. Tuttavia, è altrettanto noto che solo nei sistemi dualistici – come è quello italiano – il sindacato sugli atti della p.a. può estendersi al vizio dell'eccesso di potere e comportare la sospensione o l'annullamento dell'atto amministrativo, attraverso l'emissione di sentenze costitutive.

Pertanto, anche da un punto di vista teorico la giurisdizione amministrativa non ha perso di attualità e non è un caso che il Costituente, prima, e il legislatore, dopo, abbiano non solo conservato siffatta Istituzione, ma l'abbiano potenziata, attraverso l'introduzione dei tribunali amministrativi regionali, il rafforzamento degli strumenti a tutela dell'indipendenza e della terzietà dei relativi organi giudicanti, nonché attraverso l'ampliamento dei poteri decisori a disposizione dei giudici amministrativi³¹.

Considerazioni analoghe a quelle svolte per i giudici amministrativi valgono per i giudici contabili³², con una rilevante differenza sul piano funzionale. In aggiunta, infatti, ai rilievi, teorici e pratici, che precedono, la specialità dei giudici contabili trova un ulteriore fondamento giustificativo nella contiguità funzionale tra l'attività di controllo e l'attività giurisdizionale, in materia di responsabilità per danno erariale e pensioni. Contiguità che – diversamente da quanto accade per la funzione consultiva del Consiglio di Stato – non ne indebolisce l'indipendenza, rappresentando solo un fattore di proficua specializzazione e di potenziamento dell'attività inquisitoria.

Non è certo questa la sede per affrontare *funditus* un tema, quello dell'esistenza e della giustificazione teorica della magistratura contabile, che risale agli albori dello Stato unitario, allorché Cavour ritenne che per la corretta gestione delle amministrazioni e l'utilizzazione del denaro pubblico vi era la "assoluta necessità di concentrare il controllo preventivo e consuntivo in un magistrato inamovibile". Anche in tal caso il controllo nasceva nell'ambito dell'amministrazione e veniva almeno parzialmente giurisdizionalizzato. È, dunque, sempre il principio di separazione dei poteri che ha escluso ed esclude in sede teorica l'attribuzione del controllo sull'attività di rilevanza economica del potere esecutivo ai giudici ordinari e ha suggerito, analogamente a quanto accaduto nella maggioranza degli Stati contemporanei, l'istituzione della Corte dei conti come giudice speciale.

Del resto, la contiguità tra le funzioni di controllo e quelle propriamente giurisdizionali della Corte è tale che in alcune circostanze anche nell'esercizio delle prime si è riconosciuta ad essa la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale e, quindi, si è riconosciuta la natura di giudice anche alla sezione di controllo, qualora svolga i controlli di legittimità e contabili³³. In particolare, la Corte costituzionale, già nella sentenza n. 226 del 1976³⁴, ha ritenuto sussistente tale legittimazione sul presupposto che "procedendo al controllo sugli atti del Governo, la Corte dei conti è strettamente vincolata dalle norme di legge"; pertanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, la situazione in cui versa la

Sempre il principio di separazione dei poteri che ha escluso ed esclude in

Corte dei conti in sede di controllo di legittimità è “analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono”.

Dal punto di vista teorico, una giustificazione analoga a quella che vale per i giudici amministrativi e quelli contabili si riscontra anche per la magistratura militare (espressamente prevista dall’art. 103, ultimo comma, Cost.) e per la Sezione disciplinare del CSM. Anche in tali ipotesi, infatti, è la pluralità degli ordinamenti giuridici “interna” allo Stato che si intende salvaguardare, assicurando autonomia a quegli ordinamenti attraverso la previsione di un giudice “interno” o “riservato”.

In particolare, la natura di ordinamento settoriale della normativa militare è presupposta dall’art. 52, ultimo comma, Cost., laddove si fa esplicito riferimento all’esistenza di un “ordinamento delle forze armate”, la cui possibilità di derogare alle norme comuni incontra l’unico limite dell’obbligo di ispirarsi “allo spirito democratico della Repubblica”³⁵. Quanto, infine, alla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, la natura giurisdizionale dell’organo è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale già agli inizi degli anni Settanta³⁶ e la specialità di tale giudice si giustifica anch’essa sulla base della settorialità dell’ordinamento giudiziario; in particolare, la natura ordinamentale della disciplina della magistratura ordinaria si rinviene nella Costituzione e, specificamente, nell’art. 108, il quale menziona espressamente l’esistenza di un “ordinamento giudiziario”.

6. Le altre giurisdizioni

In talune ulteriori ipotesi, la specialità del giudice deriva dalla particolarità dell’oggetto del giudizio: è il caso della Corte costituzionale.

Al riguardo si potrebbe rilevare che, dove il controllo di costituzionalità è nato, ossia negli Stati Uniti d’America, non esiste una Corte costituzionale e il sindacato sulle leggi è di tipo diffuso. Tuttavia, il sindacato accentrato è il sistema di giustizia costituzionale largamente più diffuso e gode di un solido fondamento teorico, ravvisabile, da un lato,

nella particolarità dell'oggetto (in quanto nella legge e nelle altre fonti primarie si manifesta per eccellenza la funzione di indirizzo politico dello Stato); dall'altro, nella stessa natura della Costituzione, che nasce e si afferma come limite al potere sovrano e agli organi costituiti e, dunque, anche al potere giudiziario.

A ciò si aggiunge che le regole sulla formazione dell'organo e sul suo funzionamento assicurano il rispetto delle norme costituzionali sull'esercizio della funzione giurisdizionale: dall'indipendenza e imparzialità dell'organo, al principio del contraddittorio, a quello della ragionevole durata del processo. Non a caso la Corte stessa ha avuto modo di qualificarsi come giudice *a quo*, sollevando di fronte a se stessa questioni di costituzionalità in via incidentale o proponendo questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto dell'Unione Europea davanti alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del TFUE³⁷.

Un ultimo motivo che rende rilevanti gli effetti delle decisioni adottate da altre giurisdizioni è di natura ordinamentale, nel senso che è riconducibile alla pluralità – in questo caso “esterna” rispetto allo Stato – degli ordinamenti giuridici. Non stupisce, allora, che le sentenze di annullamento dei giudici dell'Unione europea producano effetti diretti nell'ordinamento italiano, né che lo Stato possa essere condannato al risarcimento dei danni da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, né che vengano deliberate le sentenze di annullamento dei matrimoni concordatari adottate dai giudici dell'ordinamento canonico, né che vengano deliberate le sentenze dei giudici stranieri. Si potrebbe obiettare che tutti quelli menzionati non rientrano tra i giudici speciali, perché sono giudici di altri ordinamenti; tuttavia, non vi è dubbio che anch'essi rappresentino una deroga alla norma costituzionale che riserva la funzione giurisdizionale ai giudici ordinari e speciali. Una deroga che certamente non suscita perplessità né *de iure condito*, né *de iure condendo*, atteso che la nomofilachia e l'autodichia rappresentano presupposti necessari all'indipendenza e all'autosufficienza di ogni ordinamento giuridico, e dunque anche degli ordinamenti dell'Unione europea o della Chiesa cattolica.

Piuttosto occorrerebbe interrogarsi sull'opportunità di introdurre dei giudici regionali, ossia dei giudici interni ai singoli ordinamenti regionali. L'esperienza federale³⁸, con l'eccezione dell'Austria³⁹, dimostra, infatti, che

la statualità degli enti territoriali si raggiunge solo in presenza di garanzie giurisdizionali endogene. Il problema non è solo organizzativo, ma è culturale: il giudice regionale, come il giudice dello Stato membro di una federazione, non è meno imparziale o meno indipendente del giudice nazionale, ma è un giudice che per formazione, per ruolo, per competenza, meglio conosce e riesce ad esprimere, nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa regionale, gli specifici contenuti che le sono propri e che la giustificano come espressione di autonomia.

È bene precisare che in tal modo non si vuole esprimere un'entusiastica adesione alle istanze federalistiche, bensì un punto di vista tecnico: se la strada della riforma dello Stato che si intende percorrere è quella federalistica, anche l'unità della giurisdizione non può che rimanerne condizionata. E ciò in quanto, come insegnava Blaise Pascal, la giustizia deve essere congiunta al potere, così che ciò che è giusto possa anche aver potere, e che ciò che ha potere possa essere giusto.

Notas

1. Francesco Saverio Marini. Avvocato cassazionista. Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.
2. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 224.
3. Ma v., ad esempio, Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 714 ss.; Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Diritto pubblico*, IV, 1998, 371 ss.; Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, *passim*.
4. Assemblea costituente (atti), seduta pomeridiana del 22 dicembre 1947, p. 3593.
5. Cannada Bartoli, *Giurisdizione (conflitti)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 301.
6. Corte costituzionale, sent. n. 41 del 1957, in *Giur. cost.*, 1957, p. 511. Nello stesso senso, cfr. anche le sentt. nn. 48 del 1959 (in *Giur. cost.*, 1959, pp. 773 ss.), 117 del 1963 (in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1065 ss.), 204 del 2004 (in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2181 ss.).
7. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 942.
8. Morelli, *Art. 102*, in Crisafulli - Paladini, (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 103.
9. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, *cit.*, p. 218.
10. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923, p. 20.

11. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 1951, in particolare le pp. 11 ss. e 107 ss.
12. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 301; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, p. 8.
13. Corte di Giustizia, sent. 21 marzo 2000, cause C-110/98 e 147/98, *Gabalfrisa e altri*, in *Raccolta*, I, 1557, punto 33; sullo stesso tema, cfr. anche le precedenti sentt. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult* (in *Racc.*, I, 4961, punto 23) e 16 ottobre 1997, cause C-69/96 e C-70/96 (in *Foro it*, 1997, IV, p. 401).
14. Sentt. nn. 83 del 1966 (in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1074 ss.) e 378 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3429 ss. Ma vedi anche, più recentemente, la sent. n. 164 del 2008 (in *Giur. cost.*, 2008, pp. 1973 ss.), in cui si esclude la legittimazione per organi giurisdizionali che esercitino attività amministrative.
15. Emblematico è, in proposito, il caso dei giudici tributari, che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 287 del 19 dicembre 1974, ha salvato come giudici speciali i giudici tributari. Per la Corte, infatti, “nella legge delegata sono stati accuratamente eliminati gli aspetti dai quali traeva fondamento la tesi della natura amministrativa e accentuati i caratteri in base ai quali le commissioni venivano considerate come organi giurisdizionali. Dal che può trarsi la sicura convinzione che le commissioni tributarie, così revisionate e strutturate, debbono ora considerarsi organi speciali di giurisdizione”. Conseguentemente, per escludere l’incostituzionalità della legge delegata per violazione dell’art. 102 Cost., la Corte ha ritenuto “che giurisdizionali abbiano a considerarsi anche le preesistenti commissioni: non è dubbio, infatti, che il legislatore con la recente normativa abbia inteso esercitare il potere di revisione che la VI disp. trans. Cost. prevede proprio per gli organi speciali di giurisdizione già esistenti nell’ordinamento al momento dell’entrata in vigore della Costituzione. In definitiva la nuova legislazione - imponendo all’interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni - esclude che, nell’interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa”.
16. In *Giur. cost.*, 1970, pp. 1513 ss.
17. In *Giur. cost.*, 1969, pp. 1043 ss. Ma vedi anche le sentt.: n. 30 del 1967 e n. 33 del 1968 (in *Giur. cost.*, rispettivamente 1967, pp. 214 ss. e 1968, pp. 487 ss.) che hanno dichiarato l’incostituzionalità delle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale; la n. 128 del 1974 (in *Giur. cost.*, 1974, pp. 850 ss.) sul presidente del Consorzio autonomo per il porto di Genova; la n. 55 del 1966 (in *Giur. cost.*, 1966, pp. 879 ss.), che dichiarò l’incostituzionalità dei consigli di prefettura.
18. 17. Sull’istituto della riserva di giurisdizione come garanzia dei diritti di libertà, cfr., per tutti, Angiolini, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, *passim*.
19. Si fa riferimento al noto contrasto giurisprudenziale tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato originato dalla storica sent. n. 500 del 1999 della Suprema Corte di Cassazione (in *Giust. civ.*, 1999, II, pp. 427 ss.). Solo per citare i passaggi fondamentali, si ricordano, in riferimento alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione: le

- c.d. ordinanze gemelle nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 e 13911 del 15 giugno 2006; le sentt. nn. 30254 del 23 dicembre 2008, 19048 del 6 settembre 2010, 23595 del 16 dicembre 2010 e 405 dell'11 gennaio 2011. Quanto alla posizione del Consiglio di Stato, in difesa della pregiudiziale amministrativa, cfr.: Adunanza plenaria n. 4 2003; posizione ribadita in: Ad. Plen. nn. 9 e 10 del 2007, Ad. Pl. sent. n. 12 del 22 ottobre 2007. Da ultimo, il Consiglio di Stato è tornato sul tema, alla luce delle nuove norme introdotte dal d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), affermando che, pur essendo venuta meno la teoria della pregiudiziale amministrativa, la domanda di risarcimento avanzata senza chiedere tempestivamente l'annullamento dell'atto amministrativo va ritenuta infondata nel caso in cui il comportamento del ricorrente non abbia evitato il consolidarsi degli effetti dannosi (Ad. Plen. n. 3 del 23 marzo 2011).
20. Introdotta dapprima dalla Corte di Cassazione (Sez. Un., sent. n. 1109/2007) e dalla Corte costituzionale (sent. n. 77 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 726 ss., con osservazione di Mangia, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, *ibidem*, pp. 736 ss.) ed ora disciplinata dall'art. 59 della legge n. 69 del 2009.
 21. Il procedimento è stato aperto nell'adunanza del 18 giugno 2009, in *Bollettino dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, n.24/2009 del 06/07/2009. Tuttavia, chiudendo la relativa istruttoria, l'AGCM ha escluso, con il provvedimento n. 24553/13, pubblicato sul Bollettino del 4 novembre, che le decisioni dell'Ordine degli Avvocati di Brescia avessero una portata anti concorrenziale. Per l'Autorità, infatti, la delibera dell'Ordine non impedisce in generale agli avvocati di farsi concorrenza sul prezzo o sulle modalità di approcciarsi alla clientela, gli impone solo di essere corretti e puntuali quando mettono in mostra, utilizzando un'insegna, alcune caratteristiche della propria offerta.
 22. Sulla autodichia, cfr., *ex plurimis*, Occhiocupo, *Gli organi costituzionali "legibus soluti"?*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano, 1986, Vol. III, pp. 1-26; Mazzoni Honorati, *Osservazioni su alcune discusse prerogative parlamentari: l'autonomia contabile e la giustizia domestica*, Milano, 1987; Pisicchio, *Aspetti dell'autodichia parlamentare*, Bari, 2010, *passim*; Pelella, *La giurisdizione interna della Camera dei deputati tra principi costituzionali e principi sopranazionali. L'autodichia alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Aa. Vv., *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, 2013, pp. 237 ss., Malinconico G., *Ancora sull'autodichia delle Camere e sul sindacato di legittimità dei regolamenti parlamentari*, in *Federalismi.it: rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 12 del 2013, 2 ss.
 23. Rispettivamente in *Giur. cost.*, 1967, pp. 214 ss. (con osservazioni di Cerri, *Inapplicabilità ed invalidità consequenziale*, *ivi*, pp. 216 ss.) e *Giur. cost.*, 1968, pp. 487 ss.
 24. Cfr., tra gli altri, Ledda, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 11 ss.; Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, *passim*; Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di di-*

- ritto. Per una giustizia “non amministrativa”, cit., passim; Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 369. Scoca, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379.
25. Tale finalità emerge già nel dibattito nell’Assemblea costituente, nel quale si è evidenziato che la giurisdizione amministrativa è sorta “non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione” (così Leone, nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947). Al riguardo v. anche la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2181 (con osservazioni di Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, *ivi*, pp. 2209 ss. e Lariccia, *Limiti costituzionali alla “discrezionalità” del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, *ivi*, pp. 2220 ss.), sulla ripartizione della giurisdizione tra il giudice ordinario e quello amministrativo.
26. Anche se più correttamente si dovrebbe parlare per i Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato non di giurisdizione speciale, ma di giurisdizione generale per la tutela degli interessi legittimi.
27. Tra i requisiti, infatti, vi è quello di essere inquadrato nei ruoli della pubblica amministrazione con un’anzianità di servizio quinquennale. In particolare, possono partecipare al concorso per referendario del TAR: “i dipendenti dello Stato, muniti della laurea in giurisprudenza, conseguita al termine di un corso universitario di durata non inferiore a quattro anni, appartenenti ad una delle posizioni dell’area C prevista dal vigente Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro di riferimento, o alla qualifica dirigenziale, con almeno cinque anni di anzianità di servizio maturati, anche cumulativamente, nelle suddette categorie” e “i dipendenti delle regioni, degli enti pubblici a carattere nazionale e degli enti locali, muniti della laurea in giurisprudenza conseguita al termine di un corso universitario di durata non inferiore a quattro anni, assunti attraverso concorsi pubblici ed appartenenti alla qualifica dirigenziale o a quelle per l’accesso alle quali è richiesto il possesso della laurea, con almeno cinque anni di anzianità maturati, anche cumulativamente, nelle predette qualifiche”.
28. È noto come, in seguito alla istituzione della IV sez. del Consiglio di Stato (legge 31 marzo 1889, n. 5992, c.d. Legge Crispi), si fece fatica ad ammettere che una funzione giurisdizionale fosse stata innestata in un organo amministrativo. Fu la Suprema Corte di Cassazione che, nel fissare il riparto di competenze tra giudice ordinario e quarta sezione del Consiglio di Stato, certificò la natura giurisdizionale di quest’ultimo (Corte di Cassazione, Sezioni unite, 24 giugno 1891 e 24 giugno 1987). Sulla duplice natura del Consiglio di Stato, cfr. Nocilla, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e Costituzione*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, tomo 3, pp. 1483 ss.; Bonetti, *Riserva di legge e giurisdizione, pluralità di giurisdizioni e rapporti tra le due funzioni del Consiglio di Stato: spunti costituzionali dei provvedimenti in materia di stranieri e di cittadinanza*, in Campanelli, Carducci, Grasso, Tondi della Mura, (a cura di), *Diritto costituzionale e Diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, pp. 246 ss.

29. Cfr., tra gli altri, Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, pp. 339 ss.; Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pp. 3 ss.; Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 590 ss.; Giannini - Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, eodem loco, pp. 229 ss.
30. In questi termini cfr. Virga, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 594 ss.
31. Sul punto si v. la sent. della Corte costituzionale n. 204 del 2004, cit., nella quale si evidenzia che l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre la reintegrazione in forma specifica "appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato" e "affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri". Nello stesso senso può menzionarsi il Codice del Processo amministrativo, il quale esordisce, al suo primo articolo, disponendo che la "giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva".
32. Sulla giurisdizione contabile, cfr., *ex plurimis*, Giannini, *Spunti sulla giurisdizione contabile e sui Consigli di Prefettura*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 179 ss.; Scoca, *Il contenzioso contabile dopo la dichiarazione di incostituzionalità dei Consigli di Prefettura*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1487 ss.; Chieppa, *A proposito dell'indipendenza della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato*, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 5 ss.; Barile, *Sulla garanzia costituzionale dell'indipendenza della Corte dei Conti e dei suoi componenti nei confronti del governo*, in *Foro amministrativo*, 1967, p. 14; Fusaro, *Alcune note in ordine alla polivalenza della nozione di giurisdizione esclusiva nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte dei Conti*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 482 ss.
33. Diversamente la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 335 del 20 luglio 1995, ha escluso la legittimazione dello stesso organo allorché eserciti il controllo successivo sulla gestione. In quel caso, infatti, la Corte ha rilevato che il controllo di gestione non viene svolto sulla base di "parametri di stretta legalità", dovendo la Corte dei conti verificare "ai fini del conseguimento dei risultati, se le procedure ed i mezzi utilizzati, esaminati in comparazione con quelli apprestati in situazioni omogenee, siano stati frutto di scelte ottimali dal punto di vista dei costi economici, della speditezza dell'esecuzione e dell'efficienza organizzativa, nonché dell'efficacia dal punto di vista dei risultati". I margini di discrezionalità di tale apprezzamento hanno indotto la Corte costituzionale ad escludere il carattere giurisdizionale di tale funzione e a negare, di conseguenza, la legittimazione a sollevare in quella sede questioni di costituzionalità. In senso analogo si è espressa la Corte di Giustizia, relativamente al potere di sollevare questioni pregiudiziali ai sensi dell'allora art. 134 del Trattato di Roma, nella causa C-192/98 (con l'ord. 26 novembre 1999).
34. In senso analogo v. anche la sent. n. 384 del 1991.
35. Sull'autonomia dell'ordinamento militare e sui suoi rapporti con l'ordinamento statale v. per tutti Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, *passim*. Va comunque ricordato che negli ultimi anni vi è stato un ridimensiono-

namento della magistratura militare: la legge 24 dicembre 2007 n. 244, art. 2, commi da 603 a 611, ha infatti ridotto il numero dei Tribunali, nonché quello dei componenti del Consiglio della Magistratura Militare. La modifica si è resa opportuna per la significativa riduzione del numero dei militari sottoposti a tali giudici speciali a seguito dell'abolizione della leva obbligatoria.

36. Ci si riferisce alla sentenza n. 12 del 1971.
37. Ciò è accaduto con l'ordinanza n. 207 del 2013, con la quale la Corte si è espressamente qualificata come giurisdizione nazionale ai fini del rinvio alla Corte di Giustizia.
38. Cfr., ad esempio, l'art. III, Costituzione degli Stati Uniti del 1787, il quale si occupa della competenza della giurisdizione federale; l'organizzazione della giurisdizione statale rientra, invece, nell'autonomia costituzionale degli Stati; nonché gli artt. 122 e 123 della Costituzione federale della confederazione svizzera del 1999 e l'art. 92 del *Canadian Constitution act* del 1967.
39. V. l'art. 82, comma 1, della Legge costituzionale federale del 1920.

O princípio da insignificância sob um olhar inspirado em Ferrajoli: a leitura do consumo de drogas em precedente do STJ

Bruno Espiñeira Lemos¹

Procurador do Estado da Bahia

Resumo: O presente trabalho discute o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da (não) incidência do princípio da insignificância no crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 (RHC 35.920-DF) e sua dissonância com a perspectiva garantista de Ferrajoli e com outros julgados que envolveram o princípio da insignificância em matéria penal.

1. Introdução

NA SENDA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL vêm ganhando destaque as questões envolvendo a aplicação do princípio da insignificância.

A ideia do presente debate me veio ao lume diante de profícua discussão com o jovem e competente advogado Victor Minervino Quintiere, que bem trabalhou esse tema no seu mestrado, e nessa perspectiva é que se pretende abordar a (não) incidência do referido princípio com relação ao crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), amparando-nos no referencial teórico de Ferrajoli e em precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Por essa razão, dividiu-se o trabalho em duas partes: i) Luigi Ferrajoli e os fundamentos do garantismo penal; ii) consumo de drogas no Brasil, o

princípio da insignificância em matéria penal e o precedente do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira parte encontra substância na obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, desde os custos do direito penal, passando pelas doutrinas (não) iluministas de separação entre o direito e a moral, com o objetivo de se alcançar, finalmente, as considerações sobre os fundamentos do garantismo penal na perspectiva desse autor.

Por fim, na segunda parte do artigo analisa-se o princípio da insignificância em matéria penal em conjunto com sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça no crime do art. 28 da Lei 11.343/06.

2. Luigi Ferrajoli e os fundamentos do garantismo penal

2.1 Os custos da justiça e da injustiça

Segundo Ferrajoli, o direito penal seria “*uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação*”².

Nesta perspectiva, as restrições inerentes ao direito penal consistiriam: i) na definição ou proibição dos comportamentos legalmente classificados como desviantes; ii) na sujeição coercitiva ao juízo penal de todos aqueles suspeitos de terem violado as normas penais; iii) na repressão ou punição daqueles que tenham sido julgados culpados por haver transgredido as proibições supramencionadas³.

A proibição de comportamentos, a sujeição coercitiva do indivíduo ao juízo penal e a consequente punição daqueles que tenham sido julgados geram, na visão de Ferrajoli, custos não apenas para os culpados por sentenças condenatórias mas também para os inocentes⁴.

Para citar um dos referidos custos, temos o denominado “custo da justiça”, intitulado por ele de “cifra da ineficiência” que, em sua percepção, consistiria nas escolhas penais do legislador como, por exemplo, a respeito das proibições, penas e procedimentos a serem adotados em determinado ordenamento jurídico⁵.

Ademais, é definido como “custo da injustiça” ou “cifra negra” da criminalidade – esta última nomenclatura utilizada por sociólogos – a quan-

tidade de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados ou impunes juntamente com o número de inocentes equivocadamente processados e, às vezes, punidos⁶.

Neste passo, a partir da reflexão sobre a importância desses custos, chega-se às seguintes conclusões:

- i) o direito penal ocupa papel central “na caracterização de um ordenamento jurídico e do sistema político que através deste se expressa”⁷;
- ii) “a falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a ‘cifra da injustiça’, formada, pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal”;
- iii) “O problema da justificação, portanto, se confunde, em larga escala, com o problema do garantismo, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento”.

2.2 Doze questões em tema de justificação

Partindo das três características do direito penal apontadas no tópico anterior, Ferrajoli destaca que delas podem surgir doze questões a respeito da justificação do direito penal⁸. A primeira, derivada do pensamento jurídico-filosófico, consiste em discutir a justificação generalizada do direito de punir, ou seja, da aplicação da pena. A segunda diz respeito à justificação das escolhas que antecedem a definição de quais devem ser os pressupostos da pena; em outros termos, dos eventos caracterizados como delitos⁹. A terceira simboliza, na sua percepção, a justificação das formas e dos procedimentos condizentes à individualização dos delitos e aplicação das respectivas penas, ou seja, do processo penal¹⁰.

Discriminadas as três grandes perguntas condizentes com o tema da justificação, o autor diz ser possível a divisão de cada uma delas em quatro questões específicas inerentes ao *se, como, quando e por que* da intervenção penal¹¹.

2.3 Doutrinas de justificação, modelos axiológicos e modelos históricos de direito penal

Neste tópico, parte-se da clássica pergunta – “por que punir?” Ferrajoli mostrará como, de um lado, o modelo garantista ou cognitivo e, do outro, o modelo autoritário ou decisório de direito penal constituem reflexo das inúmeras respostas historicamente fornecidas às questões do por que, do quando e do como da intervenção penal e das correspondentes justificativas metajurídicas, filosóficas ou, ainda, ético-políticas¹².

2.4 Ponto de vista normativo externo e ponto de vista normativo interno: justiça e validade

Ao tratar sobre justificação externa e legitimação interna, mais especificamente no ponto de vista externo, Ferrajoli se refere inicialmente à legitimação externa ou justificação no sentido de que a legitimação do direito penal ocorre por meio de “princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico”¹³.

Já por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito Ferrajoli se refere à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivado, ou seja, a critérios de avaliação jurídicos, mais especificamente falando, os intrajurídicos¹⁴.

Aqui é feita importante conexão entre a legitimação interna e externa e os conceitos de justiça e validade. Explica-se. O direito penal legítimo sob o aspecto externo – com base em critérios morais, políticos etc. – simbolizaria, em sua visão, um direito penal justo¹⁵.

Já um direito penal legítimo internamente, ou seja, com base em critério intrajurídicos, refletiria um direito penal válido. Aqui cabe a ressalva de que Ferrajoli não objetiva utilizar a classificação elaborada por Hebert Hart. Ao contrário, no final do item o autor diferencia o seu critério externo daquele produzido por Hart¹⁶.

2.5 Dois filões históricos da cultura penalista: a separação e a confusão entre direito e moral

Neste momento do discurso Ferrajoli considera duas grandes escolas doutrinárias quanto à separação (ou não) do direito e moral, senão vejamos: i) doutrinas que “separam legitimação externa da legitimação interna, ou seja, a validade da justiça”; ii) doutrinas que “confundem as duas formas de legitimação, subordinando a legitimação interna à legitimação externa, a validade à justiça e o direito à moral, ou vice-versa”¹⁷.

Após apresentar as doutrinas existentes, é realizado largo passo no sentido de fundamentar por qual caminho o autor seguirá com o intuito de tratar sobre o garantismo em matéria penal¹⁸:

O que pretendo demonstrar nos próximos capítulos é que a doutrina da separação entre legitimação externa e legitimação interna, resultado das seis teses nas quais virá decomposta no próximo parágrafo, forma, duplamente, o pressuposto teórico e axiológico do modelo penal garantista, vez que esta exclui tanto a autolegitimação ético-política como a heterolegitimação jurídica do direito, exigindo que a sua legitimação política seja somente externa, vale dizer, fundada sobre valores e interesses individuais ou coletivos por ela efetivamente tutelados, e que aquela jurídica seja somente interna, isto é, fundada na lei, do modo mais exclusivo possível, no que tange às fontes, e mais exaustivo no que concerne aos conteúdos, segundo os princípios convencionais e cognitivos da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalização.

Ao dissecar detalhadamente a segunda doutrina – na qual ocorre confusão entre legitimação interna e externa, direito e moral, validade e justiça –, o autor passa a abordar a doutrina substancialista chegando à conclusão, neste tópico específico, de que “cada modelo substancialista, segundo a hipótese aqui formulada, é, em última análise, caracterizado, em maior ou menor escala, pela confusão entre legitimação interna e legitimação externa”¹⁹.

2.6 As vias do substancialismo

Ao tratar sobre o substancialismo, Ferrajoli inicia seu discurso mencionando que a separação entre direito e moral, legitimação interna e externa, validade e justiça, é crucial mas não suficiente para instituir um modelo penal garantista,

na medida em que tal predeterminação, em não sendo precisa e rigorosa, deixa espaço livre na determinação daquilo que constitua delito a opções subjetivistas e substancialista que, como já dissemos, somente o vínculo da estrita legalidade, enquanto regra semântica acerca da exclusividade e da exaustividade das conotações legais, pode, se não excluir totalmente, ao menos minimizar²⁰.

Neste viés, ele conclui que, partindo de uma perspectiva substancialista – doutrina na qual direito e moral se confundem –,

quanto mais ilimitado for o Poder Legislativo e mais desvinculada a predeterminação legal dos tipos abstratos de delitos – tendo por base as normas que regulam a validade – das condições de legitimidade, não apenas formais e relativas às fontes ou aos procedimentos, mas também substanciais ou de conteúdo, mais a determinação judiciária daquilo que, em concreto, constitua delito recairá sobre critérios arbitrários de tipo substancialistas ou, de qualquer forma, não jurídicos²¹.

2.7 A transformação iluminista de direito e moral em universos laicos na origem do estado de direito moderno

Iniciando seu raciocínio sobre a separação iluminista entre direito e moral, Ferrajoli menciona postulado do positivismo jurídico no sentido de que “não existe uma conexão necessária entre direito e moral, ou entre o direito como é e como deve ser”. Tal constatação, na visão do autor, teria ocorrido no início do Estado liberal em que tanto o direito como a moral

tornaram-se laicos desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores²².

Ao abordar a transformação iluminista de direito e moral em universos tidos como laicos na origem do estado de direito moderno, Ferrajoli objetiva demonstrar como

o conjunto destas teses, que, de per se, exerceram um papel revolucionário na construção política do Estado de direito, enquanto ordenamento operante em função da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, entrou em crise, no século passado, com a consolidação do Estado liberal e com a paralela conversão conservadora da cultura jurídica liberal²³.

2.8 Três teses teóricas em tema de separação entre direito e moral: o formalismo jurídico

O presente item é desenvolvido com base na fórmula da “separação do direito da moral”. Na visão de Ferrajoli, podemos enxergar tal fórmula sob dois pontos de vista, quais sejam: i) sentido assertivo; ii) sentido prescritivo.

No sentido assertivo,

a fórmula é uma tese teórica sobre a autonomia dos juízos jurídicos em relação aos juízos ético-políticos, que interessa, sobretudo, ao problema jurídico da legitimação interna ou da validade.

Já no sentido prescritivo,

a mesma constitui um princípio normativo sobre a diversidade de funções e a consequente autonomia das normas jurídicas daquelas morais, que diz respeito, essencialmente, ao problema político da justificação externa ou da justiça²⁴.

Esta fórmula – da separação entre direito e moral – na percepção do autor objetiva dizer, em síntese, três coisas: i) trata-se de uma tese metalinguística que conceitua como “falácia naturalista” a suposta derivação existente entre o direito válido – ou “como é” – em relação ao direito justo, ou seja, do “como deve ser” e vice-versa; ii) por ser uma tese científica exclui a ideia de que a justiça simbolize condição necessária – ou até mesmo suficiente – para a validade das normas jurídicas; iii) a afirmação da separação consiste em uma tese metacientífica sobre a recíproca autonomia do “ponto de vista interno” – jurídico – e do “ponto de vista externo – ético-político, ou, ainda, sociológico”²⁵.

Tais constatações, segundo Ferrajoli, inter-relacionadas formam o chamado convencionalismo ou formalismo jurídico.

2.9 Três teses axiológicas em tema de separação entre direito e moral: o utilitarismo jurídico

Neste item Ferrajoli analisa a doutrina que defende a separação entre direito e moral sob o ponto de vista prescritivo ou axiológico. Sob esta perspectiva tal separação consiste em um princípio político do liberalismo moderno – também chamado de metajurídico e metamoral – que serve para fundamentar a recíproca autonomia entre as duas esferas²⁶.

Aqui a autonomia do direito em relação à moral é uma conquista de um pensamento denominado pelo autor de utilitarismo jurídico iluminista, o qual consistiria em princípio metajurídico que enuncia um “dever-ser” do direito e do Estado, impondo a ambos o dever de justificação das “finalidades utilitaristas externas aos mesmos”²⁷.

