



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 2 • Nº 2 • 2009



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça

Vera Nilva Álvares Rocha
Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Edson Azambuja
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:
Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Edson Azambuja
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Eduardo Silva de Almeida
Luciana Duailibe

Diagramação
Marco Tullio Tavares

Foto de Capa
Sandra dos Santos

Fotos Orelha
Ronaldo Mitt

Colaboração
Academina Tocantinense de Letras

Vera Nilva Álvares Rocha
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 2, nº 2

Palmas, Tocantins
2009

© 2009. Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano 2 • Nº 2 • 2009

Tiragem: 1.000

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de **Vera Nilva Álvares Rocha**. Palmas: Cesaf, ano 2, n.2, 2009.

244 páginas

Periodicidade semestral

ISSN: 1984 - 168 x

1. Direito - Periódicos 2. Coisa julgada 3. Crimes Cibernéticos 4. Amicus curiae 5. Criança e adolescente 6. Delação Premiada 7. Dano moral coletivo 8. Direito a educação 9. Pensamento jurídico - pós modernidade 10. Direito Comparado - STF Brasil e Tribunal Constitucional Espanhol 11- Nome civil - alteração I.
Ministério Público do Estado do Tocantins

CDU: 34(05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.

É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Impressão:

Gráfica e Editora Aliança Ltda.

Procuradoria Geral de Justiça

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,

Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte

Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins

(63) 3216-7600

www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,

Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar

Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins

(63) 3216-3250

www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

Imbuída de grande satisfação, a Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CESAF lança à comunidade jurídica o segundo número da Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins.

Este veículo de comunicação fora criado com o objetivo de constituir um espaço de divulgação dos entendimentos jurídicos de membros e servidores do "Parquet Tocantinense", consubstanciados nos trabalhos científicos criteriosamente elaborados.

Tal desiderato vem sendo alcançado, tendo os colegas autores acorrido à nossa solicitação de envio de artigos, com o que se espera possibilitar, também, um debate acerca dos assuntos jurídicos enfocados, decorrendo, de conseguinte, maior aprimoramento jurídico, com um reflexo positivo para o labor do dia-a-dia e, portanto, para a sociedade, como destinatária final dos misteres ministeriais.

Nessa publicação contamos, igualmente, com a valiosa participação do colega e Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público da Bahia, Dr. Wanderlino Nogueira Neto, ao qual o convite respectivo não fora por acaso, mas sim, pelo fato de que, não obstante "inativo de direito" em decorrência de merecida aposentadoria, está mais do que nunca "ativo de fato", sempre lançando luzes jurídicas, sobretudo, na área da infância e juventude.

A exemplo do primeiro número, essa edição congrega artigos referentes a várias áreas do direito, todos cuidadosamente selecionados pelo nosso Conselho Editorial, visando oferecer aos operadores do direito uma visão global sobre o ordenamento jurídico.

Agradecemos a todos os colaboradores, sem exceção!

Vera Nilva Álvares Rocha
Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Sumário

EDITORIAL	7
<i>Vera Nilva Álvares Rocha</i>	
ARTIGOS	
1. Coisa julgada sob a ótica da impossibilidade do seu manejo por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental	11
<i>Juliana Silva Marinho Guimarães</i>	
<i>Alberto Raniere Alves Guimarães</i>	
2. Crimes cibernéticos: uma nova modalidade criminosa?	35
<i>Manoel Moura da Silva</i>	
3. Democratização do processo constitucional brasileiro e participação do “Amicus Curiae”	59
<i>Mariana Héliida de Lima</i>	
4. Direitos fundamentais da criança e do adolescente: um novo paradigma emancipatório	81
<i>Wanderlino Nogueira Neto</i>	
5. Natureza jurídica da delação premiada e a atuação do Ministério Público	101
<i>Octahydes Ballan Junior</i>	
6. O dano moral coletivo no direito brasileiro	123
<i>Weruska Rezende Fuso</i>	
7. O direito à educação como forma de alcançar a cidadania e combater as desigualdades nacionais	139
<i>Angelita Messias Ramos</i>	

8. Panorama do pensamento jurídico pós-moderno	157
<i>Miguel Batista de Siqueira Filho</i>	
9. Os pontos de convergências e divergências na organização do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Tribunal Constitucional Espanhol	187
<i>Erion de Paiva Maia</i>	
10. Possibilidades de alteração do nome civil	229
<i>André Ricardo Fonseca Carvalho</i>	