No direito penal especificamente tal doutrina se manifestou com base em três princípios axiológicos ligados, respectivamente, ao conceito de delito, ao conceito de processo e ao conceito de pena²⁸.

Quanto ao delito, o direito penal nesta concepção não deve impor ou até mesmo reforçar a moral, mas apenas impedir o cometimento de “ações danosas a terceiros”. Vale pontuar aqui que o Estado nesta visão não deve se intrometer coercitivamente na vida moral de seus cidadãos²⁹.

No tocante ao processo – e problemas de jurisdição –, o juiz nesta concepção de separação entre direito e moral não deve julgar o acusado com base naquilo que este seja e sim com base naquilo que este tenha feito, ou seja, o juiz deve examinar os fatos penalmente puníveis³⁰.

Já no que diz respeito à pena, o princípio em comento disciplina que a sanção não deve possuir conteúdos ou finalidades morais, não sendo possível, portanto, sua aplicação com o objetivo de alterar a personalidade do agente³¹.

Concluindo seu raciocínio, Ferrajoli afirma que,

com efeito, tais princípios representam, como teremos a oportunidade de observar analiticamente na terceira parte, a base filosófico-política de todas as garantias penais e processuais, as quais, por sua vez, em um primeiro momento, viram-se elaboradas teoricamente pelas doutrinas reformadoras iluministas e, posteriormente, incorporadas em sentido positivo nos códigos e constituições, por meio da estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da exterioridade e materialidade das ações delituosas, da ofensividade do evento, da culpabilidade, do ônus da prova, do direito de defesa, bem como da sua conexa presunção de inocência diante da ausência de provas e de julgamento³².

2.10 O paradoxo hobbesiano e a fundação jusnaturalista do estado de direito enquanto sistema positivo

Ao tratar sobre a confusão pós-iluminista entre direito e moral, mais especificamente sobre o paradoxo hobbesiano e a fundação jusnaturalista do estado de direito enquanto sistema positivo, Ferrajoli inicia afirmando o ofuscamento que a doutrina da separação entre direito e moral sofreu haja vista a consolidação definitiva do monopólio estatal das fontes de direito³³.

Mais adiante o paradoxo hobbesiano é identificado e conceituado com o auxílio da doutrina de Norberto Bobbio, a saber:

Tomando em consideração os movimentos da lei natural [Hobbes] chega à construção de uma sólida concepção positivista do Estado, sendo, pois, jusnaturalista de fato, mas positivista de direito³⁴.

Em seguida, Ferrajoli explica que tal paradoxo seria aparente uma vez que

o positivismo jurídico nasce como instância jusnaturalista porque, inicialmente, antes da afirmação do monopólio estatal das fontes de produção e de convalidação jurídica, tal monopólio era visto como um dever-ser e não como um ser.³⁵

2.11 A regressão ideológica da cultura jurídica do século XIX: o substancialismo jurídico

A partir do século XIX a lei positivada passa a ser “o objeto comum daqueles que pensam” o direito, ou seja, as questões de justificação externa perderam bastante espaço³⁶.

Com o passar do tempo, na Europa, surge um movimento “anti-iluminista” em que teorias como o substancialismo jurídico e o formalismo ético voltam à tona gerando alguns acertos, na visão do autor:

a negação das duas separações, ou, pelo menos, a confusão entre os seus diversos significados, a atitude de legitimação moral e política em face do direito posto, e, por derradeiro, o nascimento de novos espaços obscuros à sombra de uma generalizada conversão estatal da cultura jurídica.³⁷

2.12 A renúncia técnico-jurídica ao ponto de vista externo: o formalismo ético

A segunda mudança de cunho anti-iluminista consistiu na assunção do ponto de vista jurídico como único admissível inclusive para “fins de justificação ético-jurídica do direito penal”. Como exemplo é citada a dou-

trina que, valorizando a forma jurídica, desconsidera seu conteúdo quanto ao aspecto moral e ético-político³⁸.

Trata-se do formalismo ou positivismo jurídico de cunho ético. Com o intuito de exemplificar este aspecto teórico, o autor cita o fascismo ocorrido na Itália. Nota-se que tal concepção filosófica resultou em uma postura autoritária e antigarantista por parte dos Estados³⁹.

2.13 Os fundamentos filosóficos do garantismo penal: análise de um problema

Inicialmente, ao se deparar com o *se, por que, quando e como* punir, proibir e julgar, Ferrajoli afirma que, enquanto a doutrina iluminista da separação entre direito e moral elaborou o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo, as inúmeras doutrinas pré e pós-iluministas da confusão viram-se diante de modelos penais substancialista e em diversos aspectos autoritários⁴⁰.

Neste viés, a teoria da separação diz respeito tanto às condições formais da legitimação interna – satisfazendo de maneira adequada o princípio da legalidade – como também, em seu sentido axiológico, às condições substanciais da legitimação externa⁴¹.

2.14 O ponto de vista externo da filosofia do direito e os seus reflexos internos

Com o escopo de debater as razões do direito penal, Ferrajoli opta pela utilização da filosofia do direito, em especial no aspecto externo da legitimação⁴².

Neste sentido, são abordados os seguintes grupos de perguntas: o primeiro – composto pelos três primeiros itens – relativo ao problema da razão ou do objetivo do direito penal e processual, e o segundo – composto pelos três últimos itens a seguir listados – que diz respeito aos pressupostos, conteúdos, qualidade, quantidade e formas das penas, das proibições e dos julgamentos, senão vejamos: i) se e por que punir; ii) se e por que proibir; iii) se e por que julgar; iv) quando e como punir; v) quando e como proibir; vi) quando e como julgar⁴³.

2.15 Modelos de justiça e modelos de legalidade

Neste tópico Ferrajoli explica o que significariam os modelos de justiça e de legalidade, consistindo o primeiro naquele em que se respondem questões ligadas à legitimação externa do sistema⁴⁴. As respostas às questões inerentes à legitimação interna consistem, em verdade, no denominado modelo de legalidade⁴⁵.

A importância deste estudo está no fato de que fornece,

nos planos metaético e metapolítico, os critérios de avaliação dos sistemas penais positivos ou das suas normas e institutos”, permitindo “a identificação das diversas culturas jurídicas e políticas que estão por detrás deles, e que, frequentemente, influenciaram de forma direta a sua produção⁴⁶.

3. Consumo de drogas no Brasil, o princípio da insignificância em matéria penal e o posicionamento do STJ à luz dos fundamentos garantistas propostos por Ferrajoli

3.1 Consumo de drogas no Brasil

O aumento da circulação, da compra e da venda de substâncias entorpecentes tem causado preocupação no mundo e em especial na sociedade brasileira. Entre as inúmeras substâncias existentes no “mercado da droga”, três ganharam destaque nas mais diversas esferas – como a midiática, a científica, a jurídica, a psiquiátrica – quais sejam: crack, cocaína e maconha.

O aumento da circulação das referidas drogas no país ganhou tal dimensão que o número de pessoas internadas no Sistema Único de Saúde por uso de substâncias entorpecentes já é igual ao de alcoólatras⁴⁷. O Levantamento Nacional de Alcool e Drogas (Lenad) feito por uma unidade de pesquisa pertencente à Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) divulgado em 2012 mostra que o Brasil possui 2,6 milhões de usuários de crack e cocaína, sendo metade deles dependente (1,3 milhão de pessoas)⁴⁸.

Ademais, a mesma unidade de pesquisa, também no ano de 2012, divulgou que cerca de 1,5 milhão de pessoas consomem maconha diariamente no Brasil.

Outro dado significativo diz respeito à quantidade de droga apreendida no Brasil⁴⁹. Estatísticas apontam que só no ano de 2013 foram apreendidas 220 toneladas de maconha em todo o território nacional⁵⁰.

3.2 O princípio da insignificância em matéria penal e o posicionamento do STJ

A participação do Poder Judiciário é relevante quanto ao tema, em especial quando o Ministério Público se mostra avesso à aplicação do princípio da insignificância.

Em diversas espécies de crimes – como, por exemplo, alguns crimes ambientais⁵¹, furto⁵², descaminho⁵³ – tal princípio é frequentemente utilizado. Daí surge a questão central do presente trabalho, que se resume em duas perguntas: i) qual o entendimento do STJ em relação à (não) incidência do princípio da insignificância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06? ii) o posicionamento do STJ estaria adequado à luz da perspectiva de Ferrajoli?

Para elucidar o debate, diante da imensidão de precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam do tema da insignificância, escolheu-se como paradigma o Recurso em Habeas Corpus 35.920-DF⁵⁴.

Tratou-se de recurso em habeas corpus no qual o recorrente, condenado pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06⁵⁵ – por trazer consigo quatro porções de cocaína, com peso líquido de 0,46 gramas –, teria alegado a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a conduta a ele imputada seria materialmente atípica, pela aplicação do princípio da insignificância.

O recorrente fundamentou sua pretensão nos seguintes requisitos: i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O voto condutor, da lavra do ministro relator, meu estimado professor Rogerio Schietti, acompanhado pela turma à unanimidade, negou provimento ao recurso interposto, resumidamente, com base na seguinte fundamentação: i) independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não seria possível aplicar o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio, sob pena de se ter a própria revogação, *contra legem*, da norma penal incriminadora; ii) o objeto jurídico tutelado pela norma do art. 28 da Lei 11.343/06 seria a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atingiria não somente a esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes; iii) a realização da conduta proibida na norma seria suficiente para a caracterização do delito em comento, isso porque, ao adquirir droga para consumo, o usuário realimentaria o comércio de drogas, o que colocaria em risco a saúde pública, fator supostamente decisivo na difusão dos tóxicos; iv) a reduzida quantidade de droga integraria a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Seguindo os argumentos teóricos anteriormente apresentados, temos que o primeiro fundamento adota a linha de raciocínio iluminista da separação entre direito e moral ou qualquer outra esfera da vida humana (política, econômica, etc.), privilegiando a vontade do legislador, responsável por produzir o art. 28 da Lei 11.343/06. Entretanto, o direcionamento de tal fundamento – ao afirmar que, caso se aceitasse o princípio da insignificância estaríamos diante da “revogação *contra legem*” do referido artigo – encontra óbice de ordem técnica, a saber: a aplicação do princípio da insignificância, conforme amplamente aceito pela jurisprudência⁵⁶ e pela doutrina pátria, consiste em causa supralegal de exclusão de tipicidade do fato em análise, em nada se comunicando com o controle de constitucionalidade da norma incriminadora. Em outras palavras, a aplicação do princípio da insignificância repercute na esfera fática da lide e não na esfera legislativa da norma.

Já o segundo argumento apresenta incoerência filosófica do discurso, uma vez que utiliza fundamentação eminentemente política para a

não utilização do princípio da insignificância no caso dos autos, misturando direito e demais esferas da vida humana. Analisando-o isoladamente é possível constatar, inclusive, incoerência aritmética neste tópico haja vista que a quantidade apreendida com o réu – repita-se, 0,46 gramas de cocaína – não é capaz de causar dano a toda uma coletividade, refletindo, na verdade, em montante estritamente ligado ao seu consumo pessoal.

O terceiro fundamento, também misturando direito e política, incorre em contradição com os fundamentos garantistas sob a perspectiva de Ferrajoli uma vez que responsabiliza o adquirente de 0,46 gramas de cocaína por supostamente “realimentar” a complexa cadeia produtiva de entorpecentes espalhada não só no lugar de origem do processo – Distrito Federal – como também por todo o território nacional. Como se não bastasse, no argumento em tela o julgador parte de sua convicção eminentemente pessoal – desprovida de qualquer citação a dados concretos dos autos, juntamente com a personalidade do agente etc. – para concluir que a saúde pública – fundamento de ordem política – estaria comprometida.

O quarto fundamento, na mesma perspectiva do primeiro, coloca mais uma vez a literalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 como obstáculo à aplicação do princípio da insignificância no caso. No entanto, a conclusão a que chegou a turma encontra-se equivocada pois não há nenhuma razão para citar o art. 33 do mesmo diploma – o qual disciplina o tráfico de entorpecente – como medida “alternativa” à aplicação aqui adotada, como se o princípio da insignificância não fosse uma causa supralegal de exclusão da tipicidade, desconsiderando, ainda, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de incidência do referido princípio.

A aplicação do princípio da insignificância repercute na esfera fática da lide e não na esfera legislativa da norma

4. Conclusão

Empreendida em breve síntese a análise dos fundamentos do garantismo penal em Ferrajoli, o atual panorama do consumo de drogas no Brasil, o princípio da insignificância em matéria penal e importante precedente do STJ, alcançamos as seguintes conclusões.

A base teórica adotada por Ferrajoli que o permitiu alcançar o garantismo penal, em especial ao questionar a separação (ou não) entre o direito e a moral e a consequência de tal escolha para determinado sistema jurídico, afigura-se essencial para a leitura e adoção pelo sistema penal brasileiro.

Atentando-se para o panorama preocupante do consumo de drogas no Brasil, justifica-se a aplicação do princípio da insignificância no tocante ao crime de consumo de entorpecente.

A respeitável decisão do STJ aqui abordada confunde direito e moral – e o cunho político adrede – com o intuito de legitimar, justamente, a não incidência do princípio da insignificância na espécie. Nota-se que o julgado se filiou à corrente substancialista do direito penal, valendo relembrar o temor de Ferrajoli sobre referida doutrina, uma vez que,

quanto mais ilimitado for o Poder Legislativo e mais desvinculada a predeterminação legal dos tipos abstratos de delitos – tendo por base as normas que regulam a validade – das condições de legitimidade, não apenas formais e relativas às fontes ou aos procedimentos, mas também substanciais ou de conteúdo, mais a determinação judiciária daquilo que, em concreto, constitua delito recairá sobre critérios arbitrários de tipo substancialistas ou, de qualquer forma, não jurídicos⁵⁷.

Notas

1. Bruno Espiñeira Lemos. Procurador do Estado da Bahia Advogado. Professor de Direito Penal do Uniceub. Ex-Procurador Federal. Mestre em Direito Público (UFBA). Pós-graduado (Especialista) em Direito Penal e Direito Processual Penal (IDP). Ex-membro da Comissão de Ciências Criminais e Segurança Pública da

OAB/DF. Ex-membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB. Membro efetivo do IADEF.

2. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1a. ed. Italiana, Noberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 195.
3. Idem.
4. Idem.
5. Idem, p. 196.
6. Idem.
7. Idem.
8. Ibidem, p. 198.
9. Ibidem.
10. Ibidem.
11. Ibidem.
12. Ibidem, p. 199.
13. Ibidem.
14. Ibidem.
15. Ibidem, p. 200.
16. Ibidem.
17. Ibidem, p. 200.
18. Ibidem, p. 201.
19. Ibidem.
20. Ibidem, p. 202.
21. Ibidem.
22. Ibidem, p. 204.
23. Ibidem, p. 204.
24. Ibidem, p. 205.
25. Ibidem, p. 206.
26. Ibidem, p. 207.
27. Ibidem.
28. Ibidem, p. 208.
29. Ibidem.
30. Ibidem, p. 208.
31. Ibidem, p. 209.
32. Ibidem.
33. Ibidem, p. 210.
34. Ibidem, p. 211.
35. Ibidem.
36. Ibidem, p. 212.
37. Ibidem, p. 213.
38. Ibidem, p. 214.
39. Ibidem, p. 215.
40. Ibidem, p. 216.

41. Ibidem.
42. Ibidem, p. 217.
43. Ibidem, p. 217.
44. Ibidem, p. 220.
45. Ibidem.
46. Ibidem, p. 221.
47. RODRIGUES, Fernando. “Número de internados por uso de drogas já é igual ao de alcoólatras”. Disponível em:< <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/03/06/internados-por-uso-de-drogas-ja-e-igual-ao-de-alcoolatras/>>. Acesso em 18. Ago. 2014.
48. ARANDA, Fernanda. Site Último Segundo. “País tem 2,6 milhões de usuários de crack e cocaína”. Disponível em:< <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-09-05/brasil-e-o-maior-mercado-consumidor-de-crack-do-mundo-aponta-estudo.html>>. Acesso em 18. Ago.2014.
49. Site Último Segundo. “Cerca de 1,5 milhão de pessoas consomem maconha diariamente, aponta estudo”. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-08-01/segundo-estudo-15-milhao-de-pessoas-consoem-maconha-diariamente-no-brasil.html>. Acesso em: 18. Ago.2014.
50. RODRIGUES, Fernando. “Número de internados por uso de drogas já é igual ao de alcoólatras”. Disponível em:< <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/03/06/internados-por-uso-de-drogas-ja-e-igual-ao-de-alcoolatras/>>. Acesso em 18. Ago. 2014.
51. BRASIL. STJ. HC 128.566/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011. Disponível em <: www.stj.jus.br>. Acesso em 12.outubro.2012.
52. BRASIL. STJ. HC 169.029-RS. Rel. originário Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2012. Disponível em<: www.stj.jus.br. Acesso em 18.ago.2014.
53. BRASIL. STJ. HC 162.578/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011. Disponível em <: www.stj.jus.br>. Acesso em 18. ago.2014.
54. DJe 29.5.2014.
55. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e

pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

56. “*Habeas corpus*. Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional equiparado a furto. *Res furtiva*: memory card avaliado em R\$ 15,00, restituído à vítima. Princípio da insignificância. Aplicabilidade mesmo ante o cometimento do fato por menores. Precedentes do STJ. Parecer ministerial pela concessão do *writ*. Ordem concedida, para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a representação penal. 1. A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor. Precedentes. 2. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa suprallegal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 3. No caso em apreço, além de o bem subtraído ter sido recuperado, o montante que representava não afetaria de forma expressiva o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância. 4. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a representação penal em curso em razão dos fatos ora especificados” (STJ HC 163.349/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010).
57. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal; prefácio da 1a. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 202.

Referências

- ARANDA, Fernanda. Site último segundo. “País tem 2,6 milhões de usuários de crack e cocaína”. Disponível em: < <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-09-05/brasil-e-o-maior-mercado-consumidor-de-crack-do-mundo-aponta-estudo.html>>. Acesso em 18. Ago.2014.
- BRASIL. STJ. HC 163.349/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quinta turma, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010.
- BRASIL. STJ. HC 128.566/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011. Disponível em <: www.stj.jus.br>. Acesso em 12.outubro.2012.
- BRASIL. STJ. HC 169.029-RS. Rel. originário Ministro Sebastião Reis Junior, sexta turma, Rel. para acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2012. Disponível em<: www.stj.jus.br. Acesso em 18.ago.2014.
- BRASIL. STJ. HC 162.578/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011. Disponível em <: www.stj.jus.br>. Acesso em 18. ago. 2014.
- BRASIL. STJ. RHC 35.920/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014. Disponível em <: www.stj.jus.br>. Acesso em 18. ago.2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal; prefácio da 1a. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221.
- RODRIGUES, Fernando. “Número de internados por uso de drogas já é igual ao de alcóolotras”. Disponível em:< <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/03/06/internados-por-uso-de-drogas-ja-e-igual-ao-de-alcoolotras/>>. Acesso em 18. ago. 2014.
- SITE ÚLTIMO SEGUNDO. “Cerca de 1,5 milhão de pessoas consomem maconha diariamente, aponta estudo”. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-08-01/segundo-estudo-15-milhao-de-pessoas-consomem-maconha-diariamente-no-brasil.html>. Acesso em: 18. ago. 2014.

Competição global: o sistema brasileiro de defesa da concorrência e os atos de fusão, incorporação e cisão à luz da lei brasileira

Luiz Guerra¹

Ph.D em direito pela UMSA

Resumo: Trata-se de artigo científico, específico no direito econômico e concorrencial brasileiro, através do qual se analisará o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) à luz da Lei Antitruste – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, com apreciação dos atos de concentração (fusão, incorporação, cisão e aquisição de ativos) de sociedades empresárias no Brasil.

1. Introdução

ESTE TRABALHO INDICARÁ, PONTUALMENTE, como se dão, como se desenvolvem e como se aprovam ou se rejeitam os atos de concentração econômica, no Brasil, através do processamento dos atos de fusão, incorporação, cisão e compra e venda de ativos perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) à luz da Lei Antitruste brasileira em momentos de competição global e mundialização de mercados.

O artigo procurará seguir uma lógica estrutural visando facilitar a compreensão da Lei Antitruste nacional e dos seus desdobramentos no caso específico ou pontual de ocorrência de ato de concentração econômica de mercado.

2. O sistema brasileiro de defesa da concorrência

No Brasil, os atos de fusão, incorporação e cisão de sociedades empresárias e compra e venda de ativos empresariais são regulados pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com aplicação subsidiária do Código Civil. Esta lei também é conhecida e denominada de Lei Antitruste.

A referida lei dispõe sobre a análise dos atos de concentração de mercado, a exemplo de fusão, incorporação e cisão de empresas, além de tratar da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica.

A finalidade da Lei 12.529/11 foi estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também prevenir e combater as infrações contra a ordem econômica. O SBDC orienta-se pelos ditames da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esses ditames são princípios constitucionais e estão insculpidos no título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (artigo 170 – *caput* e incisos I, IV, V e VIII), na Constituição Federal de 1988. Esses princípios orientadores regem, de modo geral, o exercício da atividade econômica no Brasil e devem ser respeitados, sob pena do infrator sofrer sanções de natureza administrativa, civil e/ou penal.

A lei orientadora do SBDC, conforme estabelece o seu artigo 2º, aplica-se, *sem prejuízo de convenções e tratados de que o Brasil seja signatário, às práticas ou atos cometidos no todo ou em parte no território brasileiro ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*

Para os efeitos da Lei 12.529/11, considera-se domiciliada no território nacional a sociedade empresária estrangeira que opere, desenvolva atividade ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante legal.

Em complemento ao princípio da territorialidade, indica a Lei 12.529/11 que a sociedade estrangeira que praticar ato no Brasil ou que no Brasil possa produzir efeitos será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos na legislação brasileira, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante legal ou pessoa responsável por sua filial, agência,

sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no país. Nessa linha de orientação, a legislação brasileira evita a notificação ou a intimação no exterior, no país de origem da sociedade empresária estrangeira, via carta rogatória, imprimindo-se, dessa forma, celeridade no processamento dos atos de concentração de mercado e atos infracionais, se ou quando for o caso.

O SBDC é formado por duas entidades distintas, a saber:

a) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – que na estrutura da Administração Pública Federal tem natureza jurídica de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça – constituindo-se, na atualidade, de verdadeiro tribunal administrativo; e

b) a Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é constituído pelos seguintes Órgãos:

a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

b) Superintendência-Geral; e

c) Departamento de Estudos Econômicos.

Compete ao Tribunal Pleno do Cade, entre outras atribuições:

I – zelar pela observância da Lei 12.529/11, do seu Regulamento e Regimento Interno;

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na Lei 12.529/11;

III – apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;

IV – apreciar os processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma da Lei 12.529/2011, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; e

V – decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

Em complementação às funções estabelecidas para o SBDC, a Secretaria de Acompanhamento Econômico tem competência para promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes atribuições:

I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes

econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II – elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; e

III – manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos.

Ademais, vale ressaltar que a Lei 12.529/11, no seu artigo 48, regula procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, a saber:

I – procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II – inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III – processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

IV – processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;

V – procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e

VI – processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Por fim, cabe dizer que, no Brasil, o Ministério Público Federal também tem atuação perante o Cade, com atribuição pontual de emissão de pareceres nos processos administrativos de atos de concentração econômica e imposição de sanções por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do conselheiro-relator, sem prejuízo da instauração de inquérito policial e patrocínio de ação penal.

3. Ato de concentração econômica de mercado no Brasil

O processo administrativo no Controle de Atos de Concentração Econômica se dá mediante a comunicação e a protocolização do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, formulado pelas partes interessadas, como prevê o artigo 53 da Lei 12.529/11.

A comunicação e o pedido de aprovação do ato de concentração econômica deverão indicar cumulativamente as hipóteses contempladas nos incisos I e II do artigo 88 da Lei 12.529/11, a saber:

I – que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – que pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Note-se que há necessidade de cumulação das hipóteses indicadas nos incisos I e II do artigo 88 da Lei Antitruste. A não ocorrência de cumulatividade não caracterizará ato de concentração de mercado, sendo certo que, neste caso, o ato, embora aparentemente concentracionista, não deverá ser apreciado pelo Cade e, assim, não estará sujeito aos efeitos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Esclareça-se que o controle dos atos de concentração de que trata o artigo 88 da Lei Antitruste será prévio e realizado em, no máximo, 240 dias, a contar do protocolo da petição de comunicação no Cade.

Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas na Lei 12.529/11, entre elas a declaração de nulidade automática do ato, sem prejuízo do pagamento da multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), além de instauração de procedimento administrativo e penal.

Regra geral, são e serão proibidos pelo Cade os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de

mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Dentro desse contexto, se caracterizado o ato de concentração, com eliminação da concorrência ou parte substancial de mercado relevante, é fato que o Cade jamais autorizará ou aprovará o ato concentracionista, situação que impedirá a realização dos atos de fusão, incorporação ou cisão entre as sociedades empresárias interessadas.

Todavia, inteligentemente os incisos I e II do § 6º do artigo 88 da Lei 12.529/11 contemplam as alternativas ou *válvulas de escape* para a aprovação do ato, ainda que concentracionista de mercado, quando:

I – cumulada ou alternativamente o ato:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração.

Embora concentracionista, a lei criou modulações para a aprovação do ato. Assim, ainda que a operação a se realizar apresente-se com a mácula de concentração de mercado, é certo que, se viável a ocorrência das hipóteses contempladas nos I e II do § 6º do artigo 88, o ato será aprovado pelo Cade.

O tema da concentração de mercados e análise pelo Cade é bastante polêmico no Brasil. Até que ponto deve o Cade reprovar ou rejeitar o ato concentracionista de mercado, interferindo diretamente no mercado e na concorrência? Os atos de fusão, incorporação ou cisão que se subsumam às hipóteses contempladas nos incisos I e II do *caput* do artigo 88, quando protocolizados no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, são objeto dos noticiários nacionais e assim instauram-se verdadeiros debates acerca da aprovação ou rejeição do ato pelo Cade.

Em tempos atuais, de globalização, o Cade vem aprovando os atos, ainda que concentracionistas, porém mediante ressalvas, com determinação de cumprimento de obrigações, tudo de modo a resguardar os interesses dos consumidores ou mesmo da concorrência no mercado global.

A potencial ocorrência de concentração de mercado, por si só, segundo a própria Lei 12.529/11, não deve ser negada pelo Cade. Via de regra, com a análise do caso específico à luz da Lei Antitruste, o Cade em respeito à competição global pode e deve aprovar o ato mediante condições ou ressalvas com o intuito de fortalecer a economia brasileira e preparar o terreno para as empresas, para os empreendedores, diante da acirrada competição estabelecida nos mercados nacional e internacional.

Como se sabe, a operação para ser definitivamente efetivada deverá ser submetida ao SBDC, estando a decisão final nas mãos do Cade, que analisará técnica e economicamente os atos de fusão, incorporação ou de cisão e os seus efeitos, para concluir pela ocorrência ou não de concentração de mercado.

Como visto, o Cade pode ou não aprovar o ato de concentração de mercado. Se aprovar, o ato realizado entre as empresas será homologado, com ou sem ressalvas. No entanto, se reprovar o ato de fusão, incorporação, cisão ou mesmo de compra e venda de ativos, ocorrerá o desfazimento do negócio jurídico entabulado entre as partes empreendedoras, como ocorreu no célebre caso de fusão entre as empresas Chocolates Garoto X Nestlé.

A decisão do Cade, embora denegatória da fusão, acabou sendo contestada pelas empresas fusionadas e submetida ao Poder Judiciário, o que levou à nulidade e cassação da decisão, com a consagração da fusão entre a Chocolates Garoto e a Nestlé. O episódio, de noticiário internacional, acabou por promover, ao tempo da vigência da lei anterior (Lei 8.884/94 – revogada pela Lei 12.529/11), o enfraquecimento técnico e político do Cade, situação que possibilitou o surgimento do novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência através da atual regra, a Lei 12.529/11.

Há, naturalmente, um confronto de ideias entre a regra geral e a regra especial. A regra geral orienta-se no sentido de que o ato de fusão, incorporação, cisão ou venda de ativos não pode gerar concentração econômica no mercado brasileiro. O ato não pode prejudicar a concorrência no mercado nacional. Já a regra especial indica que, ainda que concentracio-

São e serão proibidos pelo Cade os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante

nista o ato, a operação poderá ser aprovada desde que, de forma *cumulada ou alternativamente*, o ato aumente a produtividade ou a competitividade, melhore a qualidade dos bens ou dos serviços, ou propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou, ainda, sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração.

A concentração econômica não é um fim em si mesma. Em cada caso concreto, há que se comparar, de forma cruzada, os indicadores econômicos. Mesmo que concentracionista, é absolutamente possível, do ponto de vista técnico e legal, que se aprove o ato, *desde que a operação realizada entre as empresas demonstre a ocorrência de eficiência econômica e do bem-estar comum, sem prejuízo ao consumidor ou usuário final dos bens ou dos serviços*. Excepcionalmente, o ato, ainda que implique concentração econômica de mercado, poderá ser aprovado pelo Cade, com ou sem pre-estabelecimento de condições ou ressalvas, como ocorreu como os precedentes casos Colgate-Palmolive e Ambev.

Impende frisar que a aprovação da operação mediante condições é a saída que a Lei Antitruste criou para operações essenciais ao desenvolvimento da economia nacional; é a *válvula de escape* criada pelo legislador para permitir a flexibilização da aplicação da lei no caso concreto, levando-se em conta as peculiaridades dos agentes econômicos nos mercados nacional e internacional. Nessas hipóteses, tem-se claramente que a decisão do Cade, embora técnica do ponto de vista econômico-mercadológico, tem conotação política, de prestígio ao crescimento da economia nacional, viabilizando maior competitividade dos agentes econômicos nos mercados interno e internacional.

Em tempos de globalização econômica e mundialização de mercados, atos que impliquem concentração no mercado interno não necessariamente devem ou deverão ser vetados pelo Cade, se os atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos visarem essencialmente o mercado externo, a concorrência internacional.

Os conceitos de mercado de bairro, cidade, estado e federação foram ampliados a partir do comércio transfronteiriço, do incremento do comércio internacional, no início deste século. Hoje, o conceito de mercado relevante, com a presunção de participação em percentual de *market share*, no segmento de atuação de determinado agente econômico, é pura

presunção de ocorrência de dominação de mercado, porque a análise técnica de relevância de mercado não se traduz mais à luz do mercado nacional, mas sim do mercado internacional.

Se a avaliação do ato for realizada com base no mercado internacional, levando-se em conta os concorrentes externos, tudo indica que o Cade aprovará, ainda que com ressalvas, atos concentracionistas, desde que não haja prejuízo ao consumidor. É comum pensar que estrategicamente a operação realizada entre empresas visa essencialmente o fortalecimento ou a consolidação de posição ou mesmo o reposicionamento dos agentes econômicos envolvidos no mercado nacional, como também melhor eficiência e competitividade no mercado internacional. Muitas vezes, é fato, as operações ou atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos são realizados com foco no mercado internacional, embora tenham significativos efeitos no mercado nacional.

A aprovação do ato de incorporação sob o fundamento de fortalecimento da economia nacional é razoável. Com efeito, sabe-se que é desejável fortalecer os agentes econômicos nacionais para que possam disputar mercados no exterior, neste momento de acirrada competitividade.

É hora de olharmos para a competição no horizonte do mercado além-fronteiras! O que orienta o mercado é a competição internacional. Nesse cenário, se o empresário ou a sociedade empresária não tiver condições de disputar os mercados nacional e internacional significa dizer que, a curto prazo, estarão fadados a deixar o mercado, quer por inviabilidade econômica na exploração da empresa, quer por venda de seus ativos ou por incorporação de suas atividades por terceiros, no caso competidores internacionais.

A economia mundial, no fim do século passado e no início deste, tem revelado transformações nas relações jurídico-empresariais, com o surgimento de questões das mais variadas ordens, especialmente nos campos do direito econômico, financeiro, monetário, comercial, societário e tributário.

Os últimos tempos têm indicado a ocorrência de agrupamentos econômicos, nas modalidades de *joint ventures*, com operações de associação, parceria ou consórcio empresarial, além de fusão, incorporação e cisão de empresas e compra e venda de ativos². Tal fenômeno está acontecendo

em todos os continentes, com maior ou menor relevo, decerto fruto da globalização econômica, mundialização de mercados ou mesmo internacionalização das economias, mormente com a atuação das companhias transnacionais, cuja origem ou nacionalidade do capital investido tornou-se transfronteiriço, com dificuldade na sua identificação³.

Assistimos ao agrupamento de empresas, nos variados segmentos da economia. No Brasil, o modelo de privatização levado a efeito pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, posteriormente acompanhado pelos presidentes Lula e Dilma, comprova tal comportamento, posto que várias companhias nacionais e estrangeiras, de origem espanhola, portuguesa, inglesa, holandesa, italiana, francesa, canadense, norte-americana e outras, concorreram nos leilões do aço, estradas de ferro, telecomunicações, petróleo, portos e aeroportos etc. através da formação de consórcios empresariais, com a constituição de *joint ventures*, e estão, hoje, funcionando no Brasil e no exterior.

Podemos citar inúmeros exemplos ocorridos na economia mundial. Um dos mais recentes, na indústria petrolífera, foi o caso *Exxon X Mobil*⁴, nos Estados Unidos, com a concentração no segmento do petróleo. A propósito, a onda de alianças internacionais cada dia ganha mais fôlego, com acirrada competitividade entre empresas.

Outras fusões ocorreram no campo do petróleo, a exemplo da aquisição da francesa *Elf Aquitaine* pela franco-belga *TotalFina*, com oferta de mais de US\$ 43 bilhões. Com a fusão, a *TotalFina* passou, no *ranking* mundial, à quarta maior companhia de petróleo⁵.