Coisa julgada sob a ótica da impossibilidade do seu manejo por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Juliana Silva Marinho Guimarães*
Alberto Raniere Alves Guimarães**

RESUMO

A presente elaboração científica cuida da coisa julgada, como instituto constitucional, frente à inadmissibilidade do seu manejo na arguição de descumprimento de preceito fundamental como salvaguarda da segurança jurídica. Para tanto, o estudo abordou os valores da coisa julgada no seu conceito natural, nos diferentes tipos, afastando a verificada possibilidade de manejo pela inexistência de modificação substancial do estado de direito como percussor da relativização da sentença julgada imutável.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás. Analista Ministerial Especializada do Ministério Público do Estado do Tocantins.

** Graduado em Direito pela Universidade Ibirapuera do Estado de São Paulo. Advogado Tributarista.

manipulação processual por meio da Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF.

2. A coisa julgada e seus aspectos históricos

Passando pela evolução histórica das formas organizacionais da sociedade, facilmente se observará uma efetiva interferência e controle do Estado, que se dava dentre elas pelo exercício da jurisdição.

Desde que o Estado passou a ter o monopólio da jurisdição, criou-se a possibilidade de determinada sociedade organizada resolver seus litígios através das ações judiciais, como direito de obter uma sentença.

Nesse direito de obter uma sentença, originalmente nos deparamos com o direito romano, cujo objetivo do processo se elevava à atuação da vontade da lei em relação ao denominado bem da vida (*res in iudicium deducta*).

Com isso nasceu a idéia da coisa julgada no direito romano, que visava imprimir certeza ao gozo dos bens da vida e garantir o resultado do processo.

CHIOVENDA (1998, p. 447), na obra “Instituições de Direito Processual Civil”, com peculiar domínio da matéria, demonstra a finalidade da coisa julgada para os romanos:

Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciantur* (fr. 6, Dig. De except. Rei iud. 44,2). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas (n.º 32). Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, *culmina-*

te na emanção de um ato de vontade (a *pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens.

Analisando o instituto no direito pátrio, verifica-se que as delineações atuais se inspiraram nas linhas gerais do direito romano, muito devido a herança portuguesa, que também tinha fortes traços das delimitações da matéria naquele direito.

O sistema processual brasileiro, após desgarrar-se do colonialismo, inicialmente manteve o regulamento 737 de 1850 e posteriormente, o 763 de 1890, que dessa forma tratava a coisa julgada.

Com a proclamação da república, nota-se grande evolução na área do direito público, especialmente no campo constitucional, entretanto sem o processo alterar substancialmente, mesmo porque continuou a existir uma vinculação ao modelo romano, de interesse eminentemente privado e sem avanços ao que se construiu em suas bases.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939 e o atual de 1973, por mais que o sistema processual tenha sofrido profundas mudanças, as quais aproximaram da realidade social do direito material, afastando a supervalorização das formalidades procedimentais, ainda assim os conceitos atualmente empregados nos remetem ao modelo romano.

E esse fato notadamente evidenciou-se com a proclamada carta constituinte de 1988, a qual elevou a coisa julgada a preceito fundamental, como sinônimo e garantia da segurança jurídica na forma pilar de todo o sistema processual constitucional.

2.1. Conceito da coisa julgada

No conceito mais moderno da coisa julgada, in direito processual brasileiro, encontramos inegável contribuição e influência das teses revolucionárias do professor italiano Enrico Tullio Liebman.

Os conceitos de coisa julgada formulados antes da doutrina de Liebman a definiam como efeito da sentença.

Considerando a coisa julgada como efeito da sentença nada se avan-

çaria no estudo desse instituto, já que, sinteticamente, o efeito se restringe à manifestação externa do julgado, dessa forma afastando a idéia da coisa julgada como um preceito.

Pós Liebman, muitos passaram a entender a coisa julgada não como efeito, mas como uma qualidade da sentença, elevando assim a coisa julgada a preceito precursor da segurança jurídica, visto sua natureza imutável.

Nesse sentido é fácil distinguir o que Liebman introduziu em nosso ordenamento processual, sendo que efeitos da sentença são os de constituir, declarar, condenar, executar e mandar, enquanto, por sua vez, a coisa julgada é uma característica (qualidade) da sentença que torna estes comandos imutáveis e indiscutíveis.

Com isso podemos dizer que a coisa julgada é uma qualidade inerente à sentença que tem aptidão em produzir efeitos, tornando-a imutável e indiscutível em razão da impossibilidade da discussão de seus termos através de outros recursos processuais.

2.2. Tipo de coisa julgada

Do conceito da coisa julgada e do atual sistema processual podemos classificar o instituto em questão em dois tipos, sejam eles – a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal, também denominada preclusão máxima, caracteriza-se pela aptidão da decisão em produzir efeitos apenas no processo que faz parte, ou seja, torna imutável a decisão apenas no processo, servindo também de pressuposto para a coisa julgada material.

Nota-se que a coisa julgada formal não é qualidade inerente apenas às decisões de mérito (sentença), mas se estende às decisões interlocutórias que tratam matéria incidental do processo. Contudo, a matéria objeto da coisa julgada formal pode ser discutida em outro processo.

Por outro lado, podemos definir a coisa julgada material como sendo a qualidade inerente à sentença que produz efeitos no processo e fora dele, fazendo com que determinada relação jurídica se torne imutável e irreatável, projetando dessa relação processual efeitos externos, de modo que nenhum juiz, até mesmo em outro processo, possa decidir de modo

contrário.

O conceito da coisa julgada material é trazido no art. 467 do Código de Processo Civil, que a define como *“a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”*

Entretanto, para que se opere a coisa julgada material é necessário observar três requisitos, quais sejam, as partes, a causa de pedir e os pedidos, que devem ser os mesmos ou haver correlação entre si.

Dessa feita, a propósito, são válidas as anotações de Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 608), que resumem o capítulo:

Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial, fora do processo, em relação a outros feitos judiciais, põe-se o campo da coisa julgada material, que aqui realmente importa e que constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de coisa julgada formal. A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é extraprocessual, fazendo repercutir seus efeitos para fora do processo, em relação a outros processos.

Já o desembargador Araken de Assis (RJTJERGS 254/173), em sentido mais amplo, ao tratar a coisa julgada material, demonstra de forma sucinta a abrangência do instituto, lecionando que *“A eficácia da coisa julgada (CPC, art. 467) não se limita a impedir a renovação de demandas idênticas à anterior (CPC, art. 301, § 3º), mas, fundamentalmente, impede que o desfecho do segundo processo entre as mesmas partes contradiga o resultado prático do primeiro”*

2.3. Do regime constitucional da coisa julgada

A coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, além da proteção infraconstitucional possui a proteção constitucional.

A Constituição Federal promulgada em 1988, ao estabelecer em seu art. 5º, inc. XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, além de recepcionar a coisa julgada tratada infraconstitucionalmente, elevou o instituto a preceito de reconhecimento constitucional.

Esse entendimento não é unânime perante os operadores do direito. O professor Paulo Roberto de Lima, juiz federal no estado de Alagoas, ao abordar o tema na sua obra doutrinária “Teoria da Coisa Julgada”, entende que *“a inserção da regra dentro do artigo 5º, da Constituição, atinente aos direitos e garantias individuais, de certa forma explica a desmedida extensão que alguns, refletida ou irrefletidamente, teimam em emprestar ao instituto”*.

O autor, a respeito da questão, ensina:

Consoante se observa da leitura do dispositivo, a regra nele insculpada se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobredireito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder legiferante “prejudicar” a coisa julgada. É esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

E assim conclui:

os operadores do direito, máxime os integrantes do Poder Judiciário, desatentos aos reais objetivos da Constituição, no respeitante à coisa julgada, têm prestigiado o instituto como se o mesmo pertencesse ao Direito Constitucional e se constituísse em princípio magno do sistema jurídico. (2003, p. 83-86)

Por outro lado, em uma corrente contrária e em um posicionamento mais apurado e correto, inclusive adotado pela maioria dos operadores do direito, encontra-se Cândido Rangel Dinamarco (2003, p.54-55), ao afirmar que a coisa julgada é um instituto que pertence ao direito constitucional.

O autor afirma que a coisa julgada “resolve-se em uma situação de estabilidade, definida por lei, instituída mediante o processo, *garantia constitucionalmente* destinada a proporcionar segurança e paz de espírito à pes-

soa. (g.n.)