O Brasil, na condição de sexta economia mundial, é, sem dúvida, a principal potência econômica da América do Sul e, assim, para manter-se líder no Mercado do Cone do Sul (Mercosul) deverá, cada vez mais, fortalecer-se no processo global. Sabe-se que na disputa por mercados, no comércio internacional, não se admite manter-se *deitado em berço esplêndido*⁶; daí por que se invocam os versos cantados pelo saudoso poeta Cazuzu: *Brasil, mostra tua cara!*

É necessário que a economia brasileira responda ativamente aos fenômenos da globalização, permitindo, desde que não ocorra violação aos princípios fundamentais e norteadores da ordem econômica, que as empresas nacionais transformem-se em multinacionais e transnacionais,

competindo, assim, com os seus concorrentes no território nacional e além-fronteiras, de modo a garantir a soberania nacional (economia forte) e viabilizar o pleno emprego (exercício da cidadania, diminuição das diferenças sociais, do analfabetismo, da miséria etc.) e a defesa do consumidor, com melhores condições de consumo (maior qualidade e menor custo e preço)⁷.

Esse é o sistema concorrencial brasileiro que, obrigatoriamente, deve atuar sob a inspiração dos *princípios constitucionais da soberania nacional, do pleno emprego, da defesa do consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência*, indicados no título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (artigo 170 – *caput* e incisos I, IV, V e VIII), na Constituição Federal de 1988.

O mercado brasileiro, historicamente fechado até a abertura da economia e realização das privatizações, vem recebendo aportes de recursos estrangeiros cada vez maiores. Basta verificarmos o volume de dinheiro nacionalizado com as privatizações, bem assim as aquisições de algumas instituições financeiras brasileiras por banqueiros estrangeiros (não estamos discutindo a qualidade da gestão/administração dos recursos pelo Governo Federal, nem a política de recuperação dos bancos insolventes através do criticado Sistema Proer).

Passadas as crises cambial e política e superadas as incertezas na economia nacional, o que se deu com a manutenção do regime de metas de inflação, de flutuação do câmbio, de controle da taxa de juros e do consumo, inclusive com políticas que visam a redução ou desoneração de encargos sobre a produção, embora ainda tímidas, foi que o chamado risco-Brasil caiu consideravelmente, batendo seguidos recordes de declínio, igualando-se aos índices de países emergentes de economia de primeiro mundo.

Esse cenário chamou a atenção dos investidores internacionais e o empresariado brasileiro a partir daí tem sinalizado com postura de credibilidade à política econômica levada a efeito pelos governos Lula e Dilma, embora a economia nacional não tenha crescido nos últimos anos.

Veja por outra somos surpreendidos com boas notícias no mundo empresarial nacional, com atos de fusões ou de aquisições de empresas, com o aumento dos investimentos e a chegada de novos investidores interna-

cionais. Esse clima de oportunidades e de investimentos têm fortalecido a economia brasileira, daí o seu crescimento e salto para a posição de sexto lugar no *ranking* mundial.

É por isso que, no passado recente, ao som de estardalhaços, defendemos a fusão entre as Cervejarias Brahma e Antarctica – a parceria que deu certo entre a Número 1 e a Paixão Nacional, que criou a Ambev, atualmente a maior cervejaria do mundo!

À época, a então surpresa de fusão das cervejarias residia nos seguintes aspectos: a) as empresas eram sólidas; b) as empresas eram concorrentes diretas; c) tratava-se do primeiro caso de megafusão de empresas brasileiras; d) o momento econômico era de incerteza em razão da então recente crise cambial (mudança na política de câmbio ocorrida em janeiro de 1999), em que se anunciou o futuro com grandes dificuldades; e) não vazamento de informações acerca das tratativas da fusão, situação incomum no mercado.

A referida fusão, em primeira análise, revelava-se curiosa, porque, historicamente, no direito comercial, os atos de incorporação, cisão e fusão de empresas ocorriam quando uma das sociedades apresentava-se com dificuldades econômicas decorrentes de gestão empresarial deficitária, custos elevados e margens de lucratividade defasadas, recessão e ausência de mercado consumidor, escassez de matéria-prima etc. Sucede que naquele caso, em particular, nenhum dos fatores aqui indicados ocorreu.

Ao revés, as empresas estavam bem posicionadas no mercado nacional, no segmento de cervejas e refrigerantes, com elevado *market share*⁸ e ótima estabilidade econômico-financeira. No entanto, associaram-se sob o pálio da nova ordem econômica mundial, qual seja: a globalização econômica e a competitividade internacional.

A justificativa para a formação da megafusão era a necessidade urgente de formação de forças e de alianças entre a Brahma e a Antarctica, ainda que anteriormente concorrentes diretas, para alcançar e atingir o mercado internacional, no segmento de cervejas e refrigerantes. A ordem do dia, na economia mundial, era e ainda é: *crescer ou desaparecer!*

A globalização ou mundialização, se por um lado é boa, posto que *rompe com as fronteiras*, de outro é perversa, porque para permanecer no mercado é indispensável ser competitivo. A competição permeia os con-

ceitos de produtividade, qualidade e custos, daí a explicação para as fusões empresariais surgidas na virada do milênio e início deste século, cujo processo socioeconômico de preparação para o terceiro milênio inadmite reversibilidade.

A realidade da megafusão entre a Brahma e a Antarctica foi a criação da *holding Ambev – American Beverage Company*⁹, que nasceu como a terceira maior cervejaria do mundo e, agora, com pouco tempo de vida, ainda na fase infantil, já desponta como sendo a maior cervejaria do mundo, com os pés em todos os continentes. Esse feito é motivo de orgulho e deve ser comemorado pelo empresariado brasileiro.

Em entrevista à imprensa, o presidente do conselho de administração da Ambev, Marcel Telles (ex-presidente da Brahma), à época, enfatizou: *Se as companhias brasileiras não ganharem robustez acabarão sendo compradas pelas concorrentes estrangeiras*¹⁰. É a pura realidade dos fatos econômicos (crescer ou desaparecer do mercado!).

Não podemos olvidar que os ramos do direito comercial e do direito econômico – que têm raízes no direito europeu, em especial no direito francês¹¹, com a formação das primeiras corporações de ofícios (início da atividade mercantil) – sempre sofreram e continuam sofrendo, ao longo dos séculos, forte influência da economia. A economia é quem sinaliza as novas relações jurídicas, enquanto que a ciência jurídica cuida do regimento das atividades empresariais.

A história do direito empresarial passa pelo surgimento das corporações (modo mais rudimentar de mercancia – atos de comércio) até o consórcio e a fusão de empresas (formação e concentração de grupos econômicos); daí por que Hamel e Lagarde afirmavam que o direito comercial é o *direito dos negócios (droit de affaires)*¹².

O surgimento de novas relações mercantis, a saber, o sistema de alienação fiduciária em garantia¹³, o sistema de *leasing*¹⁴, o sistema de *franchising*¹⁵, a concessão e a distribuição comercial¹⁶ e o sistema de *factoring*¹⁷, deram impulso à economia internacional, com a formação de parcerias, franquias, *joint ventures*, facilitando a transferência de capitais estrangeiros.

Os conceitos de mercancia e comerciante previstos no revogado art. 4º do Código Comercial Imperial (brasileiro) há muito não vigoram por

conta da teoria da empresa, do direito italiano. As relações jurídicas societárias, hoje, são celebradas visando a proteção do ente social denominado empresa, responsável pela geração de riquezas, empregos e impostos.

Há muito tem-se falado, sem maior preocupação, sobre a função social da empresa. Afora os comercialistas, aos poucos outras vozes foram surgindo em prol da ideia da socialização deste ente vivo e organizado chamado empresa.

Após a posição de vanguarda do direito alienígena, com destaque para as doutrinas italiana, francesa, alemã e norte-americana, o Brasil finalmente saiu das trevas rumo à luz das doutrinas dos países do primeiro mundo, no direito privado, buscando a sobrevivência dos agentes econômicos no contexto da globalização e internacionalização da economia.

Prova disso é que o Código Civil brasileiro, no livro II, título I, capítulo I, conceituou o empresário no art. 965, dizendo: *considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*¹⁸.

O direito comercial passa por momentos de grandes mutações e a cada dia incorpora a responsabilidade sobre o destino das nações. O direito mercantil, com o suporte do direito constitucional (aqui o intervencionismo estatal), abriu nova via de regramento com o surgimento do direito concorrencial ou econômico. Tal ramo de especialização disciplina e inibe atos caracterizadores de abuso de poder econômico e práticas ou condutas anticoncorrenciais.

O Brasil experimentou sua primeira legislação antitruste na Constituição Federal de 1946, no art. 148, que rezava: *A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.*

Somente em 10 de setembro de 1962, o legislador ordinário, regulamentando a repressão ao abuso do poder econômico, editou a Lei 4.137.

O incremento do direito econômico e concorrencial, com o advento da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, acabou por exigir a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia federal, com

atribuições de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica e zelar pelos princípios constitucionais inscritos na Ordem Econômica e Financeira (cf. art. 170, incisos I a IX, da CF/88 e art. 1º da Lei 8.884/94).

No aperfeiçoamento do setor, a Lei 12.529/11 revogou a Lei 8.884/94 e assim criou o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Com a vigente Lei Antitruste, todos os atos que impliquem concentração de empresas ou de mercado, obrigatoriamente, nos termos do seu art. 88, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Não se confunde administração com jurisdição: administrar é a utilização da lei, de ofício, pelo administrador; julgar é interpretar e aplicar a lei no caso concreto mediante provocação ao Poder Judiciário, representado pelo Juiz¹⁹.

O preceito contido na Lei Antitruste é o norte para a apreciação dos atos concentracionistas. De rigor, há que se mencionar que, em tese, os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

Como já mencionado, quando da apreciação, o Cade poderá aprovar ou rejeitar o ato ou operação se houver limitação à concorrência ou mesmo dominação ou concentração econômica de mercado. Não obstante, pode o Cade autorizar o ato desde que presentes os requisitos previstos nos incisos I e II do § 6º do artigo 88 da Lei 12.529/11.

O Cade, nos casos mais complexos submetidos à sua apreciação, vem posicionando-se favorável aos atos concentracionistas, como se deu com as fusões da Kolynos e Colgate-Palmolive, Brahma e Antarctica, Americanas e Blockbuster, Sadia e Só Frango, Sky e Direct TV, Wal-Mart e Bom Preço, Bradesco e Amex, Itaú e *BankBoston*.

O Cade, no entanto, em decisão inédita, não aprovou a incorporação da Chocolates Garoto pela Nestlé. Após dois anos da realização da fusão, com as operações então consolidadas, determinou o desfazimento do ato

Todos os atos que impliquem concentração de empresas ou de mercado, obrigatoriamente, nos termos do seu art. 88, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica

por concluir pela concentração no mercado de chocolates em barra, a granel e confeitos. A Nestlé questionou a decisão no Poder Judiciário e a fusão restou aprovada.

Essa é uma questão interessante: o Cade – que tem atribuição para a análise técnico-econômica da ocorrência ou não de concentração de mercado – pode ter a sua decisão revista e alterada pelo Poder Judiciário? Sim. O Cade poderá ter a sua decisão revista e modificada pelo Poder Judiciário. A justificativa é simples: a natureza da decisão do Cade é administrativa, a decisão é típico ato administrativo vinculado, sendo inviável a apreciação do mérito pelo Judiciário, salvo a ocorrência de ilegalidade.

A defesa da ordem econômica, hoje, não pode merecer interpretação meramente gramatical. De 1962 a 2014 é indubitável que experimentamos profundas alterações nas economias nacional e internacional. A velocidade dos tempos é tão grande que o passado recente parece ser secular ou milenar.

Claro que os efeitos do ato concentracionista, para o mercado brasileiro, podem implicar alguns perigos. Porém, olhando para o futuro (o presente já passou) as operações de fusão, incorporação, cisão ou mesmo a compra e venda de ativos empresariais apresentam-se mais que necessárias para a economia nacional, porquanto às vezes são e serão a única forma de viabilizar e inserir as empresas brasileiras na competição internacional, em segmentos estratégicos de mercado.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve e deverá continuar atento às evoluções e transformações do nosso tempo e do futuro (que já é quase presente), sempre olhando à frente. Exemplos de posturas de vanguarda foram as aprovações das operações Kolynos X Colgate e Brahma X Antarctica, que formaram impérios econômicos com capacidade de atuação nos mercados nacional, internacional e transnacional.

Naquelas oportunidades, o Cade, no uso das suas atribuições e zelando pela ordem econômica, aprovou as operações mediante condições, o que nos pareceu absolutamente correto.

4. Conclusão

Na atualidade, os atos de concentração devem ser analisados à luz dos mercados internacional e transnacional. Sabidamente, grande parte dos setores econômicos é concentrada em todo o mundo. A concentração não é aleatória; o fundamento é a competitividade internacional e transnacional (maior volume, melhor qualidade; menor custo, melhor preço final para o consumidor).

Com efeito, a concentração de mercado não necessariamente implica infração à ordem econômica. Cretella Júnior, comentando a Lei Antitruste brasileira (Lei 8.884/94), asseverou: “*Não constitui, entretanto, a aludida infração, o domínio de mercado que resulta de processo natural, ou de maior eficiência e preparo de agente econômico, superior a seus competidores.*”²⁰

O comentário aqui trazido coaduna-se inteiramente com a nossa posição. No mundo, os principais segmentos econômicos estão concentrados, por razão estratégica. Óbvio que a concentração resulta de processo natural ou de estratégia de mercado, cuja finalidade não é outra senão obter maior eficiência e preparo do agente econômico, de modo a superar seus competidores.

A concentração apresenta-se mais que razoável nos segmentos estratégicos da economia, a exemplo dos mercados petrolífero, petroquímico, energia, telecomunicações etc. A concentração apresenta-se, até certo ponto, como condição necessária e indispensável à competitividade, como forma de preservação da empresa e da atividade econômica.

Portanto, em tese, ainda que determinada operação implique concentração no mercado nacional, não temos receio de afirmar que o Cade poderá aprovar atos concentracionistas mediante condições ou ressalvas, realizando salvaguardas e determinando a realização e/ou a abstenção de algumas práticas potencialmente prejudiciais ao mercado brasileiro e aos consumidores, porém com olhares para a competição internacional e transnacional diante da realidade da mundialização de mercados.

Hoje, os atos de concentração, desde que devidamente monitorados pelo Cade, estão a merecer aprovação frente ao fenômeno da globalização e internacionalização da economia, que cada vez exigirá a formação de *joint ventures*, com parcerias, associações, consórcios e fusões de empre-

sas, com o fim de garantir a permanência dos agentes econômicos nos mercados nacional, internacional e transnacional (além-fronteiras).

O Brasil, reconhecidamente uma potência econômica, com enorme potencial de crescimento nas próximas décadas, deve e deverá manter-se atento à evolução dos mercados interno e externo, garantindo, assim, às empresas brasileiras o necessário acesso aos mercados internacional e transnacional através dos atos de fusão, incorporação, cisão ou compra e venda de ativos entre agentes econômicos.

Notas

1. Luiz Guerra. Ph.D em Direito pela UMSA. CEO do Guerra Advogados – Advocacia Empresarial. CEO do Guerra Business. Advogado. Parecerista. Consultor e Conselheiro Jurídico. Articulista. Doutrinador. Jurista. Palestrante. Conferencista. Professor de Direito Processual Civil e Comercial do Instituto Guerra. Professor de Direito Comercial & Empresarial do Instituto Guerra. Professor Convidado de Universidades e Institutos Culturais e Científicos nas Américas. Embaixador Cultural da Rede Internacional de Advocacia. Membro Benemérito do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Diretor do IASP. Diretor Jurídico do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (Cebramar). Presidente da Comissão de Direito Empresarial do IADF. Vice-Presidente da Comissão de Franquias do IAB.
2. *Joint venture* – parceria entre empresas nacionais, multinacionais ou transnacionais mediante associação, franquia empresarial, consórcio ou qualquer outra modalidade de colaboração. O art. 278 da Lei 6.404/1986 – Lei das Sociedades por Ações – prevê a possibilidade de comunhão de interesses ou participação conjunta em um mesmo empreendimento; transformação – alteração na estrutura societária, com a mudança do regime jurídico da empresa; incorporação – absorção de uma ou mais sociedades por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; fusão – união de duas ou mais sociedades para formar sociedade nova; cisão – transferência total ou parcial do patrimônio de uma sociedade para uma ou mais sociedades existentes ou que venham a ser constituídas em razão dessa transferência, deixando a sociedade cindida de existir no caso de transferência total do patrimônio ou continuando ela a existir com a redução do seu capital, proporcional à parcela transferida.
3. Economia sem fronteiras ou além-fronteiras.
4. O caso foi apreciado pelo governo americano em face da concentração no mercado de petróleo; a lei antitruste americana tem disciplinamento rígido de coibição de atos/práticas anticoncorrenciais. A operação foi aprovada.

5. O assunto foi veiculado no Jornal *O Globo*, no dia 6/7/1999.
6. Mercosul, Alca, Nafta e Comunidade Econômica Europeia (cf. Cimeira – União Europeia, Caribe e América Latina).
7. Princípios inseridos na Ordem Econômica e Financeira, na Constituição Federal de 1988.
8. Fatia de mercado alcançado por uma empresa, no segmento de atuação.
9. Ambev – sociedade empresária criada com a fusão de Brahma e Antarctica. A Ambev, por suas subsidiárias, sucursais, filiais e agências, atua no mercado internacional, sendo, atualmente, uma companhia transnacional.
10. Revista *Veja*, edição de 7.7.1999.
11. *Código de Napoleão*, de 1807.
12. Hamel e Lagarde. *Traité de Droit Commercial*. Paris, Dalloz. v. I, 1954, n. 6, citado por Fran Martins, in *Curso de Direito Comercial*, 22. edição, Forense, 1996, p. 17.
13. Alienação Fiduciária em Garantia – Decreto-Lei 911, de 1.10.1969, com suas respectivas alterações.
14. Lei 6.099/74 e Resolução BACEN 980/1984.
15. Lei 8.955, de 15.12.1994 – Cuida do sistema de franquia mercantil e requisitos da Circular de Oferta endereçada previamente ao candidato franqueado.
16. Lei 6.729, de 28.11.1979.
17. Circular BACEN 1.359/1988.
18. *Direito de empresa*, no Código Civil Brasileiro.
19. Cretella Júnior, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.
20. Idem.

**EM
DESTAQUE**



Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia

Eduardo Cambi¹

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Hwidger Lourenço Ferreira²

Procurador-Geral do Município de Centenário do Sul – PR

*“Não aceno bandeira, não colo adesivo
Não tenho partido, odeio político”*

Versos Sangrentos
Facção Central

1. Introdução

EMBORA O BRASIL VENHA EXPERIMENTANDO desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 um período de solidez democrática e certa estabilidade econômica, com a inserção nas últimas décadas de expressiva parcela da sociedade no mercado de trabalho e de consumo, é inegável que imensos contrastes e disparidades regionais persistem.

De um modo geral, a vida nas pequenas cidades segue o mesmo ritmo tranquilo e desesperançado, como revela a imensa quantidade de pessoas inscritas em programas sociais, como o bolsa-família do governo federal³, que se, por um lado, indica a realização de uma política pública necessária à inclusão social, por outro, revela a necessidade de proteção econômica de mais de 50 milhões de brasileiros.

Entretanto, deve-se perguntar se, apesar da democracia e da estabilidade econômica, é suficiente uma existência condicionada pelo mínimo existencial, ou, menos que isso, com renda limitada, consumo desequilibrado, endividamento e a permanente dependência do Estado.

Aceitar a realidade sem questioná-la ou buscar transformá-la seria cair em um *fatalismo caboclo*, uma versão endêmica do Jeca Tatu de Lobato, a levar uma existência modorrenta e alienada, apartados das grandes decisões políticas, que decidem os destinos do povo e cujo resultado é a limitação do exercício da cidadania.

Não se pode atribuir apenas ao cordial povo brasileiro⁴, ou ao *amarrelão*, como fazia a propaganda da época, a responsabilidade exclusiva pela omissão quase criminoso e voluntária das responsabilidades cidadãs. Tal situação foi cultivada na história, desde a Colônia até a República, e impede o desenvolvimento da cidadania e da própria democracia brasileira⁵.

Há um grande distanciamento entre o povo e a classe dirigente⁶. A democracia representativa está em crise no Brasil, pois, em especial o sistema majoritário e a pluralidade de partidos políticos não contribuem para aproximar o cidadão de seus representantes eleitos⁷.

A separação entre a elite dirigente e o cidadão comum conduz a uma longa, sólida e bem construída tendência de afastamento das decisões e debates políticos. O resultado disso é o afastamento do povo da discussão política, relegando-a a ser atividade de profissionais ou de pequenos grupos organizados, e não uma atividade cidadã que faz parte do cotidiano social.

O desinteresse generalizado pela política forma a imensa categoria de *analfabetos políticos*, descrita por Bertold Brecht, como uma das causas da corrupção e dos grandes problemas sociais⁸.

Tal percepção é confirmada pela Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira, realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)⁹. Essa pesquisa foi organizada pela Secretaria Nacional de Juventude, em parceria com a Unesco, e realizada em todo o território nacional. Contou com blocos temáticos referentes à saúde, à educação, ao trabalho, à cultura e ao lazer, à participação política e à violência, sendo representativa para o meio urbano e rural.

A pesquisa feita pelo IPEA apontou que pouco mais de 54% dos jovens entrevistados considera “muito significativa” a “*percepção do grau de importância da política*”.

Entretanto, quanto à participação política, a maioria dos entrevistados (38%) respondeu “*não gosto de política, não me envolvo*”.

Com efeito, embora a maioria dos jovens considere a política fundamental, apenas 9% deles participam ativamente da vida política do país.

Outra pesquisa, realizada pelo Movimento Paraná Sem Corrupção, em novembro de 2014, com 2.728 estudantes do ensino médio da rede pública paranaense, revela que 68,40% dos entrevistados com idade entre 16 e 18 anos não se interessaram em fazer o título de eleitor¹⁰. A pesquisa também mostrou que metade (49,90%) não sabia o que é a Constituição Federal, além de 86,55% nunca terem feito uso de algum portal de transparência e 81% deles jamais ter utilizado a Lei de Acesso à Informação.

De fato, é possível concluir que, em geral, os temas mais relevantes para o desenvolvimento social são discutidos apenas por uma ínfima minoria da população, que, ao final, dita os desígnios de uma *maioria silenciosa*¹¹.

Outra conclusão a que se pode chegar é a relação entre a ausência de participação política e a exclusão social. Quanto maior é a alienação política, mais frequentes são os atos de corrupção, o desrespeito aos direitos fundamentais e o aumento das desigualdades sociais. O cerne da desigualdade social é a *pobreza política* e, portanto, o combate à pobreza passa, em primeiro lugar, pela *reinvenção da cidadania do excluído*¹².

2. Os fascismos e a exclusão social

O *fascismo social*, conforme definição criada por Boaventura de Souza Santos, não é um regime político (como o dos anos 30 e 40 do século XX), mas um regime social e civilizacional, voltado à promoção do capitalismo.

Há três formas de *sociabilidade fascista*¹³: i) o *apartheid social*: marcada pela segregação social dos excluídos, por meio de uma cartografia urbana, dividida em zonas selvagens e civilizadas; o Estado age, nas zonas civilizadas, como promotor da democracia, ainda que muitas vezes

ineficaz ou não confiável; já nas zonas selvagens atua como predador, ainda que com aparente respeito ao direito; ii) a *usurpação de prerrogativas estatais* (de coerção e de regulação sociais) por poderosos atores paraestatais que neutralizam ou suplementam o controle social produzido pelo Estado; essa forma é marcada por duas vertentes principais: o *fascismo contratual* (que ocorre nas situações em que, devido à diferença do poder entre as partes do contrato, a mais vulnerabilizada, por não ter alternativas, se submete às condições impostas pela parte mais poderosa, com maior agravante nas hipóteses de privatização de serviços públicos) e o *territorial* (os atores sociais, com forte capital patrimonial, retiram do Estado o controle do território onde atuam ou o neutralizam, cooptando ou violentando instituições estatais e exercendo a regulação social sobre os habitantes sem a participação destes e contra os seus interesses); iii) a *manipulação discricionária da insegurança* de pessoas e grupos sociais vulnerabilizados, pela precariedade do trabalho, falta de estruturação do sistema público de saúde, pelas deficiências na educação pública, entre outros, o que produz elevado grau de ansiedade quanto ao presente e ao futuro.

Nesse contexto, três características servem para a identificação do fenômeno da exclusão social¹⁴: i) *segregação territorial*: bairros afastados, populares, sem infraestrutura e serviços do Estado; ii) a *opressão* por grupos políticos e econômicos, nas relações de trabalho, consumo ou da cooptação de poderes estatais por tais grupos, impossíveis de serem enfrentadas em face da disparidade de armas, com aceitação de condições contratuais adversas por ausência de outras opções; iii) a *manipulação da insegurança*, tornando o horizonte de expectativa pequeno e inseguro.

O diagnóstico de Boaventura Souza Santos, ao apontar causas da exclusão social, evidencia um distanciamento físico, econômico e social entre o povo e a classe dirigente. Além disso, releva que o conceito de exclusão social é amplo e atinge uma série de fragilidades não apenas econômicas, mas também de oportunidades de trabalho, culturais, educacionais e de saúde.

Como um fenômeno amplo, a exclusão social se caracteriza por diversos aspectos, que podem ser sintetizados¹⁵: a) *econômicos* – exclusão

marcada pela carência e pela privação de recursos, resultante da escassez econômica e que se manifesta pelas más condições de vida, baixos níveis de instrução e qualificação profissional, emprego precário e atividade da economia no domínio da economia informal; b) *sociais*: situa-se no domínio dos laços sociais e está ligado à privação, que, na maior parte das vezes, se manifesta com o isolamento, baixa autossuficiência e falta de autonomia pessoal; c) *culturais*: que se expressa em práticas como o racismo e a xenofobia, e atingem certas minorias étnico-culturais; d) *patológicos*: manifesta-se a nível psicológico ou mental, além de em comportamentos autodestrutivos, como os relacionados com a toxicod dependência, o alcoolismo, a prostituição, entre outros.

Com efeito, exclusão significa alijamento, intencional ou não, de algo, deixar de fazer parte de um todo, de um grupo.

Entretanto, não se pode esquecer que a pobreza não está ligada apenas às questões econômicas, mas também às políticas. Não obstante a necessidade de profundas reformas no sistema político, a descrença generalizada na política contribui para o enfraquecimento da participação social e prejudica o desenvolvimento democrático. A produção cultural brasileira revela o descontentamento com a representação política.

Contudo, a desesperança na política, disseminada culturalmente, não pode conduzir à exclusão do debate político, o que fragilizaria a construção da cidadania ativa, aumentaria a alienação e a dominação populares, aumentando a opressão dos mais vulneráveis¹⁶.

Não se pode demonizar a política, que surgiu na Grécia, como forma de organização coletiva na *pólis*. O termo não se reduz à administração pública; é mais amplo e deve abranger a atividade dos cidadãos que se ocupam dos assuntos públicos, mas também o poder de organização, mobilização e transformação da sociedade¹⁷.

A política pode e deve ser exercida por todos, não apenas por aqueles que o povo escolhe para representá-los ao conceder-lhes um mandato político. A política é a busca pela felicidade e pelo bem comum¹⁸. Deve estar presente toda vez que um grupo de pessoas precisa tomar decisões, seja em uma reunião de condomínio, seja para definir grandes questões nacionais.

A satisfação dos interesses depende da mobilização dos cidadãos que podem lutar pelo respeito aos direitos fundamentais, contra a impunida-

de e a corrupção, pela transparência e eficiência nos gastos públicos, mas também pela melhor gestão da escola, do condomínio, do sindicato ou da associação a que pertencem¹⁹.

Assim, a política não é exercida somente pelo voto, mas também pela participação em audiências públicas, pelo envolvimento em grêmios estudantis, pela cooperação em associações e sindicatos, pelo acompanhamento das atividades dos parlamentares e dos governantes, pelo acesso aos portais da transparência, pela participação em conselhos de direitos etc.²⁰

Para o exercício da *política cidadã*, as pessoas precisam compreender o papel e o trabalho dos órgãos públicos, conhecer os instrumentos democráticos de participação e buscar interagir com os demais atores sociais (família, escola, empresas, sindicatos, associações, clubes de serviços, imprensa, entre outros)²¹.

De qualquer modo, a crise na representação política, marcada pela dissociação entre os anseios dos cidadãos e a atuação da classe dirigente, e a reduzida participação democrática afetam os mais vulneráveis²². As classes com maior poder aquisitivo podem assimilar melhor os efeitos de decisões políticas desastradas na economia ou na sociedade. Aqueles em condição social adversa ficam excluídos, sendo colocados à margem do desenvolvimento econômico²³.

A representação política não se destina a resolver os problemas da maior parte da população²⁴. No Brasil, há excessiva valorização do Poder Executivo, o que reforça a tradição ibérica do patrimonialismo. O papel dos legisladores se reduz ao de meros intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O leitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma *esquizofrenia política* em que os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.

Quando se troca o voto pelo recebimento de favores pessoais, promove-se o processo de *privatização da política*²⁵. A política democrática deixa de ser o caminho para atender os interesses comuns da sociedade, no presente e no futuro, passando a servir para a satisfação de objetivos individuais, sem grandes preocupações com o conjunto da sociedade ou

com o seu futuro²⁶. A *privatização da política* conduz o eleitor a votar e o cidadão a agir pelo seu interesse pessoal, sem pensar no país, o que impede a criação das bases sociais indispensáveis para promover as reformas que o Brasil precisa para o seu desenvolvimento humano, político, ético e social.

Logo, não basta reprimir a corrupção política; é preciso educar para o exercício da cidadania²⁷. Construir, pela educação, cidadãos responsáveis por condutas éticas e sociais é indispensável para promover os valores positivos, tornar as pessoas menos egoístas, mais integradas e participantes do processo político-democrático; enfim, verdadeiras coautoras da construção de um país melhor e mais justo para todos.

3. Educação para o exercício da cidadania

Para que a democracia se realize, é necessário que o povo saiba pensar²⁸. Se o povo não sabe pensar, de pouco adianta assegurar o direito ao voto e realizar eleições periódicas. O que ensina o povo a pensar é a educação. Por isso, a educação do povo é o fundamento da democracia.

Albert Einstein alertava:

Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que a uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar exato em relação a seus próximos e à comunidade.²⁹

Sem educação para o exercício da cidadania, o futuro do Brasil continuará condenado pela corrupção. É pela falta de conhecimento ou de exercício efetivo dos deveres e dos direitos fundamentais que a apatia se generaliza, a democracia é enfraquecida, os controles sociais

ficam diluídos e o modelo social brasileiro se mantém caracterizado pelo patrimonialismo, pelo individualismo, pela desigualdade e pela injustiça.

Educar para o exercício da cidadania inclui a aproximação da teoria com a prática. As escolas precisam ser espaços democráticos, para poderem discutir as questões de interesse coletivo e agir para melhorar a sociedade. A fim de adquirir um comportamento cívico ativo, os alunos precisam do desenvolvimento de competências (conhecimentos, habilidades e atitudes) que os possibilitem a participação na vida pública (*learning by doing*).

A vivência da democracia deve começar na própria escola, a partir da escolha de representantes de turma, do incentivo à formação de grêmios estudantis e de diretórios acadêmicos, da participação direta em conselhos escolares ou na eleição dos órgãos de direção. A escola também deve ajudar os alunos a experimentar comportamentos cívicos responsáveis nas atividades extraescolares, com o envolvimento de professores, de educadores, de familiares e da comunidade.

Formar cidadãos vai além do ensino de conhecimentos teóricos sobre direitos fundamentais e o funcionamento das instituições políticas³⁰. O processo de aprendizagem deve estar fundado na participação ativa – pelo diálogo, debate, a tomada de decisões em conjunto (pedagogia do exemplo) –, para que a resolução dos problemas da vida em comunidade possa romper o autoritarismo das estruturas e das relações pedagógicas, bem como contribuir para a criação de hábitos e virtudes cívicas. Os ideais democráticos devem ser postos em prática para que os valores éticos se fixem na base cultural da sociedade.

A socialização política é um processo de aprendizado acumulativo que, intensificado na infância e na juventude, permite assimilar códigos amplos de normas e crenças que se transmitem de geração em geração³¹. A escola não deve apenas reproduzir a ordem social vigente (marcada pelo individualismo, pelo consumismo, pela separação de classes sociais e pela apatia do cidadão), mas contribuir para melhorar a sociedade, orientando a transição ética e axiológica entre o passado e o futuro.

Uma das missões da educação é formar um povo, isto é, ajudar as pessoas a sonhar sonhos comuns para que juntos possam transformar a

realidade³². Sem sonhos comuns não há povo e sem um povo não se pode construir um país.

Para tanto, é necessário capacitar melhor os professores, dar-lhes o reconhecimento financeiro e social necessários para a formação de crianças, jovens e adultos³³. Ademais, é auspiciosa a adoção de estratégias integradas que permitam repensar as políticas de educação com a comunicação dos sistemas político, econômico e social.

Mas é bom deixar claro que a educação para a cidadania, voltada à promoção da democracia e da coesão social, não termina na escola³⁴. Também deve envolver os meios de comunicação de massas, a educação familiar, o setor produtivo e os órgãos públicos. Isto porque a cidadania plena e ativa depende da capacidade de apreender durante toda a vida, para ter atitudes voltadas à concretização permanente dos valores éticos.

4. Cidadania e participação política

Cidadania plena é um ideal desenvolvido no Ocidente que combina liberdade, participação e igualdade para todos³⁵.