Indo de encontro ao que defende o professor Paulo Roberto de Lima, manifestou-se Cândido Rangel Dinamarco no artigo "Relativizar a Coisa Julgada Material", afirmando que:

na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará (art. 5º, XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia amplitude mais ampla do que as palavras poderiam pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida. (2003, p. 23)

Com isso, podemos afirmar que a coisa julgada é instituto protegido pela Constituição, que, ao lado dos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, previstos como direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, consagra os princípios constitucionais da segurança e da certeza jurídica.

Inclusive, é bom ressaltar que, ao ser inserido e disposto entre os direitos fundamentais do Estado de Direito, a coisa julgada constituiu cláusula pétrea, não podendo conseqüentemente ser abolida do ordenamento, nem mesmo através de Emenda Constitucional.

Assim, pode-se concluir que a coisa julgada, ao ser inserida no campo dos direitos fundamentais, quis o legislador constituinte dar condição especial ao instituto, com nítida intenção de preservar situações jurídicas já constituídas, concebendo aos jurisdicionados a sensação de segurança máxima e certeza da prestação.

2.4. Da coisa julgada e a segurança jurídica

Desde os primeiros apontamentos históricos que já se dava conta da existência da coisa julgada no mundo jurídico, indubitavelmente, o instituto se justifica pelo princípio da segurança jurídica. Um não saberia vi-

ver sem o outro.

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, em trabalho que aborda o tema, asseveram:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. (2003, p.10-20)

J.J. Gomes Canotilho (1993, p. 371-375), sobre o elencado princípio, averba:

2. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos

O homem necessita de certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão.

(...)

2.2 Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a *inalterabilidade do caso julgado*; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direito.(g.n)

Aproveitando a correlação da segurança jurídica ao Estado de Direito, como bem tratou CANOTILHO, expõe Ricardo Lobe Torres (apud MARTINS, 2005).

O tema da segurança coextensivo ao Estado de Direito o acompanha em suas diversas configurações, guardando as características próprias de cada época: Estado Liberal de Direito (ou Estado Guarda-Noturno), Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-estar Social, ou Estado Providência) e Estado Democrático de Direito (ou Estado Pós-Socialista, ou Estado da Sociedade de Risco)

Complementando a exposição, o autor, apontando diretamente a segurança jurídica, leciona:

Segurança jurídica significa, sobretudo, segurança dos direitos fundamentais. A segurança jurídica torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo.

Isso posto, fica fácil asseverar que a coisa julgada, já no âmbito processual constitucional, integrando direitos fundamentais devidamente insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, está diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica no sentido de valor fundamental do Estado Democrático de Direito, decorrendo daí sua natureza imutável e irretratável.

2.5. A possibilidade da relativização da coisa julgada

Inobstante a proteção constitucional da coisa julgada, abriremos neste capítulo os limites de sua prevalência em face da modificação do estado de fato ou de direito, como bem instituiu a legislação processual, dando enfoque a tais modificações no âmbito do processo de controle constitucional por meio da ADPF.

No que se trata da possibilidade da relativização da coisa julgada, o foco que não se pode perder de vista neste artigo, como bem asseverou DINAMARCO (2003), é o fato de a coisa julgada ter se elevado, no atual ordenamento constitucional, à condição de preceito principiológico.

Decorre dessa lógica que a coisa julgada, ao ser inserida nos direitos fundamentais do Estado de Direito, constituindo cláusula pétrea, não pode ser tocada nem abolida de qualquer forma, especialmente por meio de leis ordinárias, e sob qualquer pretexto que, na prática, a atinja diretamente ou indiretamente.

Contudo, em certos aspectos, não se pode desconsiderar o dinamismo do direito, pois se assim o fizéssemos nos colocaríamos na “era do eterno”, fechando-nos à possibilidade da modernidade e da melhor aproximação da realidade social, na melhor forma defendida por SAVIGNY.

Justamente dessa idéia advém o instituto a ser tratado com certa relativização, ao ser inserido no ordenamento processual a possibilidade de revisão da coisa julgada em relação jurídica continuativa quando houver modificação no estado de fato ou de direito. Vejamos a letra da lei, segundo o Código de Processo Civil:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Do destacado diploma legal tem-se que a coisa julgada, apesar de intocável, não é absoluta nem eterna, devendo sempre ser respeitado o estado de fato ou de direito.

A questão que concerne ao estado de fato não resiste a muita polêmica, pois, sucintamente, verificando-se que resta prejudicado ou resolvendo-se os fatos que geraram o litígio, racionalmente se conclui que não será a coisa julgada que impedirá nova adequação da realidade, mesmo porque, houve modificação substancial na causa de pedir (um dos requisitos para se abstrair a coisa julgada).

Por outro lado, não temos a mesma tranquilidade ao tratar da modifi-

cação do estado de direito e sua sobreposição à coisa julgada.

Abordando “estado de direito” como peça percussora das conclusões, inicialmente se faz necessário delinear seu conceito e seu entendimento, que melhor foi tratado por Fabio Brun Goldschmidt, advogado, mestre em direito tributário pela USP e membro fundador da Associação Brasileira de Constitucionalistas no Rio Grande do Sul, e Cristiano José Ferrazo, advogado, e mestre em direito tributário pela UFRS. (apud MARTINS, 2005, p.113)

O estado de direito há de ser compreendido como um contexto legislativo, um conjunto prescritivo completo, agasalhado pela coisa julgada, no sentido normativo propriamente dito, como resultado da intelecção da reunião dos enunciados prescritivos. Há, portanto, que se alterar a norma e não meramente o texto, o veículo introdutor.

Abstraem-se do estado de direito infinitas formas, conceitos e sinônimos. Dentre eles temos o “estado de direito” como legislação propriamente dita, e atualmente entendido por alguns operadores do direito, com a evolução do processo constitucional, como efeito normativo das decisões proferidas em sede do controle abstrato e concentrado da constituição.

Quanto à modificação do estado de direito, como legislação, não temos dúvidas de que possa haver, mas com certas restrições. No entanto, quanto à modificação do estado de direito, como efeito normativo da decisão do Supremo Tribunal Federal, acreditamos que não possa haver, mesmo porque tais efeitos são fruto de mera interpretação da lei, que as declara válida ou inválida.

Para maior aprofundamento do tema, necessário se faz abordar a ADPF e os efeitos das suas decisões.

2.6. A arguição de descumprimento de preceito fundamental no controle de constitucionalidade

A arguição de descumprimento é instrumento que proporciona ao Supremo Tribunal Federal – STF – exercer uma fiscalização concentrada de constitucionalidade. Nascida da atividade do Poder Constituinte Originá-

rio, nossos parlamentares a previram como sistema garantidor do princípio da supremacia constitucional, com a particularidade de tutelar com especificidade a supremacia dos preceitos fundamentais da Carta Magna.

Ainda, numa atitude inovadora perante as constituições anteriores, a Constituição de 88 criou, além das previstas diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, uma nova ação constitucional cujo escopo é preservar a constitucionalidade diante de ato atentatório contra preceito fundamental.

Referida ação está prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal de 1988, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 03/93, que reza: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

Desta citação de texto constitucional, adiantamos algumas deduções a respeito da norma, senão vejamos:

trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, visto depender de lei que estabelecesse a forma pela qual seria ajuizada e como seria apreciada pelo STF; é importante destacar que a lei regulamentadora só entrou em vigor em 3 de dezembro de 1999 (onze anos após a promulgação da Constituição Federal); trata-se de uma ação autônoma que se enquadra no controle de constitucionalidade concentrado, já que o único competente para apreciá-la é o Supremo Tribunal Federal, não sendo, cabível seu manejo no controle difuso ou como matéria de defesa; seu objeto é restrito, não podendo ser utilizada para qualquer tipo de controle de constitucionalidade, mas unicamente no que diz respeito a descumprimento de preceito fundamental. (JUNIOR, 2005, p.01)

A nova ação constitucional também permitiu a concessão de medida liminar. A regra é que essa medida seja concedida pela maioria absoluta dos membros do Supremo, porém, há a possibilidade de o Ministro relator a conceder, *ad referendum* do plenário, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, no período do recesso, desde que não atinja a coisa julgada.

2.7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e seus efeitos

Neste capítulo, destrincharemos alguns conceitos e falaremos de algumas interpretações que embasaram a nova modalidade de controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro. Todavia, não citaremos a enorme quantidade de questionamentos quanto a sua aplicabilidade e até mesmo constitucionalidade, para não correr o risco de fugir do tema central deste artigo.

A ADPF foi publicada no ordenamento jurídico pátrio pelo parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Em seguida, com a Emenda Constitucional n. 3/93 foi renumerada para § 1º do artigo 102.