Não há cidadania plena sem efetiva participação política. No estudo chamado “The Democracy Index” de 2011, da revista “The Economist”³⁶, o Brasil apareceu na 45ª posição, entre as chamadas “democracias imperfeitas”. A pesquisa revela que o país possui bons índices em vários quesitos. Em relação ao “processo eleitoral e pluralismo” e às “liberdades civis”, as notas, atribuídas ao Brasil, são compatíveis às das democracias europeias consolidadas e classificadas na pesquisa como plenas. Além disso, no quesito “funcionamento do governo” o Brasil teve a mesma avaliação que os Estados Unidos. Entretanto, o estudo revelou que as falhas na consolidação da democracia plena decorrem da participação popular. Tanto no quesito “participação política” quanto “cultura política” as notas brasileiras se igualam a diversos países subdesenvolvidos e, também, regidos por regimes ditatoriais.

Para superar a apatia social, conforme salientamos no item anterior, é preciso começar pela educação para o exercício da cidadania. Nesse sentido, a Noruega, país mais bem colocado no ranking do “The

Democracy Index”, dá especial atenção à educação. Além das disciplinas tradicionais, os alunos são incentivados a procurar dados e avaliá-los de forma crítica, a formar uma opinião própria baseada na informação adquirida e na sua própria avaliação, bem como argumentar as suas próprias ideias³⁷. Ainda, é uma diretriz do ministério da educação daquele país que a educação auxilie a promover a democracia, a igualdade e o pensamento científico.

Nesse sentido, é preciso destacar uma boa prática desenvolvida pelo Movimento Paraná Sem Corrupção³⁸.

O Movimento Paraná Sem Corrupção surgiu em maio de 2012, coordenado pelo Ministério Público do Paraná, e vem conquistando a adesão de diversos parceiros da comunidade escolar, da sociedade civil organizada, de empresários e de cidadãos paranaenses que não se conformam com a corrupção. O movimento foi idealizado a partir da campanha “O que você tem a ver com a corrupção?”, lançada em 2007 pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). A campanha, que é nacional, tem como propósito o enfrentamento da corrupção no Brasil, por meio de duas estratégias: processar agentes públicos corruptos e promover a conscientização social para a reflexão acerca do tema, a fim de disseminar a cultura da honestidade. A partir das ações desta campanha, realizadas no Paraná, constatou-se a necessidade de fomentar uma articulação com características próprias, capaz de envolver toda sociedade paranaense no combate à corrupção.

O Movimento Paraná Sem Corrupção adotou metodologia bastante disseminada entre os movimentos sociais, mas que ainda não havia sido adotada de forma prática e sistematizada pelo Ministério Público do Paraná. Metodologia esta que privilegia o diálogo e a construção coletiva de ações e iniciativas na busca de objetivos comuns. Dessa forma, a maior parceria conquistada pelo movimento foi com a sociedade paranaense, em seus diversos segmentos (industrial, comercial, esportivo, religioso, imprensa).

A fim de promover mudança cultural, o movimento articulou suas ações pela via da educação, formal e informal, dentro das escolas e junto à comunidade. Assim, buscou movimentar os cidadãos de bem contra esse mal que todos querem combater, mas não sabem como. Tirar o cida-

dão da inércia e mostrar que toda iniciativa, por menor que pareça, seja na comunidade, no bairro, na escola, na cidade, ou, ainda, que seja uma postura individual, contribui para o fortalecimento da honestidade e, por consequência, para o enfraquecimento do que é desonesto e corrompe a sociedade.

No ano de 2012, com a celebração de 393 parcerias estaduais e municipais, dentre as quais se destaca a firmada com a Secretaria de Estado da Educação, os membros do MPPR realizaram 718 ações, entre palestras nas escolas, explicando a importância do exercício da cidadania por meio do voto consciente, oficinas, concursos de redação e de *jingles* com o tema “combate à corrupção”, passeatas, audiências públicas, entrevistas a programas de rádio e de televisão, *blitz* educativas, distribuição de panfletos, apresentações culturais, manifestações públicas, todas com o intuito de divulgar o Movimento Paraná Sem Corrupção e conscientizar a sociedade sobre a relevância do voto consciente e do combate à corrupção.

Foi construído um *site* (www.paranasemcorrupcao.org.br) para agregar notícias, materiais de apoio e informações necessárias para o desenvolvimento do projeto. As redes sociais também foram ferramenta fundamental na disseminação do movimento. Por meio do Facebook, campanhas, ações e *links* para materiais de apoio foram divulgados para os parceiros do Movimento e para a população em geral.

No ano de 2013, o tema central do Movimento Paraná Sem Corrupção foi “Cidadania: Direitos e Deveres”. Como se tratava de uma temática abrangente, foram elencados quatro eixos prioritários para o desenvolvimento das ações: Rede de Proteção, Violência, Transparência e Protagonismo. Essa abordagem foi definida, em conjunto, pelos promotores de justiça e pelos educadores que desenvolveram as atividades do movimento em 2012. Em 2013, 75.462 alunos do ensino médio da rede pública de ensino participaram de atividades desenvolvidas em escolas de 117 municípios do Paraná. Foram celebradas 229 novas parcerias, realizadas 235 palestras e 50 audiências públicas.

Para finalizar a proposta de 2013, no início de 2014, foi realizada, nas principais cidades do Paraná, uma campanha de massa, denominada “#CidadaniaéParaTodos”. Seu objetivo foi sensibilizar a população para relatar, nas redes sociais, ações cotidianas que consideravam atos de cida-

dania e, portanto, descomplicar este conceito e multiplicar boas práticas, como respeitar as vagas de idosos e de pessoas portadoras de deficiência, separar resíduos sólidos e incentivar a não violência nos estádios de futebol. Foram espalhados, pelo Município de Curitiba, 414 mobiliários urbanos, 150 *busdoors* e outros 10 painéis de rua. Outros 20 destes painéis foram distribuídos em cidades populosas do Estado (Londrina, Maringá, Cascavel, Foz do Iguaçu e Guarapuava). Milhares de pessoas escreveram e compartilharam, pelas redes sociais, mensagens com #Cidadaniaé, dando a sua contribuição para a campanha.

A Caravana da Cidadania, por sua vez, foi inspirada no projeto Parlamento Jovem da Câmara dos Deputados

Em 2014, o Movimento Paraná Sem Corrupção realizou a Campanha Geração Atitude com a finalidade de intensificar a formação cidadã dos estudantes paranaenses, do ensino médio, da rede estadual de educação. A campanha contou com a parceria da Secretaria de Estado da Educação e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná e foi desmembrada em três etapas: Geração na Escola, Caravana da Cidadania e Gincana da Cidadania.

Na Geração na Escola, foi elaborado um Guia do Cidadão³⁹, publicação de 54 páginas, que, em linguagem direta e acessível, contém informações sobre as funções e as formas de acesso ao Ministério Público e a cada um dos três poderes, o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro e das instâncias de participação social, entre outros temas. Aos professores da rede pública de ensino coube trabalhar o conteúdo do Guia do Cidadão em sala de aula. Para isso, a Secretaria de Estado da Educação elaborou sugestões de planos de aula para as disciplinas de biologia, sociologia, história e português⁴⁰.

A Caravana da Cidadania, por sua vez, foi inspirada no projeto Parlamento Jovem da Câmara dos Deputados⁴¹. Trata-se de um concurso cultural voltado a premiar as 32 melhores ideias, em forma de projetos de lei, para mudar o Paraná. As melhores iniciativas, em cada um dos 32 núcleos regionais de educação, receberam uma viagem para a capital do estado para visitar os pontos turísticos e conhecer a sede do Ministério Público e dos Três Poderes. O objetivo da Caravana da Cidadania é que os

estudantes conheçam os representantes dos órgãos públicos e as lideranças políticas do estado.

Por último, a Gincana da Cidadania foi um programa televisivo, desenvolvido em parceria pela TV Sinal, da Assembleia Legislativa do Paraná. Foi gravado em 20 cidades do estado, na forma de gincana entre escolas, com perguntas e respostas sobre o Guia do Cidadão e conhecimentos gerais. A Gincana da Cidadania foi promovida para incentivar o estudo e a consulta ao Guia do Cidadão, disseminando melhor seu conteúdo entre os jovens.

O Projeto Geração Atitude atingiu, entre setembro e dezembro de 2014, 17.034 alunos do ensino médio da rede pública em todo o Estado do Paraná.

Portanto, o Movimento Paraná Sem Corrupção é um exemplo de boa prática de promoção do exercício da cidadania nas escolas, a partir de parcerias entre instituições públicas e do envolvimento da sociedade no estímulo e na disseminação de conhecimentos necessários ao empoderamento do cidadão e à participação política.

5. Considerações finais

Pelo Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), em 2014, o Brasil, apesar de ser a oitava maior economia do mundo, ocupa o 79º lugar no ranking mundial entre os 187 países avaliados.

O resgate da política como forma de discussão e de solução dos problemas coletivos depende da *democratização* da própria democracia. Além das necessárias reformas no sistema político, para reformular o papel dos partidos e reduzir o *déficit* na representação, é indispensável investir na educação para o exercício da cidadania.

A cidadania ativa serve como antídoto à corrupção e ajuda a combater os maus governos. Aliás, o artigo 3º da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, que precede a Declaração da Independência dos Estados Unidos e está na base da democracia moderna, já assegurava, dentre os seus direitos, o do povo se rebelar contra os maus governos, ao prever:

Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

Tal ideia foi contemplada na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, pela qual as treze colônias na América do Norte declararam sua independência da Grã-Bretanha, e que foi ratificada pelo Congresso Continental em 4 de julho de 1776:

Governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, caba ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Por isso, manifestações populares, desde que não violentas⁴², conselhos de políticas públicas, conferências nacionais, estaduais e municipais, ouvidorias, audiências e consultas públicas, bem como todas as formas de participação social no processo de decisão política (com especial relevância, na elaboração e no controle do orçamento público) reconhecem a participação social como direito do cidadão e aprimoram a relação dos governos com a sociedade.

Nesse sentido, como resposta às manifestações de junho de 2013, a Presidência da República editou o Decreto 8.242/14 para instituir a Política Nacional de Participação Social. Infelizmente, tal Decreto foi anulado, na Câmara dos Deputados, em outubro de 2014, com a aprovação do Projeto de Decreto Legislativo 1.491/14, de autoria do deputado Mendonça Filho (DEM-PE). Trata-se de um enorme retrocesso à valorização da educação

para o exercício da cidadania ativa, devendo o Senado Federal rejeitar a proposta de anulação da Política Nacional de Participação Social ou transformar o Decreto do Poder Executivo em projeto de lei, a ser votado, com a máxima urgência, pelo Congresso Nacional.

Afinal, para ampliar os mecanismos de participação e de controle sociais, é indispensável fazer com que o cidadão compreenda seus deveres e seus direitos. Sem isso não é possível assegurar a democratização dos espaços coletivos, promover os valores éticos, reduzir as desigualdades sociais e construir a justiça social.

Somente a educação é capaz de emancipar o cidadão, para que possa pensar e agir por conta própria. Uma sociedade constituída por cidadãos autônomos, que saibam questionar e lutar juntos contra a alienação, a dominação e a opressão, poderá ser verdadeiramente democrática quando a política for instrumento de debate, de resolução dos problemas comuns e de transformação social.

Abstract

This article presents the historical disinterest of Brazilian people for political participation as a result of the gap between the people and the ruling class. It shows that this situation is still replicated by the youth, according to an IPEA survey. It introduces the concept of social fascism like a key point for the understanding of social and politic exclusion. It shows that political participation is the key to building citizenship and empowerment of citizens.

Notas

1. Eduardo Cambi. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público. Pós-doutor em direito pela

Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e pesquisador, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, ministério público, prova, corrupção e ação civil pública. Foi Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), entre 2012 e 2014.

2. Hwidger Lourenço Ferreira. Procurador-Geral do Município de Centenário do Sul – PR. Advogado. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor do Curso de Direito da Faculdade Pitagoras – Campus Londrina e da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – Campus Naviraí.
3. Disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-20/bolsa-familia-completa-dez-anos-beneficiando-50-milhoes-de-pessoas>. Acesso em 14/10/2014.
4. Sérgio Buarque de Holanda explica a cordialidade do povo brasileiro: “A manifestação normal do respeito em outros povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade” (*Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 148).
5. “Nesse trama que o mantém dominado, o povo brasileiro dá ideia de qual humanidade larvar, que um destino mau retém, a não deixar elevar-se para as formas realmente humanas, socialmente evoluídas. No entanto, na sua espontânea cordialidade, esses humildes irradiam vida. Não tem formas para impô-la; não sabem, mesmo, que têm o supremo direito a uma existência superiormente definida; não lhes veio, ainda, a legítima ânsia de reivindicação; mas, na expansão afetiva lhes palpita a própria essência da vida social. Mantê-los, ainda, na ignomínia; acreditar que é possível negar-lhes eternamente o caminho na insofismável ascensão; esse é o crime estúpido que os nossos dirigentes pagarão caro. Pobre povo! Tão naturalmente simples na grandeza destas paisagens! Pobres gentes, essencialmente boas, para aceitar a secular espoliação que as avilta. Na sua tranquila cordialidade de agora, esse pobre povo apenas insinua implícita súplica de viver; mas, será eternamente assim?...E não se sentem infamemente criminosos, tais dirigentes, que só podem governar sobre o absoluto amesquinamento das populações?” (BOMFIM, Manoel. *O Brasil Nação*. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 636).
6. “O amesquinamento do Brasil é essa mesma degradação dos dirigentes, dominando o aviltamento do povo. As sociedades modernas valem pelo pensamento, para o bem, para o mal. E nós valemos como um país cujos dirigentes só se definem pela incapacidade, e cuja massa se conserva, sistematicamente, no embrutecimento preciso para a supremacia da mesma incapacidade. De tal sorte, só subsiste a nação, em nominal soberania, porque a condição de americana a garante. Fosse outra sua situação no mundo, em imediata competência com povos válidos, e teríamos perdido até o nome. O Brasil é um mundo fechado à verdadeira atividade social e de pensamento, isolado,

sequestrado num mentalismo arcaico, na imunda aridez de um coimbrismo regredido da própria Coimbra de 1800. Temos vivido em constância de governos garantidos pela placidez das populações, dirigidos numa política depravada na exploração da mesma placidez, e que, assim depravada, há um século intenta fazer uma nação sem povo, para perpetuidade do bragantismo que nos dirigentes se continua. Em verdade, a massa da nação brasileira é uma, e a gestão política é outra, nunca em relação de existência com a alma nacional” (Idem. p. 636-7).

7. CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, n. 949, nov. 2014, p. 39-67.
8. “O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala, nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio dependem das decisões políticas. O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que, da sua ignorância política, nasce a prostituta, o menor abandonado, e o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, corrupto e laçao das empresas nacionais e multinacionais.”
9. IPEA, 2013. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira 2013*. Base de dados. Disponível em <www.ipea.gov.br/participacao>. Brasília: Ipea, 2013.
10. CAMBI, Eduardo. Todas contra a corrupção. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.php?id=1519370&tit=Todos-contra-a-corrupcao>. Acesso em 09 de janeiro de 2015.
11. À guisa de explicação, a expressão “maioria silenciosa” adquiriu conotação negativa. Nixon utilizou tal termo para definir uma maioria de americanos que, em silêncio, apoiaria a Guerra do Vietnã. A mesma expressão foi utilizada pelos conservadores portugueses em apoio ao então Presidente, General Espínola, em 1974, em oposição à “minoría tenebrosa”, durante a Revolução dos Cravos.
12. DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social. Polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002. p. 35.
13. SANTOS, Boaventura Souza. Os fascismos sociais. *Folha de São Paulo*. Opinião. São Paulo, domingo, 6 de setembro de 1998. p. 2.
14. Idem. *Ibidem*.
15. BRUTO DA COSTA, Alfredo. *Um olhar sobre a pobreza: vulnerabilidade e exclusão social no Portugal contemporâneo*. Gradiva Publicações, 2008. Disponível em <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2009026.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.
16. “Por mais democráticos que sejam seus sentimentos e suas intenções, atingida uma certa elevação de posto, vêem a sociedade da mesma forma que um professor vê seus alunos, e entre o professor e os alunos não há igualdade. De um lado, há o sentimento de superioridade, inevitavelmente provocado pela posição de superioridade que decorre da superioridade do professor, exercite ele o poder legislativo ou executivo. Quem fala de

poder político, fala de dominação. Quando existe dominação, uma grande parcela da sociedade é dominada e os que são dominados geralmente detestam os que dominam, enquanto estes não têm outra escolha, a não ser subjugar e oprimir aqueles que dominam. (...) É verdade que, em dia de eleição, mesmo a burguesia mais orgulhosa, se tiver ambição política, deve curvar-se diante de sua Majestade, a Soberania Popular. Mas, terminada a eleição, o povo volta ao trabalho, e a burguesia, a seus lucrativos negócios e às intrigas políticas. Não se encontram e não se reconhecem mais. Como se pode esperar que o povo, oprimido pelo trabalho e ignorante da maioria dos problemas, supervisione as ações de seus representantes? Na realidade, o controle exercido pelos eleitores aos seus representantes eleitos é pura ficção, já que no sistema representativo, o controle popular é apenas uma garantia da liberdade do povo, é evidente que tal liberdade não é mais do que ficção” (WOODCOCK, George. *A Ilusão do Sufrágio Universal* (Mikhail Bakunin). In: *Os grandes escritos anarquistas*. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 98-100).

17. CAMBI, Eduardo (Org.). *Guia do cidadão*. Curitiba: Ministério Público do Paraná, Secretaria de Estado da Educação e Assembleia Legislativa do Paraná, 2014. p. 23. Também disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/GeracaoAtitude/Guia_do_Cidadao_finalMPPR.pdf.
18. Idem, p. 24.
19. Idem. Ibidem.
20. Idem. Ibidem.
21. Idem. Ibidem.
22. “A exclusão oficial do indivíduo, não reconhecido como membro de pleno direito do grupo social em que desenvolve sua existência, modela sorrateiramente seu perfil opressivo nesse modelo adotado de participação limitada. Seus efeitos são igualmente devastadores do ponto de vista da desejada realização do ideal democrático. Ocorre que, pela tomada de consciência do papel subalterno, que na hora da verdade desempenham as minorias no desenho da ação social, repercute essa modalidade de exclusão em um acanhamento da personalidade individual, que fica inerte frente aos desígnios da mais ou menos benevolente, atitude paternalista que possa exercitar o grupo dominante” (GORCZVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 10).
23. Para a Secretaria de Assuntos Econômicos do Governo Federal, a “nova classe média” é composta pelos brasileiros que totalizam, mensalmente, vencimentos entre R\$ 1.064,00 e R\$ 4.561,00. Todavia, a percepção de que R\$ 1.064,00 mensais é suficiente para assegurar o mínimo existencial, a depender do contexto onde se vive, como as grandes metrópoles, é uma mera ficção. Dados disponíveis em http://www.sae.gov.br/novaclassemedia/?page_id=58.
24. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. p. 223-4.
25. BUARQUE, Cristovam. A privatização da política. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 22/03/2014, p. 02.

26. Há diversas formas de *privatização da política*. Pode ocorrer quando políticos se elegem e se apropriam de recursos públicos. Também acontece quando as políticas são benéficas para determinadas pessoas ou grupos sociais, mas não exige deles a sua contrapartida na construção de um país melhor. Cristovam Buarque (Idem. *Ibidem*) exemplifica com programas como o PROUNI, o Ciência Sem Fronteiras e o Bolsa Família, que beneficiam pessoas ou grupos sociais, mas que, se fossem exigidos destes beneficiados contrapartidas sociais, poderiam melhor contribuir com o desenvolvimento nacional. É o que também ocorre com a política de redução das tarifas de energia elétrica, sem ganhos de produtividade para o setor. O governo financia as perdas das empresas, criando gastos públicos para atender benefícios privados (fenômeno da *publicização dos custos para atender a privatização dos benefícios*). Esses financiamentos precisam ser pagos com dinheiro público, o que representa sacrifício de outras prioridades, endividamento ou aumento da inflação.
27. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord.). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 34.
28. ALVES, Rubem. *Conversas sobre política*. Campinas: Verus, 2010. p. 31.
29. *Como vejo o mundo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981. p. 16.
30. VAILLANT, Denise. *Educación, socialización y formación de valores cívicos*. São Paulo/Santiago de Chile: iFHC/CIEPLAN, 2008. p. 14.
31. CAMBI, Eduardo. Corrupção e Educação. *Revista Expressão. Revista Cultural do Uni-Brasil Centro Universitário*, n. 1, ano 4, 2015, p. 29-31.
32. ALVES, Rubem. *Conversas sobre educação*. 11. ed. Campinas: Verus, 2014. p. 8-9.
33. CAMBI, Eduardo. Corrupção e Educação. *Cit. p.*, 31.
34. Idem. *Ibidem*.
35. CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 09.
36. Disponível em http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011. Acesso em 16 de março de 2015.
37. Informações disponíveis no site http://www.samfunnskunnskap.no/?page_id=582&lang=pt, destinado a instruir imigrantes que busquem residir na Noruega.
38. CAMBI, Eduardo. Movimento Paraná Sem Corrupção. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014. p. 70-4.
39. www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/GeracaoAtitude/Guia_do_Cidadao_finalMPPR.pdf. Acesso em 16 de março de 2015.
40. www.mppr.mp.br/arquivos/File/Geracao_atitude/Sugestoes_de_planos_de_aula.pdf. Acesso em 16 de março de 2015.
41. www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/parlamentojovem
42. “A rebeldia cidadã constitui um dos maiores sinais de vitalidade de um povo” (REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, Ficha Limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013. p. 29).

Referências

- ALVES, Rubem. *Conversas sobre política*. Campinas: Verus, 2010.
- _____. *Conversas sobre educação*. 11. ed. Campinas: Verus, 2014.
- BOMFIM, Manoel. *O Brasil Nação*. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- BRUTO DA COSTA, Alfredo. *Um olhar sobre a pobreza: vulnerabilidade e exclusão social no Portugal contemporâneo*. Gradiva Publicações, 2008. Disponível em <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2009026.pdf>
- BUARQUE, Cristovam. A privatização da política. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 22/03/2014.
- CAMBI, Eduardo. Todos contra a corrupção. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1519370&tit=Todos-contra-a-corrupcao>. Acesso em 09 de janeiro de 2015.
- _____. Movimento Paraná Sem Corrupção. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014.
- _____. Corrupção e Educação. *Revista Expressão. Revista Cultural do UniBrasil Centro Universitário*, n. 1, ano 4, 2015.
- CAMBI, Eduardo (Org.). *Guia do cidadão*. Curitiba: Ministério Público do Paraná, Secretaria de Estado da Educação e Assembleia Legislativa do Paraná, 2014.
- _____; GUARAGNI, Fábio (coord.). *Lei anticorrupção*. Comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014.
- _____; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, n. 949, nov. 2014.
- DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social. Polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002.
- EINSTEN, Albert. *Como vejo o mundo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.
- GORCZVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IPEA, 2013. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira 2013*. Base de dados. Disponível em <www.ipea.gov.br/participacao> . Brasília: Ipea, 2013.
- REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.
- SANTOS, Boaventura Souza. Os Fascismos sociais. *Folha de São Paulo*. Opinião. São Paulo, domingo, 6 de setembro de 1998.
- VAILLANT, Denise. *Educación, socialización y formación de valores cívicos*. São Paulo/ Santiago de Chile: iFHC/CIEPLAN, 2008.
- WOODCOCK, George (organizador). A Ilusão do Sufrágio Universal (Mikhail Bakunin). In: *Os grandes escritos anarquistas*. Porto Alegre: L&PM, 1986.

O jurista e filósofo Clóvis Beviláqua

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo: Este trabalho aborda a vida e obra do grande jurista e filósofo brasileiro Clóvis Beviláqua. Seu pensamento filosófico deve ser compreendido no contexto da Escola do Recife. Não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inextinguível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias. Após receber forte influência do positivismo, estudou outros sistemas e concepções filosóficas. Sua obra influenciou intensamente a filosofia do direito no Brasil.

1. Introdução

NASCIDO EM VIÇOSA, ESTADO DO CEARÁ, Clóvis Beviláqua trazia nas veias a mistura de sangue italiano, português, indígena e brasileiro.

Ao iniciar o curso de direito, interessava-se por política e literatura. Depois de formado, revelou-se a vocação pelos assuntos jurídicos e filosóficos. Foi professor da Faculdade de Direito do Recife.

Casado com Amélia, levava vida familiar afetuosa e pacata. A família instalou-se definitivamente no Rio de Janeiro quando Clóvis foi convidado a elaborar o projeto do Código Civil Brasileiro.

Estudioso e disciplinado, trabalhou diuturnamente até morrer.

O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua deve ser compreendido no contexto da Escola do Recife. Esse movimento, que teve como figura central o professor sergipano Tobias Barreto de Menezes, buscou a renovação do pensamento brasileiro, notadamente no campo jurídico, a partir de novas ideias filosóficas.

O denominado *culturalismo* estava no cerne do movimento recifense. Para Tobias Barreto, cultura é “a antítese da natureza, no sentido de que ela importa uma mudança do natural, no sentido de fazê-lo belo e bom”.

Clóvis Beviláqua não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inextinguível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias.

Na mocidade, recebeu forte influência do positivismo. Mais tarde, estudou a fundo todos os sistemas e concepções filosóficas. Leu monistas e dualistas, cepticistas e moralistas, enciclopedistas e ideologistas, pessimistas e otimistas, ecletistas e sensualistas, teologistas e misticistas, quietistas e dogmatistas, positivistas e evolucionistas.

O momento áureo da Escola do Recife não está na filosofia, mas na filosofia do direito. Pela primeira, vez em nossa cultura, o direito é transformado em fenômeno histórico, sujeito a desenvolver-se no tempo, ligado à vida.

Beviláqua, autor do Projeto do Código Civil Brasileiro de 1916, ainda influencia intensamente o pensamento jurídico brasileiro. O Superior Tribunal de Justiça, mais alta corte brasileira para interpretação da lei federal, proclama, ainda hoje, que o jurista há de aplicar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro. Deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada, pois somente assim assegura o progresso do direito, um progresso razoável para uma evolução lenta.

2. Perfil biográfico de Clóvis Beviláqua

2.1 Nascimento e infância

Clóvis Beviláqua foi um notável jurista, filósofo, literato e historiador brasileiro. Nasceu em 4 de outubro de 1859, na cidade de Viçosa do Ceará, a cerca de 350 quilômetros de Fortaleza.

A família Beviláqua tem origem italiana (SCHUBSKY, 2006, p. 20-1). Seu avô paterno, Ângelo Beviláqua, chegou ao Brasil entre o final do século XVIII e o início do seguinte. Instalou-se no Nordeste e se casou com Luiza Gaspar de Oliveira, de ascendência indígena.

O avô materno de Clóvis, José Aires da Rocha, era português, enquanto a avó materna, Maria da Costa Ferreira, nasceu no Piauí.

O pai do jurisconsulto, o padre e político cearense José Beviláqua, foi vigário de sua cidade natal, Viçosa do Ceará, na serra de Ibiapaba, onde manteve união estável com Martiniana Maria de Jesus.

Em seu testamento, José afirmou ter vivido “de portas adentro” com Martiniana, natural do Piauí. Da união, entre outros filhos, nasceu Clóvis. Observe-se que, durante o século XIX, não eram raros elos matrimoniais envolvendo clérigos.

O jurista – verifica-se – trazia nas veias a mistura de sangue italiano, português, indígena e brasileiro. É um exemplo da miscigenação referida por Gilberto Freyre:

Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro (FREYRE, 1983, p. 283).

Clóvis era um menino meigo e, desde a infância, mostrou-se amigo dos animais, notadamente os pássaros. Antes de completar dez anos, aprendeu as primeiras letras com o pai, padre José. Inclusive rudimentos de francês e latim (SCHUBSKY, 2006, p. 24).

Clóvis Beviláqua
foi um notável
jurista, filósofo,
literato e
historiador
brasileiro

2.2 Formação em direito

Clóvis iniciou os estudos na Faculdade de Direito de Recife em 1878. Graduou-se em 1882.

Nos anos iniciais da faculdade, seu interesse era totalmente voltado para a política e a literatura, mais especificamente a crítica literária.

No final do curso, Clóvis passaria a manifestar gosto e vocação pelos assuntos jurídicos e filosóficos. Ao longo da vida, depois de formado, sua produção intelectual multifária desabrocharia em diversos sentidos.

Em seus estudos políticos e literários, emergiu o vigoroso defensor dos ideais republicanos e abolicionistas. Ainda em 1882, participou do Clube Republicano Acadêmico e colaborou com o jornal desse agrupamento estudantil, “A República”.

Sob a influência de vultos da inteligência brasileira, especialmente dos pensadores, juristas e escritores sergipanos Tobias Barreto e Sílvio Romero, Clóvis vinculou-se à Escola do Recife, grupo filosófico que representou importante renovação de ideias no país. Na realidade, até o advento da Escola do Recife, não havia qualquer originalidade no pensamento filosófico nacional, profundamente marcado por visão conservadora e arisca às inovações (SCHUBSKY, 2006, p. 28-30).

2.3 Recato e vida familiar

Clóvis Beviláqua casou no Recife, em 1884, com Amélia de Freitas.

Depois de Clóvis ser convidado para elaborar o Projeto do Código Civil, a família fixou residência definitivamente na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo a neta Maria Cecília, o avô Clóvis “era um espírito manso, dedicado à esposa, às filhas e à leitura”. Abrigava mais de vinte mil livros em sua casa, no bairro Tijuca. Maria Teresa, outra neta, afirma que, à exceção da cozinha e do banheiro, em todos os outros cômodos da residência havia livros: “nas estantes que iam do chão ao teto, quase três metros de altura, e empilhados pelos cantos”.

O jurista adorava bichos. Seu insólito mundo incluía animais de estimação, às dezenas: gato, cachorro, tartaruga, aves. A neta Maria Cecília revela episódio pitoresco. Alguém se dirigira à casa do avô para pegar um

parecer por ele concluído. No entanto, Clóvis fez o cliente esperar, porque um gato estava dormindo sobre o volume de papéis. Tranquilamente, avisou: “Vamos esperar o gatinho acordar” (SCHUBSKY, 2006, p. 36-7).

A casa dos Beviláqua era uma espécie de “*epicentro do saber jurídico do Rio de Janeiro*”. Clóvis recebia diariamente a visita de especialistas e, principalmente, estudantes de direito.

Nos fins de semana, promovia “almocinhos”. Eram “*eventos jurídico-gastronômicos que combinavam a boa mesa e apaixonados debates sobre Filosofia, Sociologia, Literatura e, claro, Direito*” (SCHUBSKY, 2006, p. 37-8).

O jurista era apaixonado por Amélia, vivia sempre ao lado da esposa. Ela era escritora e Clóvis rompeu com a Academia Brasileira de Letras, que ajudara a fundar, em função da recusa, pela entidade, em aceitar a inscrição de Amélia para disputar a cadeira de Alfredo Pujol (SCHUBSKY, 2006, p. 40).

Inobstante o talento e fama do jurista, Clóvis auferia modesta renda. Disciplinado, acordava todos os dias, por volta das quatro horas. Tomava o café que ele mesmo preparava e voltava ao quarto para trabalhar. Ali, passava praticamente o dia todo, parando apenas para as refeições ou para atender os visitantes.

2.4 Morte

Embora debilitado fisicamente, no dia em que morreu, 26 de julho de 1944, Clóvis repetiria o ritual cotidiano. Só não preparou o café, porque estava adoentado. Ainda pela manhã, a filha Floriza entrou no quarto e encontrou o pai caído, morto. Sobre a mesa, estava o último texto que Clóvis havia produzido (SCHUBSKY, 2006, p. 38-42).

3. Breve passagem pela política

Clóvis Beviláqua, após a Proclamação da República (1889), foi eleito deputado à Assembleia Constituinte do seu estado natal. Mudou-se para Fortaleza e colaborou ativamente na elaboração da Constituição do Ceará.

Todavia, foi a única vez que exerceu mandato político:

Convidado, mais tarde, para a Câmara dos Deputados e para o Senado, recusou. Francisco Sá quis indicá-lo para Governador do Ceará, mas Clóvis declinou, cedendo a vez a Justiniano de Serpa, e volta para o magistério no Recife, o seu meio intelectual (ROMÉRO, 1956, p. 55).

4. Literatura

Clóvis Beviláqua foi notável escritor e crítico literário. Publicou vários ensaios e se tornou conhecido e respeitado nacionalmente. Foi sócio fundador da Academia Brasileira de Letras. Ocupou a cadeira catorze, cujo patrono era Franklin Távora.

5. Carreira jurídica

Escreveu Hermes Lima:

Toda a atuação de Clóvis Beviláqua verificou-se no campo intelectual. A política não o seduziu. Não o seduziu a advocacia. Desde muito moço ocupa-se de questões gerais de filosofia, de sociologia, de direito e de literatura (ROMÉRO, 1956, p. 55).

Com dificuldade, conseguiu ser nomeado promotor de justiça em Alcântara, Maranhão. Não primou pela assiduidade e era pouco produtivo (SCHUBSKY, 2006, p. 30).

Em 1889, prestou concurso público e se tornou professor de filosofia no curso anexo da Faculdade de Direito do Recife. A seguir, assumiu a cátedra de legislação comparada naquela instituição.

Docente dos mais respeitados, escrevera excelentes livros sobre direito civil e legislação comparada. Em 1899, Epiácio Pessoa, então ministro da Justiça, convidou-o a escrever o projeto do Código Civil Brasileiro.

José Carlos Moreira Alves, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, assinalou a rapidez impressionante com que Clóvis redigiu o projeto. Desde a sua mudança para a cidade do Rio de Janeiro, vindo de Recife, até a elaboração do texto, decorreram aproximadamente sete meses. Teixeira

de Freitas, responsável pela primeira tentativa de elaboração de nossa codificação civil, demorou alguns anos, e não chegara a concluir seu projeto, que já tinha mais de quatro mil artigos. Coelho Rodrigues gastou quase três anos, na Suíça, para a feitura do seu projeto. Concluiu Moreira Alves:

Um Código Civil, como bem dizia o professor Miguel Reale, é em verdade a Constituição do homem comum, porque nele se faz o detalhamento dos aspectos de vida que a todos interessa. Daí, sua importância capital (SCHUBSKY, 2006, p. 177).