À letra da lei, a ADPF foi instituída no nosso ordenamento, bastante limitada, ou como disse o nobre procurador do Estado de São Paulo, Elival da Silva Ramos (TAVARES e ROTHENBURG, 2001, p. 109) “norma de baixíssima densidade denotativa”, o que resultou sua inatividade por mais de 11 anos, afinal nasceu desprovida de auto-aplicabilidade, como bem definiu o Min. Sydney Sanches.

Em 1999, finalmente promulgou-se sua regulamentação, com a Lei n. 9.882, que dentre tantas inovações, possibilitou mais uma forma de ação processual constitucional para realização do controle abstrato de constitucionalidade, especialmente em relação às normas municipais e pré-constitucionais. (BERNARDES, 2004, p. 94)

De forma clara e sucinta, explica nosso brilhante professor Juliano Taveira Bernandes (2003, p. 94) que, da maneira como foi regulada, a ADPF qualifica-se como instrumento processual, da esfera da exclusiva competência do STF, cujo objeto é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (caput do artigo 1º da Lei n. 9.882/99). Tem igualmente cabimento a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.882/99).

E continua, aduzindo que quanto ao momento de sua utilização, a ADPF pode ser preventiva, para evitar lesão a preceito fundamental ou repressiva, para reparar o descumprimento. Quanto aos efeitos da decisão de mérito da ADPF são eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (artigo 10, § 3º).

Em nota, BERNARDES (2004, p.95) destaca que, numa interpretação conforme a Constituição Federal, o efeito vinculante não poderá atingir o Legislativo, a exemplo do que dispõe a regra do § 2º do artigo 102 da CF/88, na redação dada pela EC n. 3/93.

Os legitimados pelo Legislador Ordinário para a utilização do novo instrumento de tutela da supremacia constitucional foram os órgãos, entidades ou autoridades arrolados no artigo 103, caput, da Constituição Federal, ou seja, os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Aqui cabe a crítica quanto ao veto do inciso II do artigo 2º da Lei n. 9.882: retiraram a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público de terem acesso irrestrito, direto e individual por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao contrário da tradição dos modelos alienígenas expostos no capítulo anterior, que serviram de inspiração para o modelo brasileiro.

A justificativa que veio da presidência aduz sobre o aumento da carga de trabalho do STF, ao presumirem a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. (Ibid, 2004, p.95)

Justificativa inaceitável, com permissão para o trocadilho, para descumprir preceito fundamental perante processo que deveria resguardá-lo.

A regulamentação da ADPF trouxe ainda duas possíveis formas de atuação: autônoma (artigo 1º, caput) e incidental (artigo 1º, parágrafo único, I). A ADPF autônoma não requer processo judicial em curso, podendo ser protocolada diretamente no STF. Já a ADPF incidental tem a ver com a respectiva e necessária referência a processo judicial em andamento, cuja controvérsia constitucional irá formar o seu objeto/causa de pedir.

Quanto aos efeitos da decisão da ADPF, vinculante e *erga omnes* perante a coisa julgada, trataremos no tópico seguinte.

Por fim, quanto ao princípio da subsidiariedade previsto no § 1º do artigo 4º da Lei n. 9.882/99, só deve ser observado em relação à ADPF autônoma, pois a incidental não faz qualquer referência à comprovação da presença de lesão concreta advinda da controvérsia judicial, porque o objeto dessa modalidade de arguição não tem relação com direitos concretos eventualmente lesionados. (Ibid, 2004, p.102)

2.8. A coisa julgada e a ADPF

Inobstante os expressos objetos de apreciação que se fazem através da ADPF e a duvidosa constitucionalidade que traz os efeitos retroativos do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade através desse instrumento processual constitucional, já que tais efeitos deveriam ser trazidos pela própria redação constitucional e assim não o foi, abordaremos o tema verificando sua possibilidade perante a coisa julgada (princípio da subsidiariedade) e o resultado dos efeitos perante a modificação do estado de direito.

De plano, já se afasta a possibilidade da ADPF manejar diretamente contra a coisa julgada que supostamente atente contra preceitos fundamentais da Constituição.

A ADPF não tem contorno de ação rescisória, e nem o legislador assim o fez, e por isso não pode ser manejado à revelia pelo simples pretexto de que a coisa julgada fere preceitos constitucionais, pelo uso do justo e razoável, mesmo porque, tornaríamos o nosso ordenamento constitucional num verdadeiro “frankstein”, com remendos visando prestigiar esse ou aquele preceito constitucional em detrimento da segurança jurídica.