Clóvis Beviláqua foi assessor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, onde, ao longo de muitos anos, produziu excelentes pareceres. Sua casa tornou-se uma espécie de sucursal do ministério.

Tia Dorinha (a primogênita) contava que, em 1934, o governo instalou aqui uma linha telefônica exclusiva para que vovô e o jurisconsulto que assumiu o seu lugar, como consultor do Itamaraty, pudessem conversar, revela Maria Cecília. A linha só teria sido desligada quando Clóvis morreu (SCHUBSKY, 2006, p. 28-30).

O jurista também elaborava pareceres privados. Eram um alívio financeiro para a família, especialmente depois da sua aposentadoria. Apesar do prestígio alcançado nacional e internacionalmente, Clóvis vivia em situação de penúria.

Mesmo sendo uma fonte de renda essencial, [...] dava pareceres a quem batesse à sua porta, sem pensar nos honorários. ‘Dinheiro não tinha a menor importância. Não era raro aparecer alguém aqui para pagar por um parecer que ele sequer lembrava que tinha feito’, acentua Maria Teresa (SCHUBSKY, 2006, p. 38).

Em suma, o jurista, professor e político San Tiago Dantas cunhou a expressão “oráculo” para se referir a Clóvis Beviláqua, quando discursou, durante a sessão da Câmara dos Deputados de 5 de outubro de 1959, em homenagem ao centenário de nascimento do jurista cearense (SCHUBSKY, 2006, p. 142-3).

6. O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua

Não se compreende o pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua fora do contexto da Escola do Recife, tantas vezes mencionada neste colóquio.

Esse período de efervescência intelectual, na capital pernambucana, coincide com a chamada “Questão Coimbrã”. Foi um movimento, na Universidade de Coimbra, em Portugal, de renovação literária e ideológica, que tinha entre os protagonistas Antero de Quental (SARAIVA e LOPES, s. d., p. 824, 829 e 851; MÓNICA, M. F., 2001, p. 23-4; COUTINHO, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 nov., 2014).

A figura nuclear da Escola do Recife era o professor sergipano Tobias Barreto de Menezes, que ingressou em 1882, por concurso, como professor daquela faculdade:

Encarnou a luta entre o escolasticismo formalista de uma tradição jurídica imóvel e as últimas correntes laicizantes e revolucionárias que Tobias desejava encarnar. Foi o maior animador intelectual da época, [...] segundo seus discípulos Sílvio Romero e Graça Aranha (PAES e MASSAUD, 1967, 51-2).

Para Fernando de Azevedo, Tobias Barreto, sem ser filósofo ou pensador original, mas antes agitador de ideias e destruidor de rotinas, prestou à cultura nacional serviços abalizados. Atraiu a atenção para os estudos filosóficos, vulgarizou os autores alemães e contribuiu, como nenhum outro, para a renovação das concepções jurídicas no Brasil:

A sua coragem indômita e o gosto pela luta que o arrastavam a polémicas, quase sempre violentas e bravias, como as de Sílvio Romero, outro admirável debatedor de ideias, se lhe tiraram a serenidade para as obras de criação, formaram em torno de seu nome uma atmosfera de batalha e lhe permitiram fazer uma pequena revolução intelectual, de libertação do espírito, numa atmosfera carregada de preconceitos (AZEVEDO, 1964, p. 340).

As primeiras faculdades de direito surgiram para preparação dos quadros políticos e administrativos do Império brasileiro, logo após a Independência. Com elas, era superada a desvantagem de continuar a tê-los formados, com mentalidade reinol, pela Universidade de Coimbra.

Essa mentalidade ainda estava presente nas sebtas didáticas coimbrãs, associadas às exegeses conservadoras da legislação das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas do Reino de Portugal (CHACON, 2008, p. 11-2).

André Rebouças, escandalizava-se, em 15 de maio de 1864, diante do atraso da instrução pública em Pernambuco:

Os lentes da Escola de Direito são quase pela mor parte ultramontanos. O direito natural é aí ensinado por Pe. Ventura Caparelli. [...] Os alunos são irmãos de Nossa Senhora do Bom Conselho. Acompanham as numerosas procissões do Recife, vestidos de casaca preta, com opa e trazendo pendentes do pescoço uma medalha com as armas da Escola presas a uma fita vermelha (CHACON, 2008, p. 89).

A Escola do Recife reagiu principalmente com Jhering e Kant:

A reação foi iniciada pelos próprios estudantes em ruidosos e frequentes protestos, e aprofundou a movimentação com ‘um bando de ideias novas’ na sua definição por Sílvio Romero, rumo à elaboração do Código Civil de Clóvis Beviláqua e Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, aquele aceito nos começos da Primeira República, este recusado ao seu término (CHACON, 2008, p. 11-2).

Para Antonio Paim, a preferência pela vida espiritual, no que ela tem de mais nobre e elevado, caracteriza o projeto da Escola do Recife. Reformar o país é alterar e redirecionar essa camada mais alta de sua tradição cultural, inclusive a meditação de caráter ético.

No plano filosófico, a Escola do Recife soube se situar no momento de interseção em que viveu, quando a filosofia se defrontava com a onda positiva contestadora de sua validade.

A Escola do Recife desenvolveu interesse pela produção intelectual brasileira, herdada dos primeiros românticos. Despe-a, contudo, da feição ingênua de que se revestira. Esse trabalho assume a forma de inventário. Pretende-se científico e duradouro.

À Escola do Recife pode ainda ser atribuído o mérito de ter lançado as bases da sociologia brasileira.

No entanto, fracassaram as incursões da entidade na arena política. A única reforma institucional notável que lhe pode ser atribuída é a elaboração do Código Civil de 1916, devida a Clóvis Beviláqua (PAIM, 1997, p. 94-6).

Miguel Reale denominou de *culturalismo* o movimento, característico da Escola do Recife, que elegeu a filosofia como elemento unificador da variada incursão promovida nos diversos componentes da vida social.

Para Tobias Barreto, a cultura é

a antítese da natureza, no sentido de que ela importa uma mudança do natural, no sentido de fazê-lo belo e bom”. Designa pelo nome geral de natureza “o estado originário das coisas, o estado em que elas se acham depois do seu nascimento, enquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com sua inteligência e vontade, não influi sobre elas e não as modifica (PAIM, 1979, p. 62 e 65).

Tobias Barreto acompanhou a mudança processada na ideia de cultura elaborada na Alemanha. Kant e Hegel permitiram-lhe, cada um a seu modo, compreender a cultura como objeto filosófico. Incluía a capacidade humana de estruturar projetos racionais, base da meditação filosófica. Tobias observou as consequências negativas de se reduzir cultura a uma categoria restrita da ciência sociológica, conforme entendiam os positivistas. Compreendeu-a como expressão de valores e, assim, chegou a um conceito de cultura abrangente da ideia de que se trata de uma forma de controle e aperfeiçoamento do homem e de um resultado da ação:

A sociedade enquanto conjunto de pessoas em movimento decide pelos valores que elege, formula-os como expressão histórica. Devemos

compreender a cultura como um elemento capaz de impor ao sujeito o autoaperfeiçoamento. A cultura passa a ser entendida como um sistema de forças que tem objetivos éticos. A prática cultural provoca a eliminação das anomalias da vida social, e o conceito de seleção natural empregado por Darwin ganha o sentido de uma seleção ética, jurídica, religiosa, intelectual, estética, cuja orientação contraria a noção de evolução biológica (CARVALHO, 2011, p. 82-3).

Clóvis Beviláqua sintetizava:

Assim como o lago, cristalino ou turvo, reflete o firmamento, cada um de nós reflete, fraca ou fortemente, o espírito dominante na época em que vive, porque o homem é parte componente do meio social, cuja influência necessariamente recebe (ROMÉRO, 1956, p. 17).

O pensador cearense era cético ao afirmar:

É bem verdade que não podemos apresentar no Brasil um filósofo que incontestavelmente tenha dado contribuição original e indispensável ao pensamento filosófico e científico da humanidade, a ponto de provocar em Tobias Barreto a afirmação de que: ‘não há domínio algum da atividade intelectual em que o espírito brasileiro se mostre tão acanhado, tão frívolo e infecundo como no domínio filosófico’ (Tobias Barreto – ‘Questões Vigentes’ – pág. 245). E o pensador sergipano tinha razão na época em que escreveu, porque pode-se afirmar, em face de indagação histórica, que a Filosofia, nos três primeiros séculos de nossa existência, foi totalmente estranha na literatura nacional, devido ao abandono da colônia, e, ainda mais, ao atraso da metrópole, em relação ao pensamento filosófico da época. Foi preciso avançar quase um século mais, para que se deparasse com algum produto desta ordem, e, assim mesmo, como uma pequena realidade.

Entretanto, se nada criamos de original no domínio filosófico, refletiu sempre a nossa mentalidade, mais ou menos intensamente, com firmeza de convicção variável, as tentativas de interpretação do mundo que a ciência universal engendra. Ao tempo em que escrevia Tobias

aquelas palavras, estávamos assistindo ao mais brilhante surto, que, no campo filosófico, até então, havíamos conhecido; e, porque Portugal não tinha filósofos, era natural que as nossas vistas se voltassem para outros países, principalmente a França, que, desde longos anos, tem sido a nossa metrópole intelectual, apesar das concessões mais francamente feitas, agora, à literatura alemã, à inglesa, à italiana e à russa (ROMÉRO, 1956, p. 169).

Como antes mencionado, Clóvis não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inextinguível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias (ROMÉRO, 1956, p. 170). Foi um livre pensador e definiu filosofia como “a mais alta generalização dos conhecimentos humanos fornecidos pelas ciências particulares”. Para ele, o “caráter essencial da filosofia, o que a distingue de todos os outros conhecimentos, é a universalidade” (ROMÉRO, 1956, p. 171 e 198).

Ainda moço, foi influenciado pelo grande movimento filosófico nascido e propagado na França, sob a liderança de Auguste Comte. Esse movimento repercutiu no Brasil através dos grandes vultos de Miguel Lemos e Teixeira Mendes. Atraiu figuras das mais representativas da cultura brasileira, como Benjamin Constant, Martins Júnior, Clodoaldo de Freitas, Pereira Barreto e tantos outros, quase todos adeptos do regime republicano (ROMÉRO, 1956, p. 172).

A Proclamação da República no Brasil, em 1889, decorreu de um movimento militar inspirado pelo ideário positivista. A bandeira nacional, desde então, ostenta o dístico “*Ordem e Progresso*”:

Os oficiais que se reuniam (à volta do Marechal Floriano Peixoto) possuíam outras características. Eram jovens que haviam frequentado a Escola Militar e recebido a influência do positivismo. Concebiam sua inserção na sociedade como soldados-cidadãos, com a missão de dar um sentido aos rumos do país. A República deveria ter ordem e também progresso. Progresso significava [...] a modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações (FAUSTO, 1994, p. 246).

No Rio, onde fez estudos preparatórios, recebeu Clóvis Beviláqua os primeiros ensinamentos do positivismo, por intermédio dos trabalhos de Miguel Lemos, mas se firmou na doutrina no Recife, lendo o próprio Comte. Aprimorou seus conhecimentos com o estudo dos trabalhos de Littré e S. Mill, os dois maiores comentaristas do positivismo.

Mais tarde, estudou a fundo todos os sistemas e concepções filosóficos, lendo monistas e dualistas, cepticistas e moralistas, enciclopedistas e ideologistas, pessimistas e otimistas, ecletistas e sensualistas, teologistas e misticistas, quietistas e dogmatistas, positivistas e evolucionistas. Decorrido algum tempo, Clóvis Beviláqua notou algumas falhas na doutrina do positivismo e passou a se dedicar ao transformismo darwiniano, depois ao monismo haeckeliano, para terminar firmando-se no evolucionismo spenceriano, talvez devido à influência de Tobias Barreto e Sílvio Romero, que a princípio foram também comtistas.

Entretanto, Clóvis não se submeteu incondicionalmente ao grande pensador inglês, naqueles pontos em que o evolucionismo ainda não conseguira convencer plenamente nem calar as rebeldias da crítica, como na classificação dos conhecimentos humanos, na teoria sobre o desenvolvimento das ideias religiosas e na tentativa de conciliação entre a religião e a ciência (ROMÉRO, 1956, p. 172).

Considerava o agnosticismo, sem dúvida, uma das notas fundamentais da filosofia deste século:

Porém o sábio que afasta em todos os domínios da natureza a intervenção do sobrenatural não poderá, sem notável inconseqüência, fazer do que ele ainda não conhece uma redoma onde vá colocar um princípio que ele ainda conhece menos. Prefiro considerar a religião como uma criação fundamental do espírito humano sim, porém que emudece quando o verdadeiro sábio a interroga sobre as dúvidas que lhe atormentam o espírito indagador' (Clóvis Beviláqua – 'Sílvio Romero' – Lisboa, 1905 – p. 41) (ROMÉRO, 1956, p. 197-8).

Em síntese:

Clóvis Beviláqua foi um espírito aberto à compreensão e à tolerância ideológica, mesmo quando seu pensamento era divergente. Não fez da

Filosofia o maior motivo de suas preocupações mentais; mas durante vários anos teve nela um objetivo consciente de realização, estruturado e definido através de páginas que evidenciam uma inteligência superior. Foi o direito que atraiu, em definitivo, o seu espírito; jamais, porém, abandonou a visão filosófica dos problemas humanos na pesquisa jurídica. A sua obra de jurista tem sangue de pensador da Filosofia: é uma das raízes mais penetrantes de sua grandeza (NOGUEIRA, 1959, p. 45-6).

7. A filosofia do direito em Clóvis Beviláqua

Para Antonio Paim, o momento áureo da Escola do Recife não está na filosofia, mas na filosofia do direito. Pela primeira vez em nossa cultura o direito é transformado em fenômeno histórico, sujeito a se desenvolver no tempo e ligado à vida. Tobias Barreto, seguindo Jhering, mas igualmente contribuindo com ideias próprias, proclamou que, “no imenso mecanismo humano, o direito figura também como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza”. Não mais o direito natural abstrato e divinizado, mas o fenômeno histórico, produto cultural da humanidade, ligado à violência e à luta. Numa expressão magistral Tobias Barreto diria que “a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força” (PAIM, 1997, p. 96).

Prossegue Barreto:

Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus póstumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem.

A proposição do programa é menos uma tese do que uma antítese; ela opõe à velha teoria, fantástica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade em seu desenvolvimento.

[...] Quando, pois, dizemos que o direito é um produto da cultura humana, é no sentido de ser ele um efeito, entre muitos outros, desse pro-

cesso enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade; processo que começou com o homem, que há de acabar somente com ele, e que aliás não se distingue do processo mesmo da história” (2001, p. 31-3).

Clóvis Beviláqua também assinalou suas concepções jurídicas:

Não é preciso discutir agora as diferentes definições dadas ao direito por filósofos e juristas. Seria ocioso. Como resultado de indagações anteriores, estabelecemos que, sociologicamente, o direito é uma regra social obrigatória, quer sob a forma de lei, quer sob a de costume. É desse ponto de vista que JHERING o define: ‘complexo das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público’. Olhando-o por esse mesmo aspecto, disse STAMMLER que o direito não é mais do que ‘o modo pelo qual os homens realizam, em comum, a sua luta pela existência.’ [...]

Era preciso dar ao direito maior elasticidade, para que ele não fosse um entrave à evolução social, que, afinal, depois de alguma resistência, passaria por cima da lei assaz rígida, desorganizando a função normal das fontes jurídicas dos tempos modernos. Percebeu-o, inteligentemente, um dos mais ilustres mestres da Faculdade de Paris, BUFNOIR. Compreendendo que o direito oferece uma extensão maior do que a dos textos, e que não é a lógica o único instrumento de que se deve servir o intérprete, ensina que ‘a ciência do direito deve dobrar-se às exigências da vida real, e a solução que preconiza é a mais em harmonia com as necessidades e as tendências da sociedade, no meio da qual desenvolve as suas doutrinas.’ Esta orientação é seguida por SALEILLES, que desenvolve o ponto de vista do BUFNOIR; por GENY, que dá um passo adiante e quer estabelecer o prestígio da livre indagação científica, ‘inspirando-se nos resultados fornecidos por todas as disciplinas, que, analisando o mundo social, revelam, na sua estrutura íntima e nas suas exigências profundas, o que se pode chamar de natureza positiva das coisas; por LAMBERT, o profundo e erudito escritor do ‘Droit civil comparé’, e por muitos outros. Esta feição nova da doutrina em França e as audácias crescentes de jurisprudência, mostram, de um lado, que as ideias sobre interpretação

já não satisfazem mais hoje as exigências do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito (1976, p. 17-8, 47-8; grifos no original).

A grande contribuição do jurista Clóvis Beviláqua – um dos maiores, senão o maior, que o Brasil conheceu – ainda se faz presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte nacional para interpretação da lei federal:

O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, ‘há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro’. ‘Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (*Les Forces Créatives du Droit*, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado; ‘deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada’, pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta (trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial nº 196-RS, *in* Revista dos Tribunais, v. 651, janeiro de 1990, p. 170-3).

Nota

1. Rogério Medeiros Garcia de Lima. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. rogeriom@tjmg.jus.br

Referências

- AZEVEDO, F. de. *A cultura brasileira* – Introdução ao estudo da cultura no Brasil. São Paulo: Melhoramentos, Obras Completas, v. XIII, 4. ed. 1964.
- BARRETO, T. *Introdução ao estudo do direito* – Política brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

- BEVILÁQUA, C. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2. ed. revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, 1976.
- CARVALHO, J. M. de. *Miguel Reale: Ética e Filosofia do Direito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- CHACON, V. *Formação das ciências sociais no Brasil (Da Escola do Recife ao Código Civil)*. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 2. ed. 2008.
- COUTINHO, João Pereira. Eça agora! *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 nov., 2014, Caderno Ilustríssima, p. 4-5.
- FAUSTO, B. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Educacional, 1994.
- FREYRE, G. *Casa Grande & Senzala*. 22. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.
- MÔNICA, M. F. *Eça: vida e obra de José Maria Eça de Queirós*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- NOGUEIRA, A. *O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: DASP – Serviço de Documentação, 1959.
- PAES, J.; MASSAUD, M. (organizadores). *Pequeno Dicionário de Literatura Brasileira*. São Paulo: Cultrix, 1967.
- PAIM, A. *O estudo do pensamento filosófico brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1979.
- PAIM, A. *A Escola do Recife – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil*. Londrina: Editora UEL, v. V, 3. ed. 1997.
- REALE, M. *Filosofia do Direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ROMÉRO, L. *Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.
- SARAIVA, A. J.; LOPES, Ó. *História da Literatura Portuguesa*. 4. ed. Porto: Porto Editora Ltda., sem data.
- SCHUBSKY, C. *Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro*. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

Assédio moral sob a roupagem da perversão psicológica

Erenê Oton França de Lacerda Filho¹

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba

Resumo: A crescente prática velada do assédio familiar, empresarial, em círculos sociais e as sequelas sofridas pelo assediado têm despertado a atenção do legislador e juristas no intuito de refrear e sancionar os assediadores. Esta forma desleal de obter vantagens possui raízes no lado oculto do ser humano – a mente humana. O assediador, de regra, possui distúrbio patológico, que surge em tenra idade e merece observação, sob pena de se cometerem equívocos jurídico-interpretativos. A abordagem abaixo versa os ditames legais e hermenêuticos, comparativos com a literatura e a sétima arte, bem como a questão da psique do assediador, suas práticas, intenções e os danos suportados pelas vítimas.

1. Introdução

O ASSÉDIO ESTÁ PRESENTE NO COTIDIANO e nas relações profissionais, na perseguição de um indivíduo sobre outro, com a intenção de manipular e dominar. Este domínio resulta no surgimento velado de múltiplas doenças psíquicas. Por sorte, o fluxo de informações acessíveis pela rede mundial de computadores viabiliza ao público a obtenção de conhecimentos e de como se precaver do “inimigo oculto” e outros sujeitos de má intenção.

O assediador oculto se apresenta de diversas formas, mas o intuito principal da pessoa patologicamente diagnosticada como perversa é destruir a sua “vítima”, apoderando-se de algo que ela [o perverso] não possui e enxerga no outro.

Ao longo da vida, as pessoas estão suscetíveis a conviver com assediadores, com pessoas de má índole, mau caráter; mas uma análise sob a ótica psicanalista aponta para possíveis traumas infantis. Os psicanalistas divergem se a origem do assédio moral está no narcisismo ou na perversão.

2. O assédio perverso ao longo das eras

A perversidade remonta à antiguidade, quando prevalecia a lei do mais forte, destacando-se como chefe do clã, como príncipe, rei ou imperador aquele que engendrava acordos políticos, usurpava o poder alheio, impunha sua vontade, determinava a morte de outros indivíduos etc. É ilusório pensar que os grandes líderes de épocas passadas foram pessoas boas e de forte senso de alteridade; pelo contrário, os vencidos eram escravizados e sofriam todo tipo de abuso.

O período feudal esteve recheado de práticas perversas. Por exemplo, a vassala, em noite de núpcias, deveria se submeter sexualmente ao senhor feudal, caso este desejasse. Na Idade Moderna houve o extermínio de ameríndios pelos colonizadores, em total crueldade e indiferença.

Atualmente, o assédio ocorre pelo abuso e domínio de alguns indivíduos sobre outros, com ênfase no ambiente profissional, familiar, escolar e social. Não há mais o domínio de um sobre todos, mas pequenas dominações em uma cadeia social complexa.

Os psicólogos cunharam diversos conceitos acerca do assédio perverso praticado entre indivíduos. Os exemplos: *mobbing* – assédios variados na empresa; *bullying* – de *to bully*, tratar com grosseria e ataques aos mais fracos; o *bullying* ocorre nas relações sociais, escolares, sendo a vítima alvo de trotes violentos; *harassment* – da revista americana *Violence and victims*, consiste nas provocações repetidas. A repetição pode incutir no inconsciente do indivíduo que as provocações/afirmações são verdadeiras, passando a vítima a crer naquilo que é dito. Ou resulta em impulso de

autodefesa – após reiteradas provocações, ocorre o “efeito curto circuito”, quando a vítima reage de forma verbal ou as vias de fato, sem refletir nas consequências. Neste momento o perverso faz o papel de vítima, atingindo o seu intuito, desestabilizando o equilíbrio mental do outro e o desmoralizando perante outras pessoas. Há ainda *ijime* – no Japão as avaliações escolares periódicas pré-selecionam os estudantes mais aptos para as melhores carreiras, gerando a natural rivalidade. O problema são os trotes violentos e a pedagogia rígida aplicada. O resultado é um perpetuar de agressões ao longo das gerações.

3. Reflexo jus-social

Nas relações de trabalho, objetiva-se as metas de produtividade, há disputa por cargos superiores ou receio em perdê-lo, troca de favores ou a interferência da família, de regra em empresas familiares ou quando os dirigentes possuem companheiras dominadoras e ciumentas. O resultado é o mal-estar do século XXI, com a crescente ingestão de medicamentos ligados à saúde mental.

A Justiça do Trabalho tem intervindo nas questões empresariais, aplicando sanções pecuniárias de cunho trabalhista onde ocorra assédio moral. A Constituição da República, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, proteção à imagem, à honra e à moral do cidadão, previu o direito a indenizações (art. 5º, incisos V e X). No Código Civil, destacam-se os artigos 186 e 927, que norteiam sobre a responsabilidade civil, com a imposição de sanção pecuniária contra atos atentatórios à moral e aos direitos subjetivos. Por sua vez, o Código Penal trata do assunto, entabulando como crime: a rixa, calúnia, difamação, injúria e a entrega de filho menor a pessoa de índole duvidosa, quando for sabido que o infante estará em perigo moral e material.

Afora as legislações de proteção ao menor e à pessoa idosa, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o tema: “37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. 227 – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. 387 – É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral.”

O filme “Terra Fria” retrata a questão do assédio moral no âmbito empresarial:

Charlize Theron, interpreta Josie Aimes, uma jovem mãe que foge do marido agressor, no início dos anos 70. Ela volta para Minnessota, sua terra natal, e se torna uma das primeiras mulheres a trabalhar em uma mina de ferro, cujos empregados eram na maioria moradores locais, incluindo seu pai. Josie e suas colegas são constantemente molestadas, verbalmente e fisicamente, pelos homens que trabalham com elas. Mesmo reclamando, não conseguem serem respeitadas, pois os proprietários da mina ignoram a situação. Josie, então, decide mover uma ação legal contra eles. - A história é uma versão ficcionalizada do caso real *Jenson vs. Eveleth Mines*, primeiro processo bem sucedido de assédio sexual julgado nos Estados Unidos. Michael Seitzman (*Seu Amor, Meu Destino*) assina o roteiro, adaptado do livro de Clara Bingham e Laura Leedy (Warner Bros, 2006, 126 min.).

Já o filme “Assédio Sexual” aborda os artifícios para ascender na carreira:

Tom Sanders [Michael Douglas] sempre se considerou um importante funcionário da DigiCom, pelo menos, até o dia em que a bela Meredith Hohnson [Demi Moore] é escolhida para ocupar o principal cargo do departamento que ele trabalha. A partir daí, Sanders percebe que suas chances de uma promoção se esgotaram. Nesse mesmo dia, Meredith o convoca para uma reunião depois do expediente. Ele acha estranho a garrafa de vinho e o ambiente à meia-luz. Antes que possa fazer qualquer coisa, ele percebe que está sofrendo um assédio sexual por parte de sua nova chefe [...] e abandona a reunião. No dia seguinte, quando pretende denunciar o caso, Tom descobre que é ele quem está sendo acusado!

Agora, sua carreira e sua vida particular estão em jogo. Existe algo errado por trás de toda essa situação [...] e somente Sanders poderá provar que Meredith é a verdadeira culpada (Warner Bros, 1994, 128 min.).

Denota-se a problemática do assédio na falta da razão aparente para o início das hostilidades, dificultando a identificação do perverso-assediador e da vítima.

4. Distinção psicanalítica

Sigmund Freud inverteu a análise clínica do indivíduo passando a descrever as razões originárias de determinadas patologias na fase infantil. Seus estudos são pautados na criança, em especial nos primeiros anos de vida. Iniciou estudos e criou conceitos sobre: o inconsciente, associação livre, afetos e emoções, castração, complexo de Édipo, Eros, inveja, angústia, exibicionismo, sadomasoquismo, sublimação, superego, libido, fantasia, depressão, fobia, paranoia, culpa histeria, perversão e narcisismo.

Sobressalta-se que os conceitos estão entrelaçados. Por exemplo, o perverso possui um narcisismo deturpado. Existe o narcisismo saudável e o patológico, este é um indivíduo vazio, que provavelmente sofreu rejeições consideráveis na infância. O sentimento de menosprezo faz com que o adulto, nestas condições, busque relacionamentos onde o outro/a vítima preencha o déficit existencial. A questão está na forma como se desenvolve o relacionamento, na dominação exercida sobre o outro. Um liame entre controle e assédio psicológico, neste momento surge o narcísico-perverso.

O perverso procura poder, quer manipular e dominar suas vítimas (filhos, cônjuge, colegas do trabalho, de estudos, do clube), através do jogo de palavras, com pequenas mentiras, narrando fatos de forma tendenciosa, no menosprezo pelo silêncio, no desrespeito.

No relacionamento afetivo, o perverso domina, pois o seu parceiro é muito tolerante. Com esta tolerância, a vítima, após um tempo e com falsas percepções incutidas em seu inconsciente pelo perverso, julga-se o responsável por receber esta carga de perversidade; não raro pensa ser o culpado.

Já a perversão para com os filhos ocorre na maneira de educá-los, com uma rígida educação e o pretexto de não se tornarem desobediente, con-

trários às regras sociais. A criança, em formação intelectual, busca a aceitação dos pais e com isso acaba se submetendo aos mandos e desmandos abusivos praticados, por se julgar responsável pela hostilidade do familiar perverso. Assim, observa-se que a criança cria traços de submissão para com seus pais e quando adulta para com seu cônjuge.

Na hipótese da separação do casal, havendo filhos, o perverso pode transmitir o rancor que sente do ex-cônjuge para o filho. Isso desemboca no massacre psicológico da criança e, quando adolescente ou adulta, em verdadeira alienação parental.

5. Artifícios utilizados pelo perverso assediador

A sedução é um dos artifícios iniciais. Busca-se envolver a vítima, de forma indireta, aos poucos subtrai-se a intenção livre da vítima, ludibriando-a sob o manto de uma falsa sensação de proteção. Após, perde-se a capacidade de defesa. Neste momento atos de resistência são repelidos com certa violência psíquica, atingindo a inteligência e a moral, o que deixa a vítima em estresse permanente. A comunicação utilizada varia entre sarcástica, mentirosa, com gestos de desdém, silêncio, entre outras. É interessante notar que o perverso quando obrigado a falar sobre o seu silêncio responde com outra pergunta vazia, sem sentido. Por vezes, adota um discurso nobre, como se estivesse ensinando lições de moral ao seu pupilo.

Quanto à mentira, a tática está no uso de uma narrativa esquiva. O perverso sempre busca uma resposta que não atinja as suas fraquezas e as oculte, com uma narração dúbia. Quando pressionado a responder, muda de assunto ou tenta direcionar a conversa para outros pontos ou responde por monossílabos. Caso seja indagado para esclarecer sobre a mentira anunciada, acaba por exaltar-se com o fito de constranger o interlocutor, demonstrando que a pergunta é inoportuna, ou silencia.

O sarcasmo está nas atitudes gestuais e olhares de menosprezo; transmitem complacência, piedade, tudo de forma a gerar inquietude, insegurança, com o intuito de diminuir as qualidades da vítima. Menosprezo que, não raras vezes, o perverso narra a outras pessoas. Pior, o perverso

realiza uma propaganda contra a vítima, induzindo outras pessoas a se rebelarem ou intuïrem falsas premissas sobre a moral alheia.

A questão surge quando a vítima, ao invés de se submeter, percebe a realidade e tenta manifestar um revide, que o perverso narcísico interpreta como um suposto ódio da vítima, justificando com isso as investidas para destruir, manipular e dominar.

6. Perfis perversos

Marie-France Hirigoyen traz interessante classificação evolutiva desta patologia da perversão narcísica e os tipos megalomaniacos, vampiristas, irresponsáveis:

Os perversos narcisistas são considerados psicóticos sem sintomas, que encontram seu equilíbrio descarregando em um outro a dor que não sentem e as contradições internas que se recusam a perceber. Eles ‘não fazem de propósito’ o mal que fazem, eles fazem mal porque não sabem agir de outro modo pra existir. Foram eles próprios feridos em sua infância e tentam assim manter-se vivos. A transferência da dor lhes permite valorizar-se às custas do outro (HIRIGOYEN, 2010, p. 141).

O narcísico, por ser alguém vazio, deficitário de autoestima e que projeta no outro algo que gostaria de possuir, torna-se uma espécie de “parasita”. As falsas premissas sobre si mesmo criam em seu imaginário a impressão de ser uma pessoa especial, acima da média, e de que os demais estão a servi-lo.

O parasitismo consiste em dominar o outro de tal forma que esta pessoa passe a estar ao inteiro dispor do perverso, e a vítima acaba modelada ao ponto de que pareça um espelho. Neste espelho, que é o outro, o perverso tenta de qualquer forma vislumbrar a sua imagem, rechaçando traços que lhe sejam diferentes.

Já na megalomania, observa-se a empáfia que o perverso demonstra ou pelo silêncio ou pelo tom professoral que dita suas palavras. O fato é

que busca atenção a qualquer custo, utilizando-se destes dois subterfúgios para ser notado e reverenciado.

O denominado vampirismo está presente na inveja sobre o que não possui e constata no outro. Isto gera um sutil furto de valores subjetivos, por exemplo: absorver ideias e projetos de outrem e propagá-los como de autoria própria.

Quanto à irresponsabilidade, o perverso, em sua psique, julga estar agindo da maneira correta, atuando contra “seus agressores”. São sempre os outros que causam a sua dor e o tornam amargo. Inexistem traços de remorso.

É interessante a argúcia do perverso em ocultar suas intenções, sabotando e manipulando suas vítimas para afastá-las dos demais, tornando-se uma pessoa agradável após o êxito de sua empreitada. Na prática, um terceiro desinformado passa a duvidar da versão apresentada pela vítima, concedendo créditos à versão do perverso.

Em sua patologia, os afetos são um tanto superficiais, pois quando feridos buscam a vingança pensada, bem calculada. No primeiro momento, parece que o fato é irrelevante, mas o perverso remói e espera o momento para agir.

7. E a vítima

Pode ser qualquer pessoa que demonstre um potencial rival nas relações profissionais ou estudantis, um parceiro afetivo ou mesmo na relação pais-filhos. As razões específicas são de difícil mensuração. O perverso procura pontos de vulnerabilidade de suas vítimas ou traumas sofridos para manipular e dominar:

A violência perversa confronta a vítima com sua falta, com os traumas esquecidos de sua infância. Ela excita a pulsão de morte que existe em embrião em todo indivíduo. Os perversos procuram no outro o embrião da autodestruição, que basta ativar por meio de uma comunicação desestabilizadora. A relação com o perverso funciona como um espelho negativo: a boa imagem de si é transformada em desamor.

A vítima não é, em si mesma, masoquista ou depressiva. Os perversos vão usar a parte depressiva ou masoquista que nela existe (HIRI-GOYEN, 2010, p. 154).

Alguns psicanalistas entendem que esta submissão da vítima ao perverso pode ocorrer de forma livre e espontânea. Também há de se considerar a inércia da vítima, sem que perceba o assédio já não possui forças para reagir e acaba se conformando com sua situação.

Em geral, a vítima julga ser merecedora do sofrimento e propensa à culpa. Neste sentido, a literatura que se tornou filme de Franz Kafka – *O Processo* – alude à confusão mental que o personagem central sofre ao ser perseguido e punido sem saber o motivo. Depois a vítima duvida de sua própria inocência. Por fim, nada mais sabe.

Outro traço característico da vítima é o excesso de transparência e vigor que apresenta para com a vida. A prudência sempre anuncia a ponderação nas palavras, mas a vítima, por ser transparente demais, acaba se expondo, o que a torna vulnerável e suscetível ao vampirismo. Vira objeto de desejo do perverso, em especial nos relacionamentos afetivos, pois a felicidade alheia causa inveja ao perverso, transformada na necessidade de esgotamento desta perspectiva positiva para posterior dominação. Com isso, a enorme quantidade de informações anunciadas sobre si [vítima] possibilita ao perverso engendrar uma arquitetura perfeita para seduzir, dominar e manipular.

8. Falsas premissas

É salutar não confundir o distúrbio narcísico, que gera uma perversidade, na qual o indivíduo que sofre deste distúrbio procura preencher o seu vazio; o indivíduo sociopata, que tem dificuldade em se relacionar com o outro e com a ordem imposta; e o psicopata, além da sociopatia deve cumular outra psicopatologia.

O assédio moral pode ser praticado pelo perverso-narcísico, pelo sociopata ou pelo psicopata; é a finalidade almejada de cada tipo patológico que se diferencia. Contudo, a característica em comum consiste na ausência de culpa, remorso, senso moral; logo, faltam-lhes emoções inten-

sas e sentimentos sobre as experiências vividas, como a autoconsciência emocional, lidar com esta carga emotiva e sua intensidade, reconhecer as emoções alheias ou lidar com relacionamentos de maneira saudável. As emoções sentidas são aquelas relacionadas aos sentimentos primitivos de dor ou prazeres físicos, momentâneos. Sem delongar, são bem-vindas e precisas as palavras de Stout:

Psicopata é o termo mais popular para nos referirmos à sociopata, distúrbio que se caracteriza pela falta de consciência e que é bem mais comum do que imaginamos, atingindo uma em cada 25 pessoas.

Entre seus principais 'sintomas' estão: incapacidade de adequação às normas sociais; falta de sinceridade e tendência à manipulação; impulsividade; irresponsabilidade persistente e ausência de remorso.

Para atingir seus objetivos, o psicopata é capaz de mentir, roubar, manipular e até matar sem sentir culpa alguma. Talvez seja um marido agressivo, um pai que maltrata os filhos ou um chefe que humilha os funcionários.

Embora saibam o que é certo ou errado, os sociopatas simplesmente não se importam com isso. Conhecem as regras da sociedade e entendem como nós, pessoas com consciência, agimos e pensamos – e lançam mão disso para nos manipular e circular despercebidos em nosso meio (2010, p. 258).

Os sintomas e a forma de agir são iguais, mas é necessário perspicácia para diferenciá-los [perverso-narcísico, sociopata e psicopata], sob pena de se criar falsas premissas e por consequência um prejuízo indevido, com depreciativas denominações. Ora, chamar o indivíduo de psicopata, socialmente torna-se mais depreciativo do que perverso-narcísico.

9. Conclusão

O assédio moral é consequência de uma patologia na qual se vislumbra toda a crueldade oriunda do distúrbio patológico. Como visto, a psicose pode ser: social (sociopata), social cumulada com outra patologia

(psicopata) ou traumas infantis cumulados com déficits na fase adulta (perverso-narcísico). E os assediadores, com suas diversas roupagens, estão a espreita de pessoas vulneráveis que serão suas vítimas.

As consequências suportadas pelas vítimas são nefastas, por vezes infringem máculas introjetadas ao longo de toda uma vida. Lembrando que as comunicações cada vez mais céleres, o mundo globalizado, a agitação no cotidiano, tudo contribui à estafa mental. Isto somado ao assédio fez com que os profissionais da medicina já tenham constatado que o mal do século XXI está interligado à saúde mental.

O aprimoramento dos profissionais da área que envolve a psique humana, através de publicações, em fácil linguajar, tem facilitado o acesso da sociedade para conhecer este estereótipo patológico e criar, individualmente, mecanismos de defesa.

Nas ciências jurídicas, a jurisprudência tem sido a “pedra de toque” para refrear a ação impune do assediador. Contudo, vale rememorar que nas questões cotidianas do mundo jurídico o assédio moral pode se apresentar de forma velada, através do exercício de retórica ou na utilização de artimanhas com o intuito de mascarar ou deturpar a realidade dos fatos, mesmo em sacrifício da justiça.

Nas ciências jurídicas, a jurisprudência tem sido a “pedra de toque” para refrear a ação impune do assediador

Abstract

The growing veiled practice of harassment within family, corporate environments and in social circles as well as the consequences suffered by the harassed person have attracted the attention of legislators and lawyers in order to curb and punish harassers. This unfair means to obtain advantages has roots in the hidden side of the human being – the human mind. The stalker usually has pathological disorders that appear in early age and this deserves to be noticed, or legal mistakes and misinterpretations could be committed. This article will approach the legal and hermeneutical dictates, using comparative literature as well as the so-called seventh art, and

will tackle the matter of the psyche of the stalker, their practices, intentions and the damage endured by the victims.

Nota

1. Erenê Oton França de Lacerda Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-graduado pelo Curso de Especialização para Preparação à Magistratura da Escola da Magistratura do Paraná. Pós-graduando do Curso de Especialização em Sociologia Política da Universidade Federal do Paraná.

Referências

- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução Maria Helena Kühner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Sextante, 2010.
- Assédio sexual [Filme-vídeo]. Produção Warner Bros, direção Barry Levinson. Estados Unidos, Warner Home Video, 1994. 1 cassete VHS/NTSC, 128 min. color.son.
- Terra fria [Filme-vídeo]. Produção Warner Bros, direção Niki Caro. Estados Unidos, Warner Home Video, 2006. 1 compact disc DVD, 126 min. color.son.

Não há justiça sem Deus

Cândido Furtado Maia Neto¹

Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná

*“Não há Justiça sem Inteligência, sem Amor,
sem Direitos e Deveres Humanos”*

QUEM TERIA DITO ‘NÃO HÁ JUSTIÇA SEM DEUS’? Nada menos do que o patrono dos advogados brasileiros, grande e honrado baiano, doutor Rui Barbosa², ex-ministro da justiça, ex-membro da Academia Brasileira de Letras e eminente jurista de renome internacional.

Disse Rui: *“De quanto no mundo tenho visto, o resumo se abrange nestas cinco palavras: não há justiça sem Deus.”*³

E “não há defesa para aqueles que desprezam o grande altar da justiça de Deus”⁴.

Com certeza estava o águia de Haia se referindo a Deus como inteligência suprema, soberanamente justo e bom, e não como filosofia religiosa, pura e simples, e sim teologicamente falando, com fé segura ou racional. Deus ama a justiça e não aceita nenhum tipo de injustiça.

No âmbito do direito constitucional democrático, quando o Estado é laico há a separação entre o poder público governamental e a religião, inexistindo qualquer espécie ou tipo de culto oficial. “É livre a manifestação de pensamento; é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo livre o exercício dos cultos religiosos, e ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa” (incs. IV, VI e VIII do art. 5º CF); assim definido desde a primeira Constituição republicana de 1891, dos Estados Unidos do Brasil, quase inteira sob autoria de Rui Barbosa, onde prescrevia: “Todos os

indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto” (§ 3º do art. 72)⁵. Deus é de todos os homens sem distinção.

Portanto, nos regimes democráticos nada impede que conste a expressão pragmática e metafísica “*Sob a Proteção de Deus*”, no preâmbulo das cartas magnas, como aparece na Constituição Cidadã de 1988; posto que significa um valor supremo das sociedades justas, livres, solidárias (art. 3º, inc. I, CF) e fraternais⁶.

Segundo o professor Sérgio Luiz Souza Araújo, da Universidade Federal de Minas Gerais, em seu excelente artigo “Ideologia e Eficácia do Preâmbulo nas Constituições”⁷, os preâmbulos das cartas magnas possuem valor jurídico, porque condensam a coluna vertebral do ordenamento normativo.

No preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)⁸, encontramos: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de *razão e consciência*, devem proceder *fraternalmente* uns para com os outros. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência de outros de ordem moral, que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque *o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria.*”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) no seu artigo 1º prevê: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de *razão e consciência* e devem agir em relação uns aos outros com *espírito de fraternidade.*”

A *fraternidade* é um dos três pilares da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), juntamente com a *igualdade* em todos os sentidos entre homens e mulheres, e a *liberdade* como direito de ir e vir (*ius libertatis*), de pensamento e de ação (livre-arbítrio).

Note-se, nos tribunais superiores, ministros e desembargadores quando abrem os trabalhos das sessões de julgamentos invocam a proteção de Deus; obviamente é uma forma laica para que o bem e a boa intenção estejam presentes, e justiça seja feita nos casos concretos, posto que os humanos são passíveis de equívocos.

O mal, o ódio ou a vingança são pura ignorância que opera a destruição; já a tolerância é sábia, produto da inteligência, virtude que inspira *fraternidade* como profilaxia segura ao prestígio da justiça⁹.

O antônimo de amor é ódio, a própria negação do princípio de amor; se extirparmos o ódio como interesse pessoal, teremos justiça imparcial com a positivação direta do princípio de amor, que não é relativo, pois o amor não depende de nenhuma circunstância, é absoluto.

Somos iguais, semelhantes, seres racionais, por isso não devemos rotular ou classificar pessoas como “más” ou “homens inferiores”; os humanos erram, e não existe uma pessoa totalmente cruel, desumana ou insensível, pois o perdão começa pela autorreflexão. Quem usa o dom maior da inteligência e da paciência não consegue ser tão rigoroso com os demais.

Só o amor é composto de sabedoria e consegue transformar uma situação real que a princípio poderia parecer injusta em justa. O amor substitui a injustiça, porque tem amparo nos desígnios do caminho justo e verdadeiro, como primeira e última instância sempre pronta para perdoar.

“O amor é soberano e supera todo engano” (Ana Carolina)¹⁰.

“Quando pratico o bem, sinto-me bem; quando pratico o mal, sinto-me mal.

Eis a minha religião” (Abraham Lincoln).

Deus está além dos próprios limites de entendimento, transcende a compreensão humana, Ele é o misterioso e o desconhecido, ao mesmo tempo a harmonia da natureza (*De Rerum Natura* – Da Natureza das Coisas), a fé humana, a verdade e a justiça.

Ao se obedecer a lei¹¹, teremos correção e justiça.

Os homens nada são exceto em sua relação com Deus, e a misericórdia não tem raízes nos homens mas em Deus, e sem Ele os homens realmente não existiriam. O homem é apenas o receptáculo da graça (do perdão e da justiça); e não a própria graça¹².

Tudo obrigatoriamente evolui para melhor. Ainda que o capitalismo possua aparência de ideal (no plano material), já se detecta, nesta nossa Era, que se encontra próximo ao colapso político. Este sistema econômico tem direcionado o direito para uma forma de interpretação e a aplicação das leis de maneira irracional, ou seja, o ter superando o ser, com injustiças e discriminações.

O materialismo não contribui com a justiça, pelo contrário, produz ao longo dos tempos muito ódio, violência, ganância, inveja, menosprezo social, poder, arrogância e ambição, conduzindo a uma justiça parcial, dos fortes contra os fracos, dos ricos contra os pobres etc.

Deste modo, é fundamental a difusão da filosofia e da união entre as pessoas, e não a divisão gerada através de classes e castigos aplicados em nome do Estado via punições exacerbadas (em ofensa ao princípio de humanidade ou *pro-homine*) ou por vias desnecessárias (em ofensa aos princípios da insignificância e da adequação social). Tal atitude autoritária distancia cada vez os seres humanos do amor e por consequência da justiça, aproximando-os da vingança pública, da intolerância e do ódio generalizado.

O pilar para a reestruturação dos direitos naturais e indisponíveis no contexto de uma verdadeira justiça social somente será erguido e mantido com respeito e solidariedade entre todos, sem distinção.

Assim vejamos:

O direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrupulo.

Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem¹³.

Podemos e devemos trabalhar ou entender a justiça e o amor como se fossem *duas linhas paralelas* que não se tocam, não se misturam, mas no infinito se encontram (para a realização plena da justiça); ou também como na forma de *duas linhas em espiral* na vertical, subindo ao firmamento sempre entrelaçadas, mas não se encostam, estão juntas, par a par, em busca de Deus ou do mesmo ideal, a justiça.

“É tão difícil chegar à Justiça como aos Céus” (Voltaire)¹⁴.

Deus, a suprema inteligência, a causa primária de todas as coisas¹⁵, criador do universo, o Princípio de tudo, da terra, do fogo, do ar e da água¹⁶ como elementos da natureza para a constituição da vida dos rei-

nos mineral, vegetal e animal. Poderíamos agregar a *justiça* como quinto elemento imaterial, invisível (sentimento de fé e de esperança) e também visível quando se concretizam direitos e o dever de cada ser humano por uma vida com justiça.

“*Só uma raça, a humanidade,
só um coração, com fé e amor,
só uma Justiça, a verdade, e
só um Deus, o Criador do Universo*”.

“Tudo é certo em saindo das mãos do Autor das coisas (o Criador), tudo degenera nas mãos do homem” (Rousseau)¹⁷.

Na última linha da “Divina Comédia”¹⁸, em que Dante se depara com a visão de Deus em pessoa, escreve que Deus não é apenas uma imagem ofuscante de luz gloriosa, mas que Ele é, acima de tudo, *l'amor che move il sole e l'altre stelle...* (O amor que move o sol e as outras estrelas...).

Os elementos para a compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal são explicados pelo Taoísmo¹⁹, como uma nova visão holística do direito, ante a sua cegueira científica, libertando o sistema dogmático-positivista das amarras para aproximá-lo à ética²⁰ e às leis da natureza. A ciência que combate a fé cega é a mesma que não questiona a eficácia de seus métodos. A norma fundamental não reside no campo do direito, pois o direito criou o seu mundo com fantasias e seu “modelo científico”. Assim, nada é absolutamente matéria ou energia. Não são apenas os seres humanos partículas do universo, onde cada ser é único e ao mesmo tempo o próprio Universo – representado por Deus –, onde a transdisciplinaridade recupera a visão filosófico-sociológica ultrapassada dos juristas-penalistas. A repressão tem mostrado resultado inadequado. O que se vê é uma sociedade autoritária e egoísta, que nada mais faz do que estimular condutas negativas. Não se encontrará a felicidade enquanto se fracionar o homem em corpo e espírito (vida e morte=pós-vida²¹), como se fossem categorias antinômicas; tudo isto, e muito mais, escreve e nos ensina Ávila Fagundez.

O materialismo
não contribui
com a justiça,
pelo contrário,
produz ao longo
dos tempos muito
ódio, violência,
ganância, inveja,
menosprezo social,
poder, arrogância e
ambição

A ordem jurídica somente tem sentido porque se relaciona com o ser, ou melhor, quando protege a dignidade da pessoa humana, seus direitos fundamentais, impondo ao Estado e à administração pública, através dos poderes, órgãos e instituições, o dever primordial de agir em prol da cidadania.

Se a justiça falha é porque não promove suas decisões com amor. É o amor que engloba a justiça, e não ao contrário²², onde os operadores do direito trabalham segundo o livre convencimento em busca do prestígio da justiça²³, por meio da verdade, da solidariedade, da compaixão, do perdão, da clemência, da indulgência, da fraternidade e da irmandade. Sendo o amor o maior dos mandamentos, nele residem todos os demais princípios reitores de direitos humanos e do sistema jurídico.

“O amor é a primeira condição da felicidade do homem” (Camilo Castelo Branco)²⁴. Todos nós estamos em constante processo evolutivo de aperfeiçoamento de ideias e condutas; só a fraternidade e solidariedade (= amor e justiça) permitem alcançar a felicidade espiritual.

Na Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU/1959), o princípio V prevê o direito ao amor; e no preâmbulo da Convenção sobre Direitos da Criança²⁵ encontramos que toda criança deve crescer em um ambiente familiar em clima de felicidade e *amor* (destaquei); note-se o direito ao amor presente desde o nascimento até a melhor idade²⁶, em prol da dignidade humana.

Em todos os códigos penais e constituições dos países, democráticos ou não, a graça e a misericórdia encontram-se presentes. Note-se, no mundo árabe onde o Alcorão é a base e contém os princípios da justiça muçulmana, “*Deus aparece como indulgente, prudentíssimo, sábio e misericordiosíssimo*”²⁷.

Até na aplicação da pena de morte existe o recurso jurídico do socorro espiritual para o condenado²⁸; se pensarmos bem é o Estado que precisa de socorro ético, para que a justiça possa ser mais humana no sentido de comutar a sanção capital por outra espécie de castigo ou punição aceitável à luz dos princípios de respeito à inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF).

“Não há crime, por maior que seja a sua gravidade, que não tenha direito à justiça” (Rui Barbosa); e ao perdão.

“Teu dever é lutar pelo direito, mas o dia que se encontre em conflito o direito com a justiça, luta pela justiça” (Eduardo J. Couture)²⁹.

Erra menos o juiz que atua com amor, porque se aproxima dos critérios de justiça. A aplicação fria da lei conduz a erros, vez que está distante ou separada da análise dos princípios universais de justiça e dos direitos humanos; cabe ao magistrado atuar com sensibilidade na trilha da caridade, sabedoria e bom senso, sem olvidar os direitos e deveres fundamentais constitucionais.

“No exercício da jurisdição, o juiz não está imune a erros. Deve, no entanto, ter a coragem de assumi-los e corrigi-los.”³⁰

A ideia de justiça está no íntimo do ser humano, na sua mente e na sua atitude; por isso, *com força e com vontade a felicidade há de se espalhar com intensidade*³¹ por toda a eternidade através de justiça.

“Aquele que não ama não conhece Deus, pois Deus é amor” (João 4:8), como sentimento humano para a realização imparcial do tratamento isonômico aos mais necessitados, perseguidos, acusados, julgados e principalmente aos sedentos de justiça. Aquele que não consegue perdoar, redimir ou atenuar faltas não conhece o significado de justiça.

Os profissionais do direito precisam se comprometer com a solidariedade, o mundo assim espera. “Sê tu a mudança que queres ver no mundo” (Mahatma Gandhi).

“Direito penal do perdão” nas palavras do professor espanhol Antonio Beristain; Jesus Cristo como homem da história universal perdoou os criminosos, a prostituta, e quando estava na cruz orou por seus acusadores e carrascos dizendo: “Pai, perdoa-os, eles não sabem o que fazem”, como derradeiro exemplo de justiça e bondade.

*“Que o perdão seja sagrado,
Que a fé seja infinita,
Que o homem seja livre,
Que a Justiça sobreviva”* (Ivan Lins e Victor Martins).

Justiça pelas vias semieruditas do latim, *justitia*, é a faculdade de julgar segundo a melhor consciência, que a penitência ao arrependimento dos atos indesejáveis, onde a culpa e a expiação (castigo) possuem remissão³².

O perdão judicial está na base dos princípios da humanidade (leia-se princípio *pro homine*) e da proporcionalidade do *ius puniendi*, da racionalidade e utilidade da *persecutio criminis*; e na dúvida absolve-se em base ao princípio *in dubio pro reo* – “onde houver dúvida, que eu leve a fé”³³, e não ao contrário, agravando e aumentando o castigo, ato este que prejudica o próximo e afeta o social (lei natural da causa e efeito), gerando a reincidência criminal.

“A justiça tem na mão uma espada, quando deveria ter, no lugar desta, um coração” (*Humberto de Campos*)³⁴.

A justiça penal não é aquela eminentemente retributiva, mas a que permite e efetiva a composição e a transação entre vítima e vitimário, por intermédio do Estado, visando à reconstrução e reconciliação entre semelhantes.

Perdoar é sublime e magnânimo³⁵; trata-se de elevação espiritual. Se assim não fosse, indubitavelmente estaríamos diante de reiteradas injustiças. Aquele que perdoador fica leve, tranquiliza a alma, e quem pune, castiga, carrega o peso da própria consciência, o remorso, o ódio etc. Punição não é a resposta pedagógica mais acertada, gera violência e mais revolta, porque não tem sentido lógico.

Não basta o delinquente deixar de fazer o mal, é preciso que faça o bem reconhecendo o erro, só assim haverá a reintegração social através da reparação da falta. Da mesma forma, cumpre aos profissionais do direito atenuar e minorar as consequências das pesadas sanções. A prática do bem cabe, sem nenhuma distinção, a todos para a evolução moral³⁶; as leis espirituais devem ser respeitadas e honradas pelos homens (por toda humanidade).

Nada escapa, na Terra ou nos Céus, da lei de causa e efeito³⁷.

“Nascer, morrer, renascer ainda e progredir sem cessar” (Goethe)³⁸.

“Estamos buscando a Justiça, que é um bem muito mais precioso do que muitas barras de ouro” (Platão)³⁹.

Justiça é mais do que utilidade, é transcendental, mas é também visível e concreta, e os seres humanos, primitivos, simples, pobres ou ricos, cultos e sábios, todos a desejam com fé e esperança.

Ressalto “nossa fragilidade sem Deus” ou a “fragilidade de uma justiça desumana, cruel, composta por juízes céticos e ateus”, que não creem em nada e duvidam de tudo.

Para a justiça ser forte precisa estar amparada nos ensinamentos cristãos, do homem histórico Jesus Cristo (o maior defensor dos direitos e deveres humanos⁴⁰, que deu o maior exemplo de como viver e tratar ou outros), e não daquele messias, vinculado a esta ou aquela religião. Jesus Cristo sofreu muito na “justiça” de sua época; foi perseguido, torturado, condenado e executado à morte, sem processo devido e em verdadeira via sacra⁴¹, e pior, sem ter praticado nenhum crime ou mal a quem quer que seja.

Jesus representa o exemplo da injustiça, da justiça humana indevida ou da negação de justiça. O que fez Cristo foi estabelecer os fundamentos para uma nova civilização. Não foi o criador da Igreja Católica e nem outorgou a Pedro o título de Papa, mas foi sim o precursor do cristianismo primitivo⁴², que tem como base a ética, a moral, a verdade e o amor.

Jesus, na agonia de seu sofrimento, julgamento e execução, antes da dor da crucificação, chegou a suar sangue (Lucas 22:39-45), processo que as ciências médicas denominam de “hematidrose”, fenômeno raríssimo produzido em condições excepcionais; para provocá-lo é necessário uma fraqueza física, acompanhada de um abatimento moral violento causado por profunda emoção; assim comenta o médico francês Dr. Barhet. O que nos faz relembrar dos trabalhos do norueguês Nils Christie intitulados “Os Limites da Dor”, da “A Indústria do Controle do Crime”, de Carneluti, quando se refere sobre “*as misérias do processo penal*”, e da lição de Lola Aniyar de Castro, quando diz que “a criminologia é da miséria, porque só trata dos crimes dos miseráveis”.

O símbolo do crucifixo fixado nas paredes dos tribunais e salas de audiências do Poder Judiciário significa “o madeiro da infâmia”, o maior exemplo humano de injustiça, em que foi réu e vítima Jesus Cristo, razão pela qual deve ser sempre lembrado por todos e a todos os momentos, especialmente quando se está acusando e condenando; e jamais significa a representação desta ou daquela religião, pois o Estado é laico. O crucifixo representa a Verdade e a Luz da Esperança pela Justiça, trazida pelo

Nos dois pratos da
balança da justiça
temos um que
representa
a condenação
(pura retribuição
e expiação), e
o outro,
a absolvição

Menino Jesus, desde o seu nascimento até a ressurreição por uma Justiça infinita e gloriosa.

Gibran denomina Jesus como “o Filho do Homem”⁴³ (de Deus)⁴⁴.

Quando oramos o Pai Nosso, repetimos diariamente “Perdoai as nossas ofensas assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido”⁴⁵. Nesse sentido estamos afirmando conscientemente que perdoamos os ofensores que estão em nossas vidas (na sociedade e em nossa volta); assim, para merecermos o perdão é preciso perdoar para ser perdoado. Esta é a Lei, porque se trata de sentimento que vem do coração humano, que está no íntimo do ser humano. Jesus Cristo ensinou a misericórdia através do perdão, para o prestígio da Justiça laica e humana, em benefício de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Nos dois pratos da balança da justiça temos um que representa a *condenação* (pura retribuição e expiação), e o outro, a *absolvição*. Neste está presente a humanização e a reparação dos atos ilícitos. O peso dos pratos da balança significa o equilíbrio e a equidade (conjunto de princípios que conduzem a um critério de moderação); a absolvição e o perdão, em um regime democrático, jamais indicam impunidade.

“Devemos associar a cor vermelha que representa a justiça, à do coração que por consequência e lógica é a mesma do amor.”

Justiça é a faculdade de julgar com a melhor consciência e respeito ao semelhante, de acordo com os princípios gerais que norteiam os direitos humanos. O contrário de justiça é injustiça; o contrário de amor é vingança. E a negação das garantias constitucionais configura a quebra do dever estatal de prestar justiça. “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito” (inc. XXXV, art. 5º, CF).

Assim continua ensinando Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”, vez que se trata de justiça inconstitucional, ao ferir o princípio da celeridade processual, garantia fundamental expressa taxativamente na carta magna⁴⁶.

E ao se afirmar que “a justiça tarda mas não falha”, podemos entender que a verdade apareceu, aquilo que estava oculto, surgindo o brilho da luz da justiça, ainda que após longo decurso de tempo.

A justiça divina tem sua hora no relógio cósmico⁴⁷, a sua contagem de resgate é diferente. O que importa é confiar e acreditar que a verdade

resplandecerá a qualquer instante e determinará os acontecimentos e a aplicação das leis criadas pelo homem.

O objetivo do processo como dever de todo profissional do direito é o descobrimento da verdade através de todas as circunstâncias do fato “ilícito” e a real intenção do réu, dolo e livre-arbítrio.

Deus, a humanidade e a natureza compõem as três elevadas concepções do Universo, razão pela qual Rui Barbosa não poderia ter deixado de afirmar que não existe justiça sem Deus.

Deus é o bem, a inteligência e o princípio da vida que anima o universo. O bem constitui a finalidade da justiça, através da consciência humana que atua com coragem, sabedoria e temperança (equidade e isonomia).

Se no mundo cósmico o espaço é infinito, o tempo é eterno e a verdade não prescreve, e em algum lugar ou momento o fato será conhecido, sem qualquer relevância quanto ao passado, presente e futuro, posto que universalmente representam uma unidade.

Há que conhecer os deveres, depois os nossos direitos, primeiro as obrigações para com a cidadania, como missão e trabalho difusor dos direitos humanos, entre os quais a tramitação processual sem dilações, na realização da prestação jurisdicional adequada ou sem demora, como lei natural, humana e universal.

“Toda a verdade está oculta na alma, porque a alma é reflexo de Deus, e Deus é a verdade. Portanto, nós somos a verdade. Sábio é o homem que busca Deus” (Sri Daya Mata)⁴⁸.

A justiça restabelece a verdade como caminho para o futuro; em outras palavras, para a manutenção da paz social entre os homens de boa vontade e pobres de espírito⁴⁹.

Na 4ª e na 5ª dimensão dos direitos humanos (fins do séc. XX e séc. XXI), destacamos a trans e interdisciplinaridade das ciências jurídicas com as ciências afins e todas as áreas do conhecimento. É a volta do estudo da filosofia com as ciências humanas e sociais que ligam o direito com a ética, com a moral e com as ciências religiosas, no sentido de liberdade de crença em respeito à laicidade, tolerância e a separação do Estado com a Igreja. Aproximam-se o conhecimento multi e interdisciplinar dos princípios do direito natural⁵⁰, para a melhor convivência humana. A compreensão de todas as culturas no âmbito social, cultural

e filosófico é o referencial teológico-metodológico para a interação crítica e consciente dos fenômenos universais e pluralistas da sociedade contemporânea.

A ideia de injustiça revolta, e percebe-se que os homens incultos possuem noção mais exata de justiça do que os juristas ou sábios. A explicação está na evolução moral de cada um. Quando o sentimento de justiça é entendido de modo diferente, é porque se misturam paixões ou interesses pessoais. O correto é querer cada um, para os outros, o que para si mesmo quereria, e não querer para si o que quereria para os outros⁵¹; razão pela qual não há quem deseje o mal para si mesmo.

A ciência e a religião são as duas alavancas da inteligência humana: uma revela as leis do mundo material e a outra as do mundo moral⁵², ambas, porém, tendo o mesmo princípio, que é Deus (*Amor*). Não devem, pois, se contradizer como se fossem a negação uma da outra; assim necessariamente uma estaria em erro e a outra com a verdade. A incompatibilidade que se julgou existir entre essas duas ordens de ideias provém apenas de uma observação defeituosa e de um excesso de exclusivismo, de um lado e de outro. Daí o conflito que deu origem à incredulidade e à intolerância.

“A religião sem a ciência é cega, e a ciência sem a religião é parálitica” (Albert Einstein).

“A religião sem a ciência é superstição, e a ciência sem a religião é loucura” (J. Herculano Pires)⁵³.

A ciência deixando de ser exclusivamente materialista tem de levar em conta o elemento espiritual; e a religião deixa de ignorar as leis orgânicas e da matéria. Assim, apoiam-se uma na outra, marcham combinadas e inabalavelmente porque estão de acordo com a razão e com a irresistível lógica dos fatos históricos.

Uma vez constatadas pela experiência tais relações, a razão nada encontrou de ilógico na fé, e o materialismo restou vencido. A ciência e a religião não puderam se entender até os nossos dias porque cada uma tem seu ponto de vista exclusivo, repelindo-se mutuamente.

As religiões também são fatos sociais relevantes na história da humanidade, costumes das civilizações; portanto, fonte do direito e das ciências jurídicas no contexto cultural dos povos, uma realidade fundamental para os valores de fazer justiça.

A ciência indaga, a filosofia conclui e o evangelho ilumina. Com a primeira, há movimentação de opiniões; com a segunda, temos a variedade dos pontos de vista na matéria interpretativa; e com o terceiro, encontramos a renovação do esforço científico e a perquirição filosófica – o homem pode gastar indefinido tempo à procura das causas profundas do seu destino e da sua existência⁵⁴.

E a título de anotação importante, o *espiritismo* é ao mesmo tempo uma *ciência* que trata da natureza com observação, uma *doutrina filosófica* que estuda a razão, e também é uma *religião* que ensina sobre a moral, sobre o bem e as coisas da vida material e imaterial, do visível ao invisível, do livre-arbítrio humano à lei da causa e efeito; sobre tudo destaca o amor ao semelhante, a fé em Deus, e a esperança por uma Justiça verdadeira.

Há dois tipos de sabedoria: a inferior e a superior. A sabedoria inferior é dada pelo quanto uma pessoa sabe e a superior é dada pelo quanto ela tem consciência de que não sabe. A sabedoria superior tolera, a inferior julga; a superior alivia, a inferior culpa; a superior perdoa, a inferior condena. Tem coisas que o coração só fala para quem sabe escutar!⁵⁵ *Chico Xavier nos disse que o “perdão é a fórmula da paz, aprendamos a tolerar para que sejamos tolerados”.*

“A *mensagem* (inteligente por aqueles que promovem e procuram Justiça) transmitida através da palavra (letras jurídicas) *se não for acompanhada pelo amor e a caridade* (solidariedade, perdão, tolerância e fraternidade) *é semelhante a uma lâmpada acesa sob a luz do sol ou um jardim de flor artificial, não ilumina e não perfuma* (é o mesmo que não aplicar e não dar prevalência absoluta aos direitos humanos). *Com a palavra* (simples aplicação da lei) *falamos com os homens* (ante as suas justiças), *e com o coração falamos com Deus* (é a palavra universal, sincera e transparente, razão pela qual hierarquicamente sempre regem de maneira natural, os princípios de direitos humanos, em nome da verdade e da justiça maior)” (Maria do Carmo)⁵⁶.

Sobre a nossa medida, de juízo ou de julgamento em relação aos outros, citamos:

“Não julgueis, a fim de que não sejais julgados, porque vós sereis julgados segundo houverdes julgado os outros, e se servirá para convosco da mesma medida da qual vos servistes para com eles.”⁵⁷

E ainda⁵⁸:

“É feio ser digno de castigo, e pouco glorioso castigar” (Michel Foucault)⁵⁹.

“Não vos esqueceis, ao julgar os homens, que a indulgência faz parte da justiça” (Malba Tahan)⁶⁰.

Diante disto, “é preferível errar por bondade do que falhar por maldade”⁶¹.

Bauman⁶² nos fala do amor líquido ou modernidade líquida ante os avanços tecnológicos e as relações atuais do ser humano. O amor líquido representa a fragilidade dos laços humanos, um amor criado pela sociedade atual (modernidade líquida da justiça, na química das repartições públicas que dá destino burocrático aos casos) que tira a responsabilidade e nada permanece. O amor não tem mais o mesmo significado; foi alterado como algo flexível, totalmente diferente de durabilidade e perenidade⁶³. E eu, sem desconsiderar a importância e a excelência da obra de Bauman, falo do outro lado do amor líquido, ou com uma visão diferente de liquidez, propriamente dita, aquilo que flui e que não está sujeito a reduções, seu peso é líquido e sem aparências, onde a química do amor humano conduz à justiça com Deus.

O eminente físico e professor indiano radicado nos Estados Unidos Amit Goswami, autor de *O Universo Autoconsciente*⁶⁴ e *A Física da Alma*⁶⁵, assevera que tudo gira (roda da vida), acontece e se determina no universo através de uma consciência cósmica entendida como algo transcendental fora do espaço-tempo, quer dizer não local e onipresente. Razão pela qual o tradicional e clássico direito penal requer modernas e melhores explicações, dando lugar as ciências afins e ciências da espiritualidade. Amit Goswami explica cientificamente a imortalidade e a pós-vida, revolucionando os principais conceitos da medicina, da física e da filosofia, construindo um novo paradigma científico.

Os mistérios da vida e da morte, e da evolução espiritual, são assuntos de alta pertinência e de difícil compreensão; portanto, é inútil mergulharmos em infinitas controvérsias. A atitude mais apropriada é apelarmos para a humildade, na firme esperança de que a justiça, como sentimento puro e humano, esteja no espaço cósmico, vagando entre todos nós.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos humanos de todos os cidadãos, donde decorre a grande importância de respeito aos fundamentos da vida, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade, tudo como garantias constitucionais-judiciais dos investigados, acusados, processados, presos e condenados. A dignidade humana consubstancia-se na tolerância e esta proíbe a vingança pública ou estatal, abrindo espaço para o humanismo⁶⁶.

A fé revigora a esperança e a crença humana pela justiça, pois a força da fé é individual e ao mesmo tempo coletiva. É preciso acreditar e ter confiança que toda a sociedade se comprometa de verdade para que a justiça não se torne marginal – à margem do social –, que ela seja igualitária a todos, sem discriminação ou distinção, equitativa, ampla, irrestrita, transparente e imparcial.

Para se viver com qualidade e dignidade humana, é preciso justiça em todos os sentidos.

O Ministério Público é uma instituição independente, por sua identidade própria na tutela dos direitos humanos fundamentais, indisponíveis, líquidos e certos da cidadania.

A história do direito penal se confunde ou anda em paralelo com a história da humanidade, e tem registrado muita barbárie, abusos e arbítrios.

“*Seremos julgados segundo o amor*” (Graham Greene)⁶⁷, com justiça ou injustamente, por nossos pares, seja pelos atos como pelos pensamentos e exposições acadêmicas, especialmente ao reconhecer que a ciência penal não traz respostas para tudo, e que o mundo invisível e transcendental contém as explicações desejadas.

Um dia nos novos tempos com a nova ciência penal se apresentará a regeneração da humanidade, através da reparação, remição e remissão para a evolução da segurança e da justiça, como modo de expiação e provas das faltas cometidas pelos egressos do planeta capela; assim preleciona magistralmente o renomado penalista pátrio, o digníssimo professor doutor José Bolívar Bretas, que brinda todos os profissionais do direito com

A fé revigora a
esperança e a
crença humana
pela justiça, pois
a força da fé é
individual e ao
mesmo tempo
coletiva

seu magnífico trabalho jurídico-científico intitulado *Portal dos Mundos*⁶⁸. E assim completa: “A propósito, Albert Einstein afirmava que não existe nenhum caminho lógico para o descobrimento das leis elementares – o único caminho é o da intuição... com a qual Einstein desaguou na fórmula que revolucionou a física e o mundo: $E=mc^2$ (teoria da relatividade)⁶⁹.”

“Não duvide da Justiça Divina, apenas porque não a consegue entender, na precipitação dos seus raciocínios apaixonados.”

Só quando entendermos nossos erros e as faltas dos outros, evoluiremos e construiremos uma sociedade justa, solidária e fraternal, em benefício de todos, das vítimas e dos vitimários.

“Sonhei que sonhei, ai de mim que mal sonhava. Só sorriso e sem fúria entre réu e juiz, a prisão sem tortura, é um sonho magnetizado, de mentes abertas” (Martinho da Vila).

E a bandeira da justiça (sempre hasteada no alto), Deus ajuda a defender. “*Tudo está em seu lugar, graças a Deus, quando chego do trabalho digo a Deus, muito obrigado*” (Benito Di Paula).

Notas

1. Cândido Furtado Maia Neto. Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Especialista em Direito Penal e Criminologia. *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Professor Pesquisador e de Pós-Graduação. Docente para Cursos Avançados de Direitos Humanos e Prática de Justiça Criminal no Estado Democrático. Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Membro da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (Andhep) e da Sociedade Europeia de Criminologia. Condecorado com Menção Honrosa na V edição do Prêmio Inovare (2008). Cidadão Benemérito do Paraná. Lei nº 15.721/2007). Autor de inúmeros trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. www.direitoshumanos.pro.br
2. Ruy Barbosa de Oliveira. Nascido em 05 de novembro de 1849, em Salvador. Faleceu em 1º de março de 1923 em Petrópolis. Um dos intelectuais mais brilhantes do seu tempo, organizador da república e coautor da constituição da primeira república juntamente com Prudente de Moraes. Atuou na defesa do federalismo, do abolicionismo e na promoção dos direitos e garantias individuais. Em duas ocasiões, foi candidato à presidência da república. Delegado do Brasil na II Conferência da Paz, em Haia (1907), notabilizou-se pela defesa do princípio da igualdade dos Estados.

Teve papel decisivo na entrada do Brasil na I Guerra Mundial. Já no final de sua vida, foi indicado para ser juiz da Corte Internacional de Haia, cargo de enorme prestígio. Primeiro magistrado brasileiro no Palácio da Paz, eleito para o mandato inicial (1921-1930) da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas veio a falecer em 1923, antes de ter participado de qualquer sessão da Corte; sendo substituído por Epiácio Pessoa.

3. *Oração dos Moços*, discurso de Rui Barbosa, na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo na colação de grau da turma de 1920. Rui não pôde estar presente no ato acadêmico por razões de saúde. “*Só há justiça, onde não haja Deus*” é alteração da redação primitiva feita por Rui Barbosa. Deus como a própria justiça entendida como universal, invisível, eterna e infinita na fé e na esperança, como material (terrena); e Deus como a base de tudo em especial da equidade.
4. Êsquilo, o pai da tragédia grega. Pensador e poeta lírico da Grécia Antiga (525-456 a.C.).
5. A título de destaque, a Constituição Imperial de 1824 foi jurada em nome da Santíssima Trindade (Pai, Filho e Espírito Santo).
6. Fraternidade do latim “*fraternitate*”. Fratello no idioma italiano significa irmão. No vocábulo português poder ser parentesco de irmãos, união, convivência como irmãos, harmonia, paz e concórdia.
7. *In* “Notáveis do Direito Penal”, Consulex – BsB, 2006, p. 515.
8. Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Bogotá-Colômbia (abril de 1948). A Organização dos Estados Americanos foi criada em 30 de abril de 1948, possui sede em Washington/ Estados Unidos da América.
9. Tolerância, *in* Pensamento e Vida por Emmanuel/Chico Xavier.
10. Trecho de letra da música “Tolerância”.
11. “DECÁLOGO DIVINO OU MANDAMENTO JURÍDICO-MORAL. Pedras de Regras Universais dos Direitos Humanos” *Revista Jurídica Consulex*, DF-Brasília, ano XVI n. 375, 1º setembro 2012, p. 44-7.
12. Ver Taylor Caldwell, *in* “Médico de homens e de almas”; 53. ed. Record-RJ, 2013.
13. Rui Barbosa, *Oração aos Moços*.
14. François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire. Escritor e filósofo iluminista francês. Conhecido pela sua perspicácia e espíritosidade na defesa das liberdades civis, inclusive liberdade religiosa e livre comércio. Nascimento: 21 de novembro de 1694, Paris, França. Falecimento: 30 de maio de 1778, Paris, França.
15. “Onde encontrar a prova da existência de Deus? Basta lançar os olhos sobre as obras de sua criação.” *Deus*: eterno, imutável, imaterial, único, todo-poderoso e soberanamente justo e bom. Ver “O Livro dos Espíritos”, de Allan Kardec, ed. Federação Espírita Brasileira (FEB).
16. MAIA NETO, Cândido Furtado: “Água: direito humano fundamental máximo. proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania” *Revista Verba Juris*, Universidade Federal da Paraíba, pós-graduação em Ciências Jurídicas, ano 7, n. 7, 2008, p. 323-51.

17. *In* Emílio, ou Da Educação, obra filosófica sobre a natureza do homem, escrita por Jean-Jacques Rousseau em 1762.
18. A Divina Comédia é um poema de viés épico e teológico da literatura italiana e da mundial, escrito por Dante Alighieri no século XIV (pub. em 1555) dividida em três partes: Inferno, Purgatório, Paraíso.
19. Taoísmo surgiu por volta de 550 a.C., doutrina oriental contida na obra “Tão Te King”, que visa compreender a vida, sendo o retorno à Natureza-Mãe seria o melhor caminho, pois é onde brotam as coisas, regidas pelas leis da vida. Trabalhando com o trinômio verdade-evidência-certeza, pois quando há evidência afirma-se com certeza e com convicção que se trata de uma verdade. A visão holística é a reunião de propostas que almejam estudos mais claros e completos entre o direito e as demais áreas do conhecimento humano. Ciência e consciência. A ciência esconde parte da verdade e só mostra o que interessa. A consciência humana deve estar com a verdade, com o simples, com a paz, nos caminhos do bem e da virtude. Vide Ávila Fagundez, Paulo Roney. “Direito e Taoísmo”, LTr, SP, 2004.
20. Ética e moral. Sócrates é considerado o criador da ciência moral há 400 a.C.
21. “A atividade da mente é vida. E Deus é esta atividade, a pura autoatividade da razão. A vida continua, pois Deus é a vida eterna” (Aristóteles – Ensaio: A razão divina como primeiro móvel).
22. Dom Paulo Evaristo Arns, Arcebispo, “Uma nova ética para o juiz”, obra coletiva, coordenador Nalini, José Renato, RT, SP, 1994.
23. Ver Lei 8.625/93, artigo 43, II.
24. Escritor português, romancista, cronista, crítico, dramaturgo, historiador, poeta e tradutor (16.3.1825 + 1.6.1890).
25. Resolução L.44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 20.11.1989. Dec. 99770/90 Gov. da República Federativa do Brasil.
26. Art. 1º e 2º do Código Civil – Lei 10.406/02. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres... a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. E o direito penal proíbe o aborto (art. 123 e ss., CP). Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03 – Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.
27. 12ª Surata, Em nome de Deus, o Clemente, o Misericordioso. 98.100. MarsaM Ed. Jornalística Ltda., SP 1994, trad. professor Samir El Hayek.
28. *Ex vi* do § 2º do art. 707 do Código de Processo Penal Militar – Dec.-Lei 1.002/69.
29. Jurista uruguaio autor dos *Mandamentos do Advogado*.

30. *In* “Humanização da Aplicação do Direito para dar-lhe o seu verdadeiro Sentido”, José Gomes da Silva, Direitos Fundamentais Sociais, Ed. UFGD, MS, 2009.
31. Trecho de letra da música “Antes que seja tarde”, de Ivan Lins.
32. *Remição* ou *Remissão* O sistema judicial do direito vitimal e da política vitimológica moderna se preocupa com a *remição* do réu e com a *remissão* para a vítima, simultaneamente. O vitimário resgatando o seu ato, libertando-se do erro através da responsabilidade de indenizar e reparar o dano causado à vítima; a vítima, por sua vez, concedendo perdão total ou parcial, respectivamente. Primeiro é preciso reconhecer a falta e pedir perdão, na sequência imediata é preciso perdoar para a efetiva composição e cumprimento das obrigações. Estamos nos referindo aos deveres e aos direitos humanos no âmbito da justiça penal democrática, com menos ódio e menos vingança, mais acordo e mais conciliação, para a reparação e devida responsabilização criminal.
33. *Oração de São Francisco*.
34. Humberto de Campos Veras (Miritiba, 25.10.1886 – Rio de Janeiro, 5.12.1934) foi jornalista, político e escritor, membro da Academia Brasileira de Letras, 1919.
35. Yom Kipur é um dos dias mais importantes do judaísmo. Dia do perdão como uma ação humana transcendental, conduta que apaga o castigo e não o ato posterior. As transgressões humanas precisam ser perdoadas entre os homens. Dez dias após o ano-novo, os judeus comemoram o Yom Kipur, o Dia do Perdão (também chamado de Dia do Arrependimento), considerado o mais santo do calendário judaico. Segundo a tradição, o povo judeu, após ter saído do Egito, fez um bezerro de ouro e o adorou, comportamento proibido pelos mandamentos do judaísmo, que não permite a adoração de imagens. Moisés, que guiava o povo escolhido pelo deserto, havia subido no Monte Sinai e quando voltou, vendo o que os judeus haviam feito, rezou pedindo perdão a Deus. No dia dez do mês hebraico de Tishrei, os judeus alcançaram o perdão divino.
36. “A Justiça do Tribunal da Consciência”, com princípios da Justiça Divina que regem e se aplicam na Justiça dos Homens “A cada um segundo as suas Obras” e “Amar o próximo” segundo Jesus Cristo, que comprova por suas mensagens que as faltas cometidas na Terra serão apuradas no plano espiritual; assim consta no Evangelho, Cristo disse: “Meu reino não é deste mundo”; “Há muitas moradas na casa de meu Pai”, e “Ninguém poderá ver o reino de Deus se não renascer de novo”. Ver: Boberg, José Lázaro, “O Código Penal dos Espíritos”, ed. EME, Capivari-SP, 2007; e Allan Kardec in “O Céu e o Inferno”, ed. FEB, 1993, Cap. VII).
37. No budismo, o Carma (“ação”) é a força sobre alguém. Boas ações (virtude, moral) e/ou ações ruins geram “sementes” na mente²⁴, que virão a aflorar nesta vida ou em um renascimento subsequente. Ações (do corpo, da fala e da mente) que brotam da intenção mental e que geram consequências (*frutos*) e/ou resultados. Renascimento se refere a um processo pelo qual os seres passam por uma sucessão de vidas como uma das muitas formas possíveis de senciência. Continuação dinâmica, um constante processo de mudança determinado pelas leis de causa e efeito (carma).

38. *In* “As afinidades eletivas”, 1809. Johann Wolfgang von Goethe (1794-1832), escritor alemão e pensador, com ensinamentos no campo da ciência, na Universidade de Estrasburgo e na Universidade de Leipzig.
39. *In* República, I, 336. Platão (Atenas, 428/427–Atenas, 348/347 a.C.) foi um filósofo e matemático do período clássico da Grécia Antiga, autor de diversos diálogos filosóficos e fundador da Academia em Atenas, a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental. Juntamente com seu mentor, Sócrates, e seu pupilo, Aristóteles, Platão ajudou a construir os alicerces da filosofia natural, da ciência e da filosofia ocidental. Acredita-se que seu nome verdadeiro tenha sido Aristocles.
40. MAIA NETO, Cândido Furtado: “Jesus Cristo: maior e verdadeiro precursor dos direitos e deveres humanos: anunciador da justiça de todos os tempos, gerações ou dimensões” – *Jornal O Estado do Paraná* – Caderno Direito e Justiça, p. 07, 02.9.2007, Curitiba-PR. “Justiça penal cristã e espiritualidade. Ciência à luz dos direitos humanos e do Evangelho de Jesus Cristo” Em homenagem ao Emérito Dr. Nilo Prince Paraná, DD Procurador de Justiça (MP-PR). Portal Clube Jurídico do Brasil www.clubjus.com.br (19/02/2008). *Jornal Estado do Paraná* (Caderno Direito e Justiça) ano XV, n. 777, 23.02.2008, p. 08 (Parte I), 02.3.2008, p. 08 (Parte II), 09.03.2008, p. 08 (Parte III – Final).
41. MAIA NETO, Cândido Furtado: “Via Sacra e o processo penal contemporâneo”. *Revista Prática Jurídica*, n. 45, dez./2005; Consulex, Brasília-DF. Associação Paranaense do Ministério Público Publi. “APMP – imprensa – Em pauta n. 1377-26-10-05. www.tribunadajustica.com.br (maio/junho-2006). Caderno Direito e Justiça, *Jornal O Estado do Paraná*, Curitiba-PR, 10.6.2007, p. 8/9. www.apmpr.org.br 04/04/2012).
42. Em 313 d.C., com o Edito de Tolerância, o Cristianismo é legalizado pelo imperador romano Constantino, que proíbe a perseguição. Santa Helena, sua mãe, vai à Terra Santa e começa a construir as principais igrejas. O imperador Constantino e Licínio assinaram o Edito de Milão, concedendo aos Cristãos a liberdade de culto. No ano 391 d. C. o Cristianismo primitivo passa a ser a religião oficial do Império Romano, por Teodósio, fato pelo qual se pode dizer que se dá a fundação da Igreja Católica Romana, e esta recupera a figura do homem histórico Jesus Cristo e a imagem da cruz como seus ícones maiores de representação universal.
43. “O Profeta”, de autoria de Gibran Khalil Gebran, nascido em 06.12.1883, em Bisharri, norte do Líbano, + em 10.4.1931.
44. E complementa: “*O homem comete um crime quando seu espírito vaga pelo vento, encontra-se desguardado, pratica um mal com outros e contra si mesmo. Muitos ainda não são homens, aqueles que cometem crimes e aqueles que não foram responsáveis para evitar. Alguém sempre cai no meio daqueles que não ajudam e não se interessam pelos seus semelhantes. Assim, o ereto e o caído é o mesmo homem. Não se separam os justos dos injustos e os bons dos maus. Pois estão juntos frente ao Sol (à luz Divina), como o fio preto não se separa do branco, e quando um se parte, o tecelão deve examinar o tear para*

consertar. O ofensor deve olhar para o espírito do ofendido e vice-versa. As raízes do bom e do mal são como as das árvores, estão sempre entrelaçadas. Como julgar: o honesto na carne, mas ladrão em espírito? Como julgar: o que mata em carne, mas é morte em espírito? Como punir aquele cujo remorso é maior que seus crimes? Como pode entender a Justiça, aquele que não vê a Luz na sua totalidade? As verdadeiras Leis não são como castelos de areia, que se constroem rapidamente e o mar logo destrói, fazendo algumas crianças rirem e outras chorarem. Os que dão as costas para o Sol veem apenas suas sombras, e suas sombras são suas Leis, sua moral e sua ética. E a liberdade, ela não se perde com amarras, grilhões ou algemas, e sim com o peso da consciência.”

45. Oração O Pai-Nosso (original em hebraico – Mateus 6: 9-13, in “O Sermão do Monte”, 3. ed. Ideia-2011; “Analisando as Traduções Bíblicas”, 9. ed. Ideia-2011; autor Severino Celestino da Silva, ex-seminarista, espírita, professor-pesquisador de pós-graduação no Curso de Especialização em Ciências das Religiões, da UFPB). O texto original em hebraico está em negrito, comparado com o texto grego em caixa normal – sem negrito. Jesus Cristo nasceu na cidade de Belém, viveu e falou para os judeus; portanto os Evangelhos originais foram escritos em hebraico-aramaico, no oriente. O Judaísmo é base de todas as religiões cristãs, seria o cristianismo primitivo. A Bíblia Católica que conhecemos é do ocidente, traduzida do hebraico (aramaico) para o idioma grego, com modificações e inclusões por influência do latim, origem das línguas italiana, espanhola e portuguesas Portugal/Brasil. Perdoai as nossas ofensas, assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido; Perdoa as nossas culpas, quando perdoamos as culpas dos nossos devedores. *Deus não perdoa e nem pune, Ele não se sente ofendido por nós. Nós é que primeiro devemos perdoar, para depois sermos perdoados.* Devemos nos reconciliar com nossos irmãos e adversários, para que exista o perdão e possamos viver em Paz e harmonia.
46. Art. 5º, inc. 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. CF/1988 – EC 45/2004.
47. Lima, Vera Lúcia. “O Julgamento da Estrela da Manhã II”, ed. Giostri, SP, 2011.
48. “Só o Amor” Ed. Self Realization – Brasil, 2012. Sri Daya Mata (1914 – 2010) foi uma importante líder espiritual norte-americana e uma discípula direta do venerável mestre indiano Paramahansa Yogananda, fundador da Self-Realization Fellowship, tendo sido pessoalmente escolhida e treinada pelo mestre.
49. Os humildes, aqueles que se encontram embaixo, como o húmus da Terra, e com o tempo sobem, progridem e serão respeitados.
50. Os direitos naturais equivalentes hoje aos direitos humanos, sem qualquer conotação religiosa como no passado.
51. Kardec, Allan. “O Livro dos Espíritos”, cap. XI, Ed. FEB, Bsb, 91. ed., 2008.
52. A moralidade é um princípio básico da administração pública (art. 37 CF). A imoralidade se traduz em ilegalidade. A moralidade é a maior qualidade do ser humano, que eleva o caráter e a inteligência. Moralidade está ligada a fraternidade. Somente com uma administração composta por agentes públicos que preservam o Estado-ético se

poderá efetivar o Estado Democrático de Direito. “O agente público tem o dever de cumprir a lei, de acordo com sua atribuição, e qualquer desvio na função pode caracterizar abuso de autoridade. O pior dos delinquentes são os agentes públicos que violam e ultrapassam os círculos das leis, apesar de mesmo antes de assumirem seus cargos, jurarem publicamente respeito estrito às normas e à Constituição vigente”, disse Rui Barbosa.

53. 1914-1979; J. Herculano Pires destacou-se como um dos mais ativos divulgadores do espiritismo no país. Traduziu os escritos de Allan Kardec e escreveu tanto estudos filosóficos quanto obras literárias inspiradas na Doutrina Espírita.
54. Fundamentos do Espiritismo. Emmanuel e Chico Xavier. Do livro: *Doutrina e Aplicação*, ed. CEU.
55. André Luiz. Opinião Espírita, ED FEB Bsb, psicografia de Francisco Cândido Xavier.
56. Inclusões de texto entre parênteses e grifado por MAIA NETO, Cândido Furtado.
57. Capítulo 10, item 11, Romanos, 2:1, “O Evangelho Segundo o Espiritismo”, Ed. FEB Bsb. Allan Kardec.
58. Tua medida, cap. I. “*Renovando atitudes*”. Ditado por Hammed, psicografado por Francisco do Espírito Santo Neto. www.pingosdeluz.com.br www.travessa.com.br/ Livros. “*Toda opinião ou juízo que desenvolvemos no presente está intimamente ligado a fatos antecedentes. Quase sempre, todos nós estamos vinculados a fatores de situações pretéritas, que incluem atitudes de defesa, negações ou mesmo inúmeras distorções de certos aspectos importantes da vida. Tendências ou pensamentos julgadores que estão sedimentados em nossa memória profunda são subprodutos de uma série de conhecimentos que adquirimos na idade infantil e também através das vivências progressas. Julgar uma ação é diferente de julgar a criatura. Posso julgar e considerar a prostituição moralmente errada, mas não posso e não devo julgar a pessoa prostituída. Ao usarmos da empatia, colocando-nos no lugar do outro, “sentindo e pensando com ele”, em vez de “pensar a respeito dele”, teremos o comportamento ideal diante dos atos e atitudes das pessoas. Com frequência, escolhemos, avaliamos e emitimos opiniões e, conseqüentemente, atraímos tudo aquilo que irradiamos. A psicologia diz que uma parte considerável desses pensamentos e experiências, os quais usamos para julgar e emitir pareceres, acontece de modo automático, ou seja, através de mecanismos não perceptíveis. É quase inconsciente para a nossa casa mental o que escolhemos ou opinamos, pois, sem nos darmos conta, acreditamos estar usando o nosso “arbitrio”, mas, na verdade, estamos optando por um julgamento predeterminado e estabelecido por “arquivos que registram tudo o que nos ensinaram a respeito do que deveríamos fazer ou não, sobre tudo que é errado ou certo”. Se formos juizes da “moral ideológica” e “sentimental”, sentenciando veementemente o que consideramos como “erros alheios”, estaremos nos condenando ao isolamento intelectual, bem como ao afetivo, pela própria detenção que impusemos aos outros, por não deixarmos que eles se lançassem a novas ideias e novas simpatias. Para sermos livres realmente e para nos movermos em qualquer direção com vista à nossa evolução e crescimento como seres*”

- eternos, é necessário observarmos e concatenarmos nossos “pesos” e “medidas”, a fim de que não venhamos a sofrer constrangimento pela conduta infeliz que adotarmos na vida em forma de censuras e condenações diversas.”*
59. Michel Foucault; Poitiers, 15 de outubro de 1926 – Paris, 25 de junho de 1984. Foi um importante filósofo e professor da cátedra de História dos Sistemas de Pensamento no Collège de France desde 1970 a 1984.
 60. *“Não se compreende, realmente, a religião sem a caridade e o trabalho.” “Cultivar a ciência pela utilidade prática, imediata, é desvirtuar a alma da própria ciência.”* Júlio César de Melo e Sousa (1895 – 1974), conhecido por Malba Tahan, escritor, romancista e matemático brasileiro.
 61. *“Julgando as ações que considera incorretas no seu próximo, realiza um fenômeno de projeção de sua sombra em forma de auto justificação, que não consegue libertá-lo do impositivo das suas próprias mazelas. A tolerância, em razão disso, a todos se impõe como terapia pessoal e fraternal, compreendendo as dificuldades do caído, enquanto lhe distende mãos generosas para soerguer. Na acusação, no julgamento dos erros alheios, deparamos com propósitos escusos de vingança-prazer em constatar a grandeza dos outros indivíduos, que sempre merecem a misericórdia que todos esperamos encontrar quando em circunstâncias equivalentes. Jesus sempre foi severo na educação dos julgadores da conduta alheia. Certamente, há cortes e autoridades credenciadas para o ministério de saneamento moral da sociedade, encarregada dos processos que envolvem os delituosos, e os julgam, estabelecendo os instrumentos reeducativos, jamais punitivos, pois que, se o fizessem, incidiriam em erros idênticos, senão mais graves. O julgamento pessoal, que ignora as causas geradoras dos problemas, demonstra o primitismo moral do homem ainda “lobo” do seu irmão. Tem compaixão de quem cai. A consciência dele será o seu juiz. Ajuda aquele que tomba. Sua fraqueza já lhe constitui punição. Tolera o infrator. Ele é o teu futuro, caso não disponhas de forças para prosseguir bem. A tolerância que utilizares para com os infelizes se transformará na medida emocional de compaixão que receberás, quando chegar a tua vez, já que ninguém é inexpugnável, nem perfeito.”* Extraído do livro “Jesus e Atualidades”, cap. Jesus e Tolerância, p. 31, psicografia de Divaldo P. Franco, do espírito de Joanna de Ángelis.
 62. Zygmunt Bauman, sociólogo polonês que iniciou sua carreira na Universidade de Varsóvia, onde teve artigos e livros censurados, tendo sido em 1968 afastado da universidade. Nasceu em 19.11.1925, Poznań, Polónia. Professor da London School of Economics e da Universidade de Varsóvia.
 63. “Amor Líquido”, Ed. Zahar RJ, 2004.
 64. Ed. Aleph, SP, 2. ed. 2008, trad. Ruy Julgmann.
 65. Ed. Aleph, SP, 1a. ed. 2005, trad. Marcello Borges.
 66. Difusão do humanismo (1450/1550), o homem com relação ao natural. Filosofia que coloca os humanos como principais, numa escala de importância. É uma perspectiva comum a uma grande variedade de posturas éticas que atribuem a maior importância à dignidade, aspirações e capacidades humanas, particularmente a racionalidade. Desde o século XIX, o humanismo tem sido associado ao anti-clericalismo herdado

dos filósofos Iluministas do século XVIII. Mario Rodrigues Luis Cobos, fundador do humanismo universalista diz: “Nada acima do ser humano e nenhum humano abaixo de outro”.

67. Escritor inglês, romancista, crítico literário e de cinema. + 3.4.1991.
68. MAIA NETO. Cândido Furtado, e LENCHOFF, Carlos: “Criminalidade, Doutrina Penal e Filosofia Espírita”; ed. Lake SP, 2005, Prefácio de Bretas, José Bolívar.
69. Em uma carta escrita a um amigo em 1954, um ano antes da sua morte, e publicada pela revista americana *Time* de 26/1/69, revela e afirmar Einstein que não tinha lembrança alguma de ter feito experiências empírico-analíticas para descobrir a lei da relatividade, mas que isto veio por intuição... O mecanismo do descobrimento não é lógico e intelectual, dizia, é uma iluminação súbita, quase um êxtase. Do mundo dos fatos não conduz nenhum caminho para o mundo dos valores, porque estes vêm de outra região...

Os dez mandamentos do juiz

Albino Freire

Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

Primeiro mandamento

Decidir com presteza. Decidir a favor ou contra, mas decidir logo, sem demora. O pingue-pongue processual (diga o autor, diga o réu, diga o Ministério Público) retarda nocivamente a prestação jurisdicional e depõe contra a seriedade da Justiça. É mais fácil corrigir uma decisão errada por meio do recurso adequado, do que desenfundar processo do redemoinho da timidez e da insegurança, ou – Deus me livre e guarde! – da prepotência do juiz.

Segundo mandamento

Ter firmeza e pulso forte na condução dos atos processuais. Diretor do processo, o juiz há de ser resoluto e objetivo, para desestimular a menor tentativa de chicana, ou de procrastinação, ou de molecagem. Rédeas curtas, doutor! Pusilanidade não se coaduna com a função de julgar.

Terceiro mandamento

Proferir sentenças concisas e singelas, acessíveis à compreensão do povo. Virtuosismo e afetação o juiz deve guardar para si mesmo. Não serve. Não interessa à sociedade. O que os advogados e as partes esperam dele é a solução – justa, simples e pronta – do litígio. Peças literárias de estilo ornamentado, com numerosas laudas recheadas de erudição, de sedutoras teses jurídicas, de jurisprudência e de doutrina tomam injustamente o lugar (e o tempo) de várias sentenças despojadas e objetivamente práticas.

A plethora de autos não deve servir de pretexto para a inércia e o desânimo. Que se faça uma triagem e se comece por algum lugar. Aprenda o juiz a administrar sua impotência ante a avalanche de processos. O segredo é começar, em vez de lamuriar-se. Uma longa jornada sempre se inicia com o primeiro passo.

Quarto mandamento

Ser simples sem ser vulgar. A simplicidade do juiz deve cativar os jurisdicionados, mas sem exageros, para não confundir-se com vulgaridade ou simploriedade. No meio termo, a perfeição (in medio, virtus).

Quinto mandamento

Ser independente sem ser intolerante. O equilíbrio e a sensatez nortearão o magistrado em sua trajetória existencial. Autoridade, sim. Não autoritarismo ou arrogância. As partes querem um juiz independente, mas investido de suprema intuição humana, que tenha tolerância e paciência para escutar seus reclamos.

Sexto mandamento

Ser culto sem ser esnobe. A nobre função do magistrado exige alguma cultura, que deve ser enriquecida progressivamente ao longo da carreira. Não seria razoável que o próprio julgador, detentor do poder de dizer o direito, se apresentasse com menos bagagem intelectual do que os súditos da deusa Thêmis. A busca do saber demonstra o autêntico interesse do homem pela humanidade. Juiz culto, sim, porém modesto e discreto, pois a vaidade e o orgulho costumam empanar o esplendor da sabedoria.

Sétimo mandamento

Tratar a todos com urbanidade e respeito. Lembrar que não existe hierarquia entre juiz, promotor de justiça e advogado.

Oitavo mandamento

Ter sempre em mente que não é infalível. Investido de uma autoridade quase sem limites, o juiz precisa dispor de uma reserva substancial de prudência e moderação. E também deve ser vacinado contra a virose da “juizite” (*vanitas exacerbata...*), doença perniciosa que costuma acometer, com maior incidência, juízes muito jovens e despreparados que, quando contaminados, constituem sério perigo para os indefesos jurisdicionados. O risco é maior quando o mal se torna crônico ou o vírus se alastra por entre magistrados mais avançados em anos.

Nono mandamento

Ser gentil e receptivo com os advogados, com as partes e com os próprios colegas. É que os tesouros da sabedoria não foram, providencialmente, distribuídos de forma equitativa entre os homens. É preciso, pois, tolerar as diferenças individuais. Lembrar que a carranca afasta as pessoas, enquanto um sorriso humano e solidário pode substituir longos discursos inúteis.

Décimo mandamento

É absolutamente necessário que o magistrado seja dotado de percepção e clarividência para detectar a velhacaria, mesmo quando esta se apresenta sob a forma de adulação; e a mentira, ainda quando ela se esconda por entre os arroubos da eloquência.

JURISPRUDÊNCIA



Ementário do TJPR

ADMINISTRATIVO

Administração pública deve indenizar gari por hérnia de disco cervical que o incapacitou permanentemente para o trabalho

Servidor público. Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado. Acidente de trabalho. Hérnia de disco cervical. Responsabilidade subjetiva. Atividade de gari. Culpa configurada. Negligência quanto à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Art. 7º, XXII, CF. Incapacidade permanente e irreversível para o trabalho. Aposentadoria por invalidez. Dano moral e nexos causal devidamente comprovados por laudo pericial. Correção monetária a partir do arbitramento. Súmula n. 362, STJ. Juros de mora a partir do evento danoso. Súmula n. 54, STJ. Inversão do ônus de sucumbência. Recurso parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 961282-2 - Astorga - 2a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eugênio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 08.02.2013).

Concurso público para formação de cadastro de reserva gera apenas a expectativa de direito aos aprovados

Mandado de Segurança - Concurso público - Edital n. 115/2009 da Secretaria de Estado da Adminis-

tração e da Previdência objetivando a formação de cadastro reserva para diversos cargos - Ilegitimidade passiva afastada em relação à Secretaria de Estado da Administração e da Previdência - Inocorrência de vaga durante o prazo de validade do concurso - Inexistência do direito à nomeação - Denegação da segurança. Nas hipóteses em que o edital de concurso público tem por escopo a formação de cadastro reserva e não são ofertadas vagas, resta tão somente a expectativa de direito. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1197504-1 - Curitiba - Órgão Especial- Ac. unânime - Rel.: Des. **Regina Helena Afonso de Oliveira Portes** - Fonte: DJ, 20.03.2015).

Desclassificação de licitação por inobservância de determinação editalícia

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Licitação. Desclassificação. Não apresentação de certidão negativa de executivos fiscais. Alegado equívoco do cartório distribuidor quando do seu fornecimento. Conferência que cabia, única e exclusivamente, ao licitante. Exigência constante do edital de abertura do certame, que é a sua lei interna. Sentença escoreita.

Recurso desprovido. “O edital é a lei interna do concurso, que vincula não apenas os candidatos, mas também a própria Administração, e que estabelece regras dirigidas à observância do princípio da igualdade, devendo ambas as partes observar suas disposições” (STJ, 5a. Turma, RMS n. 28.995/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13.04.2010).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1166498-5 - São José dos Pinhais - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 15.09.2014).

Divulgação de vagas gera direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro de reserva

Mandado de Segurança - Concurso público visando a formação de cadastro reserva para diversos cargos - Edital n. 115/2009 - Preliminares de ilegitimidade passiva e de perda do objeto afastadas - O encerramento do prazo de validade do certame não implica, por si só, na perda do objeto da demanda - Edital declarando a existência de vagas - Direito líquido e certo à nomeação de candidata aprovada dentro do número de vagas - Precedentes dos tribunais superiores e desta corte - Segurança concedida. Nas hipóteses em que o edital de concurso público tem por escopo a formação de cadastro reserva, a posterior divulgação editalícia de novas vagas é pressuposto do direito à nomeação, observada a ordem classificatória. Segurança concedida.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1196276-8 - Curitiba - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 20.03.2015).

Indeferimento de transferência da permissão de táxi aos herdeiros e à viúva de condutor de táxi não viola direito líquido e certo

Apelação Cível e Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Condutor/colaborador não permissionário. Assalto. Falecimento durante exercício das atividades. Indeferimento de outorga de permissão de táxi aos herdeiros. Ausência de violação a direito líquido e certo. Interpretação dos dispositivos da Lei Municipal n. 5.895/78 e do Decreto n. 18/90. Segurança denegada. Inversão dos ônus sucumbências. Ausência e condenação em honorários advocatícios. Recurso de Apelação 1 Conhecido e provido. Apelo 2 prejudicado. Sentença reformada integralmente em Reexame Necessário. Por força da interpretação dos dispositivos da Lei Municipal n. 5.895/78 e do Decreto n. 18/90, o ato administrativo que inviabilizou a transferência da permissão de táxi aos herdeiros e à viúva de condutor, não permissionário, falecido durante o exercício das atividades, vítima de roubo, não implica em violação a direito líquido e certo. Em razão da reforma da sentença, no sentido de denegar a segurança, é de rigor a inversão dos ônus sucumbenciais. Sem condenação em honorários advoca-

tícios (Súmulas 512 do STF e 105 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 25 da Lei n. 12.016/2009).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1236224-8 - Curitiba - 5a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 24.10.2014).

Município e Sanepar devem indenizar por queda em poço de visitação

Apelação Cível - Responsabilidade civil do Município e da Sanepar - Ação de indenização - Queda em poço de visitação da Sanepar - Lesões nos membros inferiores - Sentença procedente. Apelo do autor - Majoração do importe fixado a título de danos morais - Impossibilidade. Recurso de apelação conhecido e não provido. Apelo do município - Responsabilidade civil subjetiva - Dano - Ferimento na perna - Nexo de causalidade - Existência - Poço de visitas com a tampa solta e lesão - Omissão do Município e da Sanepar comprovada - Dever de manter o poço de visitas em boas condições - Danos morais - Redução - Impossibilidade - Incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso - Súmula 54 do STJ - Matéria de ordem pública - Critério fixado de ofício - Redução dos honorários advocatícios - Impossibilidade. Recurso de apelação conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1121297-6 - Curitiba - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Responsabilidade solidária dos entes da federação por fornecimento de medicamento a cidadão com poucos recursos financeiros

Apelação Cível e Reexame Necessário conhecido de ofício - Ação Civil Pública - Fornecimento de alimentação especial (Neocate) à criança portadora do vírus HIV e sem recursos financeiros para arquirir a medicação - Sentença que determinou ao réu o fornecimento gratuito do leite especial - Alegação de ilegitimidade passiva - Não acolhimento - Todos os entes da federação respondem solidariamente pelo dever de assegurar a saúde pública, podendo a ação ser proposta em face de qualquer um deles - Precedente STJ - Dever do Estado em assegurar tratamento adequado e eficaz, com o menor sofrimento possível para viabilizar a dignidade da pessoa humana e a vida - Remédio que não consta nos protocolos clínicos do SUS - Irrelevância - Necessidade de condicionar o fornecimento do alimento à apresentação de relatório médico semestral - Acolhimento - Apelação cível conhecida e parcialmente provida - Sentença parcialmente reformada em sede de reexame necessário, conhecido de ofício.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1297614-4 - Guaíra - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guido Döbeli** - Fonte: DJ, 27.02.2015).

CIVIL

Ausência de averbação do contrato de locação no registro imobiliário não impede a demanda por violação de direito pessoal do locatário

Apelação Cível - 1. Ação anulatória de contrato de compra e venda de imóvel urbano e adjudicação compulsória c/c perdas e danos - Direito de preferência - Impossibilidade de exercício frente a ausência de preenchimento dos requisitos legais - Pleito indenizatório - Não comprovação de danos sofridos - Ônus sucumbenciais - Manutenção - Recurso conhecido e não provido. - 2. Reconvenção - Litigância de má-fé - Não comprovação - Indenização por danos morais e materiais - Não ocorrência - Ônus sucumbenciais - Manutenção - Recurso conhecido e não provido. A averbação do contrato de locação no registro imobiliário é medida necessária apenas para assegurar ao locatário direito real de perseguir e haver o imóvel alienado a terceiro, dentro dos prazos e observados os pressupostos fixados na Lei n.8425/191. A falta dessa providência não inibe, contudo, locatário de demandar o locador alienante por violação a direito pessoal, reclamando deste as perdas e danos que porventura vier a sofrer pela respectiva preterição.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1257291-9 - Londrina - 12a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Joeci**

Machado Camargo - Fonte: DJ, 24.03.2015).

Aval prestado por pessoa física em nota de crédito rural é nulo

Apelação Cível - Embargos à Execução - Apelo 1 - CDC. Valor da multa - Aval por terceiro. Nota de Crédito Rural - Apelo 2 - Prescrição. Inversão do ônus da prova. Análise do contrato original. Mora. Ônus sucumbencial. I - A redução da multa de 10% para 2%, somente é possível nas avenças firmadas a partir de 02 de agosto de 1996, em razão da vigência da Lei nº 9.298/96, que modificou a redação do art. 52, § 1º do CDC.II - “É nulo o aval prestado por terceiro, pessoa física, em Nota de Crédito Rural emitida também por pessoa física, nos termos do disposto no art. 60, § 3º, do Decreto-Lei n. 167/1967.” (STJ - AgRg no REsp 1249907/MS). III - Aplica-se a prescrição trienal às Notas de Crédito Rural, com fulcro no art. 70 da Lei Uniforme de Genebra.IV - Nas obrigações de trato sucessivo (prestações periódicas) o prazo prescricional deve ser contado a partir do vencimento de cada uma das parcelas. V - O art. 6º, VIII, do CDC, em observância à vulnerabilidade dos consumidores (art. 4º, I, CDC), flexibiliza as regras sobre distribuição do ônus da prova e permite que o magistrado o inverta em duas hipóteses: a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossufi-

ciente.VI - Reconhecida a cobrança de encargos abusivos no período da normalidade do contrato, fica descaracterizada a mora.VII - Ambos os recursos conhecidos e parcialmente providos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1251310-5 - Castro - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: **Luiz Fernando**

Tomasi Keppen - Fonte: DJ, 03.03.2015).

Código de Defesa do Consumidor é inaplicável quando ausente hipossuficiência da empresa consumidora

Apelação Cível. Ação de revisão de contratos de mútuo e ação de cobrança. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. Apelo da empresa e avalista. Preliminar de inépcia da inicial de cobrança. Não verificação. Mérito. Pleito pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Necessidade de análise concreta da vulnerabilidade econômica dos correntistas. Mitigação da corrente finalista. Vulnerabilidade não verificada, no caso. Ausência de qualquer elemento apontando a hipossuficiência da empresa. Contratos entabulados cuja natureza fazem presumir a utilização dos recursos na atividade econômica desempenhada. Inaplicabilidade da lei consumerista. Pleito pela inversão do ônus da prova e devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente. Pedidos prejudicados. Limitação da taxa de juros remuneratórios a 1% ao mês. Impertinência. Previsão da capitalização de juros nos contratos giroflex sem especificação da

periodicidade. Pedido de exclusão da capitalização mensal. Admissão da anual. Possibilidade. Contratos de mútuo com parcelas fixas. Pactuação expressa ante a previsão contratual da taxa anual efetiva superior ao duodécuplo da taxa mensal de juros. Pleito pela exclusão da capitalização de juros. Impossibilidade. Contrato de mútuo sem previsão da taxa mensal e anual. Pleito pelo afastamento da capitalização. Possibilidade. Pleito pelo afastamento da determinação de compensação dos honorários advocatícios. Impertinência. Precedentes do STJ. Apelo de Banco do Brasil S/A. Preliminar de impossibilidade de revisão dos contratos. Impertinência. Mérito. Pleito pelo afastamento da limitação da taxa de juros a 12% ao ano. Não conhecimento. Pedido de manutenção da cobrança de capitalização de juros nos contratos. Conhecimento parcial. Capitalização anual de juros. Inexistência de pactuação. Exclusão que se impõe. Alegação de impossibilidade da restituição dos valores cobrados a maior, diante da ausência de prova de erro. Impertinência. Desnecessidade da prova de erro. Dos ônus da sucumbência. Redistribuição nos autos revisionais. Recurso da empresa e avalistas conhecido e parcialmente provido. Recurso do banco conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1234562-5 - Curitiba - 13a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosa-**

na Andriguetto de Carvalho - Fonte: DJ, 20.03.2015).

Impossível a cobrança de *roaming* internacional quando a fatura não indica o número telefônico

Apelação Cível - Ação de indenização por danos materiais e morais c/c rescisão contratual e repetição de indébito - Recebimento de chamadas de *roaming* internacional - Ausência de identificação do número telefônico na fatura - violação ao art. 6º, III, do CDC - Falta de adequação e clareza - impossibilidade da cobrança - não demonstração de efetiva contratação dos serviços cobrados sob a rubrica “Tim Casa Flex” - Ônus que compete à prestadora de serviços requerida - Descumprimento contratual pela requerida - Rescisão do contrato sem penalidades para a requerente - Impossibilidade de inscrição do nome nos órgãos de proteção ao crédito - Inexigibilidade dos valores cobrados na fatura reconhecida - Devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados - Impossibilidade - Má-fé não comprovada - Devolução simples dos montantes - Recurso a que se dá parcial provimento a fim de afastar a devolução em dobro, devendo ser feita apenas na forma simples.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1018902-5 - Maringá - 12a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Denise Krüger Pereira** - Fonte: DJ, 17.03.2015).

Pagamento realizado por meio de cheque não extingue a obrigação

Apelação Cível. Embargos à Execução. Compra e venda de fundo de comércio. Pagamento efetuado com cheques de terceiro. Inadimplemento

parcial da obrigação. Inexigibilidade do título não configurada. Quitação pro solvendo. Sentença mantida. 1. O pagamento feito por cheque tem, em regra, efeito pro solvendo, ou seja, até a sua liquidação, não se extingue a obrigação a que se refere. 2. Não compensados os cheques emitidos como pagamento da dívida é admissível a propositura do processo de execução com base no próprio contrato, uma vez que ostenta este as características de liquidez, certeza e exigibilidade. Apelação Cível não provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1323483-4 - Paranavaí - 15a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 19.03.2015).

Taxa de juros remuneratórios prevista em contrato não pode ser limitada judicialmente

Apelação Cível. Embargos a Execução. Cédula de crédito bancário. Capitalização de juros. Prática permitida. Contrato firmado após edição da MP n. 2.170-36. Previsão contratual de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança de juros capitalizados mensalmente. Novo entendimento firmado pelo RESP n. 973.827/RS. Limitação dos juros remuneratórios. Impossibilidade. Taxa de juros expressamente prevista em contrato. Readequação do ônus sucumbencial. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1193241-3 - Londrina - 16a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 06.03.2015).

CRIMINAL

Condenado a regime semiaberto deve migrar para regime mais benéfico quando não existir vaga em estabelecimento prisional compatível

Agravo em Execução Penal. Recurso do Ministério Público. Restauro do regime semiaberto propriamente dito. Improcedência do pedido. Benefício do cumprimento da pena sob os requisitos do regime aberto, nas condições de prisão albergue domiciliar. Caráter excepcional da medida, até a criação de vaga em unidade de regime semiaberto. Constrangimento ilegal evitado. Precedentes. Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, Item 7.3.2. Portaria n. 04/2014 do juízo local. Recurso conhecido e desprovido. “Se por culpa do Estado o condenado não vem cumprindo a pena no regime fixado na decisão judicial (semiaberto), resta caracterizado o constrangimento ilegal. Como cediço, a falta de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena no regime intermediário permite ao condenado a possibilidade de cumpri-la em regime aberto domiciliar, quando inexistir no local casa de albergado ou lugar vago na dita instituição, até a transferência para estabelecimento adequado. 2. Recurso provido 2 (RHC 47.806/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)”.

(TJ/PR - Agravo em Exec. Penal n. 1321576-6 - Foz do Iguaçu - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria José de Toledo Marcondes Teixeira** - Fonte: DJ, 10.03.2015).

É ilegal a suspensão condicional do processo ser deferida somente após a prestação de serviço à comunidade

Habeas Corpus. Embriaguez ao volante. Art.306 da Lei n. 9.503/97. Prestação de serviços à comunidade fixada como condição especial para a suspensão condicional do processo. Princípio da legalidade. Violação. Constrangimento ilegal configurado. Condição fixada é prevista como pena autônoma (restritiva de direitos) nos art. 43 e 44, do Código Penal. Necessidade de condenação transitada em julgado. Presunção da inocência. Afastamento que se impõe. Ordem concedida.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1221167-5 - São José dos Pinhais - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Laertes Ferreira Gomes** - Fonte: DJ, 24.03.2015).

Nula a sentença quando ausentes alegações finais defensivas

Recurso de Apelação. ECA. Ato infracional correspondente ao crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). Representação julgada procedente. Nulidade do feito. Ausência de apresentação de alegações finais pelo representado. Ofensa aos princípios do devi-

do processo legal e da ampla defesa. Sentença nula. Matéria recursal prejudicada. “A falta das alegações finais defensivas torna nula a sentença proferida ante ausência de defesa, conforme preceituam os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes” (HC 120.231/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 04/05/2009).

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1316828-2 - Uraí - 2a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Maurício Pinto de Almeida** - Fonte: DJ, 16.03.2015).

Posse ilegal de arma de fogo é crime permanente

Apelação Criminal - Posse ilegal de arma de fogo e de munições de uso restrito e receptação (artigos 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03 e 180, *caput*, do Código Penal) - Sentença condenatória - Pleito para declarar nulidade da busca domiciliar em razão da ausência de mandado - Impossibilidade - Posse ilegal de arma de fogo é crime permanente - Situação de flagrante demonstrada - Ausência de nulidade - Pedido de reforma na dosimetria para compensação da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea - Acolhimento do pedido - Precedentes do STJ - Alegação de ocorrência de “bis in idem” ao ser exasperada a pena-base pelos maus antecedentes e aplicado a agravante da reincidência - Inocorrência - Existência de mais de uma condenação com trânsito em julgado - Possibilidade de exasperação na primeira e na segunda fase

de fixação da pena - Alteração da dosimetria, de ofício, para reduzir a pena-base - Fundamentos utilizados para exasperar a pena-base em razão da personalidade do acusado, do poder judiciário tribunal de justiça fls. 2 motivo do delito e da culpabilidade são inidôneos - Precedentes - Sentença reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido e, de ofício, reduzido a pena privativa de liberdade e de multa.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1275053-7 - Foz do Iguaçu - 2a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 16.03.2015).

Prisão preventiva é subsidiária, somente sendo aplicada quando não cabíveis às medidas previstas no art. 319/CPP

Habeas Corpus. Processual Penal. Paciente preso em flagrante pela prática do crime de furto qualificado tentado (art. 155, § 4º, III e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal). Delito de baixa gravidade. Caráter subsidiário da prisão preventiva. Aplicação das medidas previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Possibilidade. Pedido procedente. Com as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.403/11, a prisão preventiva adquiriu caráter subsidiário em relação às medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, somente sendo possível decretar aquela quando não cabíveis estas.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1336889-1 - Curitiba - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Kanayama** - Fonte: DJ, 18.03.2015).

Progressão de regime implica a inserção do reeducando em estabelecimento prisional compatível

Execução Penal - Progressão ao regime semiaberto sem a inserção do reeducando em estabelecimento adequado - Inadmissibilidade de imediata implantação em regime aberto ou prisão domiciliar - Necessidade de observância do sistema de execução progressiva (art. 112, LEP) e do disposto no item 7.3.2 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, recomendando a adoção temporária de medidas compatíveis com a nova etapa prisional alcançada - Pretendido livramento condicional - Requisito subjetivo não satisfeito - Decisões mantidas - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Exec. Penal n. 1281545-7 - Cascavel - 1a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Telmo Cherem** - Fonte: DJ, 19.03.2015).

Prova da comercialização da droga é irrelevante para a configuração do crime de tráfico

Recurso de Apelação Criminal - Tráfico ilícito de droga - Absolvição - Desclassificação - Impossibilidade, no caso - Sentença condenatória mantida - Recurso não provido. O tipo penal contido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da efetiva comercialização. O depoi-

mento prestado por policiais pode configurar prova contra o acusado, sendo plenamente cabível sua utilização na formação do convencimento do julgador, sobretudo quando em consonância com o restante das evidências colhidas na persecução criminal. (Precedentes da Corte). Apelação conhecida e não provida. (TJ/PR - Ap. Criminal n. 1301409-4 - Sarandi - 5a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge Wagih Massad** - Fonte: DJ, 18.03.2015).

Sócio-administrador que aliena bens da empresa sem consentimento dos demais sócios comete o crime de apropriação indébita

Conflito negativo de competência - dúvida suscitada em relação à tipificação da conduta perpetrada - furto de coisa comum (art. 156, do CP) ou apropriação indébita (art. 168, do CP) - agente que, sendo sócio administrador, aliena bens móveis da empresa, sem consentimento dos sócios, apropriando-se integralmente dos valores recebidos - caracterização em tese do delito de apropriação indébita - patrimônio da empresa não se confunde com o dos sócios - pena máxima cominada de quatro anos - competência da justiça comum - conflito procedente.

(TJ/PR - Confl. de Competência n. 1258467-7 - Marechal Cândido Rondon - 4a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carvílio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 28.01.2015).

PROCESSO CIVIL

Ação de prestação de contas não deve ser manejada para a revisão de cláusulas contratuais

Apelação Cível. Processo Civil. Condições da ação. Interesse processual. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Pleito de que sejam prestadas contas de diversos contratos desde a data da abertura da conta corrente até a presente data. Autora que indica com precisão apenas dois contratos de conta garantida. Falta de indicação concreta de lançamentos supostamente indevidos ou em relação aos quais a correntista possuía dúvida. Pedido genérico. Ausência de interesse processual. Reconhecimento, de ofício, da carência da ação (art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil). Processo extinto sem resolução de mérito. “Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrência duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.” (REsp nº 1.231.027/PR, 2a. Seção,

Rela Mina Maria Isabel Gallotti, DJe 18/12/2012). Recurso de Apelação prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1127939-3 - Maringá - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eduardo Casagrande Sarrão** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Cabe à Justiça Federal determinar se existe ou não interesse da Caixa Econômica Federal na lide

Apelação Cível - Seguro Habitacional - Danos físicos verificados nos imóveis adquiridos pelos demandantes - Autores vinculados a apólice pública - Ramo 66 - Fato superveniente - Edição da Lei n. 12.409/2011, que, dentre outras hipóteses, concedeu ao FCVS a autorização para “oferecer cobertura direta aos contratos de financiamentos habitacionais averbados na extinta apólice do SFH” - Existência ou não do interesse da Caixa Econômica Federal na lide - Competência da Justiça Federal - Súmula 150 do STJ - Remessa dos autos à Justiça Federal para apreciação do interesse da Caixa Econômica Federal quanto aos autores que possuem contrato vinculado a apólice do ramo 66. Tendo em vista que “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula n. 150 do Superior Tribunal de Justiça), os

autos devem ser remetidos à Justiça Federal, para que lá seja apreciado o interesse da União e da Caixa Econômica Federal na demanda.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1222495-8 - Pato Branco - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 25.03.2015).

Compra de imóvel por preço vil caracteriza a má-fé do terceiro adquirente

Apelação Cível - Embargos de Terceiro - Execução de título extrajudicial - Penhora de imóvel - Terceiro adquirente - Boa-fé não comprovada - Súmula 375, do STJ "O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente" - Compra do imóvel por preço vil - Má-fé do terceiro adquirente - Fraude à execução - Sentença mantida. Recurso de Apelação - Não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1261702-6 - São Miguel do Iguaçu - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Octávio Campos Fischer** - Fonte: DJ, 18.03.2015).

Embargos não possuem efeito suspensivo quando não garantida a penhora

Agravo de Instrumento. Ação de título extrajudicial. Embargos à Execução. Pedido de efeito suspensivo. Contrato de assunção e confissão de dívida garantido por penhora hipotecária. Decisão agravada que nega o efeito por ausência de garantia da execução, por meio de penho-

ra, depósito ou caução. Alegação da agravante de que a garantia hipotecária do bem imóvel é suficiente para garantir a execução. Impossibilidade. Ausência de avaliação do bem. Ausência de constrição. Ausência de penhora. Descumprimento do art.739-a, § 1º, CPC. Recurso conhecido e não provido. 1. Nos termos do art.739-A, § 1º, do CPC, não se confere efeito suspensivo aos embargos quando não garantida a execução por meio de penhora, depósito ou caução.

(TJ/PR - Agr. de Instrumento n. 1323045-4 - Curitiba - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Athos Pereira Jorge Junior** - Fonte: DJ, 06.03.2015).

Órgão público deve pagar custas processuais em serventia estatizada

1) Direito Processual Civil. Custas processuais. Serventia estatizada. Inexistência de previsão legal para isenção dos órgãos públicos ao pagamento. Condenação do Estado. Cabimento. a) Se no Estado do Paraná não há lei que o isente do pagamento de custas processuais independentemente da demanda ter tramitado perante Varas estatizadas ou não, não pode o Julgador fazê-lo. b) Por isso, a discussão pretendida pelo Agravante nestes autos (caracterização de relação jurídico tributária, identificação de seus sujeitos, bem como do instituto da confusão), é estéril e estranha ao objeto da lide. c) Nessas condições, não cabe, pois, prolongar a demanda inserindo questão im-

pertinente, que visa apenas dar azo a escancarado intento procrastinatório. 2) Agravo interno a que se nega provimento.

(TJ/PR - Ag. Interno em Ap. Cível n. 1315659-3/01 - Curitiba - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 25.03.2015).

Procedimento de execução de título extrajudicial não admite a aplicação do regramento relativo à fase de cumprimento de sentença

Agravo de Instrumento. Processual Civil. Embargos à Execução de título extrajudicial. Pedido de cumprimento de sentença visando à cobrança dos honorários fixados nos embargos. Inviabilidade. Vício de procedimento constatado. O procedimento de execução de título extrajudicial é regido pelos dispositivos legais previstos no Livro II do Código de Processo Civil e, portanto, não admite a aplicação, ainda que subsidiária, do regramento relativo à fase de cumprimento de sentença, previsto nos artigos 475-I e seguintes do Livro I do mesmo diploma legal, de modo que a execução das verbas honorárias fixadas em sede de embargos à execução deve ser realizada em conjunto com o débito exequendo, nos próprios autos de execução.

Decisão agravada anulada, de ofício, para indeferir o processamento da fase de cumprimento de sentença. Recurso prejudicado.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1292715-6 - Londrina - 16a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira** - Fonte: DJ, 12.03.2015).

Processo deve ser suspenso quando a decisão de mérito depender do julgamento de outra causa

Agravo de Instrumento. Execução. Conexão com Ação Declaratória. Suspensão da execução até julgamento definitivo da declaratória. Manutenção. Prejudicialidade externa verificada. Questão de prova. Possível extinção do feito executivo. Necessidade de suspensão da execução até final decisão da ação declaratória para evitar decisões conflitantes. Decisão mantida. Recurso desprovido. 1. O artigo 265, do CPC, inciso IV, alínea "a", determina a suspensão do processo quando a decisão do mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1294837-5 - Francisco Beltrão - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 18.03.2015).

TRIBUTÁRIO

Adesão ao Refis implica confissão do débito fiscal

Tributário. Apelação Cível. Embargos à Execução Fiscal. Parcelamento da dívida. REFIS/PR. Adesão. Reconhecimento da pretensão executória. Honorários advocatícios. Embargos. Exigibilidade. Princípio da causalidade. Pedido sucessivo de redução dos honorários advocatícios acolhido. Nos termos da Lei Estadual n. 14.976/2005 e do Decreto Estadual n. 5.980/2005, o pedido de parcelamento implica confissão do débito fiscal, sendo que seu deferimento depende da comprovação do pagamento das verbas da sucumbência da execução, sem prejuízo da exigência das obrigações sucumbenciais dos embargos. Tal conduta gera a extinção dos embargos (por reconhecimento da pretensão contrária - art. 269, II do CPC), com imposição da sucumbência prevista no art. 26 do CPC. Recurso de apelação parcialmente provido, apenas para minorar a verba, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1257659-1 - Curitiba - 3a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Péricles Bellusci de Batista Pereira** - Fonte: DJ, 16.03.2015).

Constitucional a incidência de ISS sobre as operações de arrendamento mercantil

Apelações Cíveis e Reexame Necessário - Embargos à execução -

Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza - ISS - *Leasing* - Sentença que reconheceu a decadência do crédito tributário. Recurso de apelação 1 - Pretensão a aplicação da tese dos “cinco mais cinco” - Conjugação dos prazos dos artigos 173, I e 150, § 4º do CTN - Impossibilidade - ISS - Não recolhimento do tributo pelo contribuinte - Lançamento realizado de ofício pela Fazenda Pública - Prazo decadencial quinquenal - Inteligência do artigo 173, inciso I do CTN - Ausência de prova de fraude, dolo ou simulação - Redução dos honorários advocatícios - Possibilidade. “No tocante aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não havendo o recolhimento do tributo, o prazo decadencial deve ser contado a partir do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ser efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.” (STJ, REsp 1284664 / PE, 2a. turma, rel Min. Castro Meira, DJe 23/04/2012). Recurso conhecido e parcialmente provido. Recurso de Apelação 2 - Alegação de inconstitucionalidade da exigência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil - Incidência pacificada - Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. Sentença, no mais, mantida em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1054026-6 - Irati - 3a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Custas, taxa judiciária e emolumentos possuem natureza tributária

Tributário. Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Lançamento indevido. Extinção após citação da parte contrária. Custas devidas. Isenção inexistente. Inaplicabilidade dos artigos 26 e 39 da Lei n. 6.830/1980. Isenção heterônoma configurada. Vedação pelo sistema constitucional. Taxa judiciária. Isenção relativamente às ações propostas pelos municípios. Decreto Estadual n. 962/1932, artigo 3º, alínea “I”. Honorários advocatícios devidos. Extinção após citação e manifestação da executada. Precedentes do STJ e deste tribunal. Recurso parcialmente provido. (a) “As custas, a taxa judiciária e os emolumentos constituem espécie tributária, são taxas, segundo a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal.” (ADI 1145 - Relator Min. Carlos Velloso - Tribunal Pleno - DJ 8-11-2002). (b) “O art. 151, inciso III, da Constituição Federal, veda que a União conceda isenção de tributos de competência dos Estados”.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1293628-2 - Cambé - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauro Laertes de Oliveira** - Fonte: DJ, 16.03.2015).

É ilegal a sentença que extingue a execução fiscal com base no pequeno valor da dívida

Execução fiscal - Taxas - Extinção do processo sem resolução do mérito em razão do irrisório valor do crédito tributário - Impossibilidade - Ofensa aos princípios da legalidade e da inafastabilidade do controle jurisdicional (acesso à Justiça) - Presença de interesse processual e demais condições da ação - Crédito indisponível - Dever fundamental de pagar tributos - Necessidade de prosseguimento da execução - STJ, súmula 452. Recurso provido. I) “A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício” (STJ, Súmula 452). II) “É vedado, salvo previsão legal específica na respectiva área federativa tributária, extinguir a execução fiscal com fundamento no valor ínfimo da dívida” (TJPR, Câmaras de Direito Tributário, enunciado 14). III) A sentença que extingue a execução fiscal sem resolução do mérito por entender ínfimo o valor do crédito, além de interferir na esfera da Administração Pública, afeta o princípio da legalidade.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1343531-1 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 23.03.2015).

Últimas Súmulas do TJPR

Súmula 63

Não se caracteriza a prescrição intercorrente quando a execução de título extrajudicial estiver suspensa por inexistência de bens, sendo necessária a prévia intimação pessoal para prosseguimento da ação executiva.

Súmula 62

Nos contratos vinculados ao sistema financeiro de habitação, em que seja estipulado o pagamento da dívida em prestações periódicas, o termo inicial a ser considerado para o prazo prescricional é o vencimento de cada parcela, e não a última parcela do contrato.

Súmula 61

Nas ações em que se discutem o contrato de faturização (fomento mercantil ou *factoring*), em razão da sua natureza mercantil, a competência é das câmaras residuais. Entretanto, se houver discussão a respeito de título executivo extrajudicial dado em garantia daquela operação, a competência será das câmaras de título executivo extrajudicial, ainda que cumulado com pedido de indenização.

Súmula 60

Ainda que tenha recurso anterior distribuído a este Tribunal de Justiça, a regra é no sentido de que a competência em virtude da matéria deve prevalecer sobre a prevenção.

Súmula 59

Não é exigível o recolhimento de custas iniciais na fase de cumprimento de sentença (art. 475-J, do CPC), segundo a sistemática introduzida pela Lei 11.232/05.

Súmula 58

Nas ações que versam sobre contrato de representação comercial, a competência é das Câmaras Residuais.

Súmula 57

Nas ações de indenização, que envolvam os chamados “contratos inexistentes”, ainda que exista pedido declaratório de inexistência da dívida, a competência será das Câmaras de Responsabilidade Civil.

Súmula 56

Em ação de cobrança ou execução autônomas promovidas por serventuário de Escriwania não estatizada, referente as custas processuais, a competência é das Câmaras de Direito Tributário, diante da natureza jurídica de tributo.

Súmula 55

Nos contratos administrativos de natureza privada não se desloca a competência, em razão da pessoa jurídica de direito público ou respectivas autarquias, fundações de direito público e entidades paraestatais, mantendo-se a competência das Câmaras Especializadas.

Fonte: <https://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia-sumulas>

Novos Enunciados do TJPR

17a. e 18a. Câms. Cívs.

Enunciado 10

A comissão de permanência quando expressamente pactuada deve ser mantida no contrato, para caso de inadimplemento, tendo por limite a somatória dos juros remuneratórios estipulados para o período de normalidade contratual, mais os juros de mora legais de um por cento ao mês, além da multa moratória de 2%, a qual incide uma única vez sobre o débito pendente, excluindo-se quaisquer outros encargos por abusivos.

Enunciado 9

A inércia da instituição financeira em exhibir o documento indicado na inicial, no curso da lide, caracteriza resistência à pretensão, impondo-se sua condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ante ao princípio da causalidade.

Enunciado 8

Ainda não julgado.

Enunciado 7

A restituição de valores decorrentes de cobranças consideradas ilegais ou abusivas, nos contratos de mútuo feneratício garantidos por alienação fiduciária e de arrendamento mercantil, deve se dar de forma simples, salvo comprovada má-fé da instituição financeira.

Enunciado 6

É lícita a cobrança de prêmio de seguro em contrato de mútuo financeiro visando a proteção da relação jurídica no interesse de ambas as partes, garantindo a cobertura de riscos sobre a coisa alienada, assim como a solvabilidade do contrato, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva (Resolução CMN 3.954/11).

Enunciado 5

Na ação de reintegração de posse decorrente de contrato de arrendamento mercantil (“leasing”), é possível a manutenção do contrato, mediante a purgação da mora pelo arrendatário, no prazo para resposta, mediante o pagamento das parcelas vencidas, com os encargos contratuais pactuados (art. 401, I/CCv).

Enunciado 4

Na ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia de mútuo financeiro bancário, firmado na vigência da Lei 10.931/04, ou seja, a partir de 03/08/04, o devedor poderá reaver o bem apreendido, mediante o pagamento da integralidade da dívida apresentada pelo credor na petição inicial, assim consideradas as parcelas vencidas e vincendas, no prazo de cinco dias da efetivação da medida liminar, sob pena de consolidação da propriedade em mãos do credor fiduciário.

Enunciado 3

Nos contratos de mútuo financeiro celebrados na vigência da MP 1.963-17/2000, ou seja, a partir de 31/03/2000, admite-se a capitalização dos juros remuneratórios em periodicidade inferior ao um ano, a qual considera-se expressamente pactuada pela simples indicação da taxa efetiva anual superior ao duodécuplo da taxa nominal mensal.

Enunciado 2

É válida a cobrança da tarifa de cadastro, exigível uma única vez, no início do relacionamento comercial entre as partes, nas operações de financiamento, salvo se computado valor abusivo frente à taxa média de mercado, ou cumulada com outra tarifa, como de abertura de crédito (TAC) ou Comissão de de Operações Ativas (COA).

Enunciado 1

É válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, nos contratos firmados na vigência da Resolução CMN 2.303/96, ou seja, até 30/04/08.

Fonte: <https://www.tjpr.jus.br/enunciados>