Tal prática é inadmissível tendo em vista pressupor que os preceitos fundamentais são harmoniosos entre si, não se valendo qualquer deles de privilégios um sobre o outro.

O que se vê na prática é a ânsia dos operadores do direito em julgar suas causas conforme interesses e princípios próprios, deixando de observar que regra deve ser cumprida, independentemente se tal regra possibilita a probabilidade da prática de suposta injustiça, e a coisa julgada, como preceito constitucional, deve ser respeitada em razão da elevada significância e função que tem a segurança jurídica para o ordenamento constitucional.

Esse entendimento está bem respaldado pelas referências jurisprudenciais assentadas pela Corte Constitucional, como bem colado no julgamento da ADPF 134, por meio da decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, inadmitindo o manejo processual para tal fim, se não vejamos:

Primeiramente, resalto que este instituto de controle concentrado de constitucionalidade não tem como função desconstituir coisa julgada, o que o inviabiliza quanto à parte do pedido do arguente,

qual seja, a de “reconhecer e declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive quanto à coisa julgada já formada, que os servidores e respectivos dependentes do quadro de pessoal das Administrações Direta e Indireta do Município de Fortaleza constante nos Decretos Municipais n^{os} 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988 e pela Lei Municipal 6.090/86, diretamente ou por via reflexa, por evidente ausência de recepção dos mesmos pela Carta Magna de 1988, à luz dos preceitos fundamentais invocados nesta ação” (fl. 27. grifos nossos).

O instituto da coisa julgada já foi bastante estudado pela doutrina, como se observa da lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A Constituição brasileira estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5^o, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil fornece elemento seguro para o entendimento do alcance desse dispositivo, ao impedir novos julgamentos sobre a demanda já definitivamente julgada. Não se limita a garantir a inviolabilidade da coisa julgada mediante a exigência de que outros possíveis julgamentos fossem conformes com aquele já estabilizado por ela: ele vai além disso, ao proibir todo e qualquer julgamento sobre a mesma demanda, quer conformes, quer divergentes.

Já no que tange às demandas cujo trânsito em julgado ainda não ocorreu, nas quais os servidores da Administração Direta do Município pleiteiam a equiparação dos vencimentos por meio de isonomia, existem outros meios processuais para contestá-las.

Desse modo, também quanto às demandas que não transitaram em julgado, é incabível a presente ADPF, uma vez que esse instituto é circunscrito aos limites da subsidiariedade, conforme definido pelo art. 4^o, § 1^o, da Lei 9.882/1999.

Nesse aspecto, cito trecho da ADPF 12/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão:

A arguição de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1^o, da Carta da República, e regulada pela Lei n. 9.882/99, é ação de

natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa da art. 4º, § 1º, da mencionada Lei n. 9.882/99”.

Ressalto, ainda, que situação bastante semelhante foi recentemente analisada pelo plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 83/ES, Rel. Min. Ayres Britto. Naquele caso, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu da arguição.

Naquela oportunidade, tratava-se de ADPF contra lei municipal que estabeleceu o IPC, previsto na Lei Federal 7.730/1989, como índice para o reajuste de vencimentos de servidores públicos (Lei 3.624/89 do Município de Vitória/ES). No presente caso, cuida-se de ADPF contra os efeitos diretos e reflexos de normas municipais que teriam vinculado os vencimentos de parte do funcionalismo público do Município de Fortaleza/CE a índice de reajuste do salário mínimo. Em ambas as ações, o principal preceito fundamental tido como violado é a autonomia municipal. Também, nos dois feitos, há decisões judiciais com trânsito em julgado, bem como processos em curso, suscetíveis de impugnação por outras vias.

Transcrevo, em oportuno, trecho das assertivas do Min. Cezar Peluso na ADPF 83/ES, Rel. Min. Carlos Ayres Britto:

Se (...) já foi reconhecido como válido e legal por força de coisa julgada, em relação a algum dos contraentes, não vejo como, em ação de descumprimento de preceito fundamental, cindir esse ato negocial para, agora, considerá-lo eventualmente inválido em relação a outros contraentes (...).

Também o Min. Menezes Direito votou pela inadmissibilidade daquela arguição, in verbis:

“esta ação está sendo utilizada como se fosse embargos à execução. Estamos substituindo este último por uma ação de natureza constitucional. Por que isso é verdade? Primeiro, porque a lei municipal foi votada, por iniciativa do prefeito municipal; houve o curso de diversas ações ordinárias, as quais prosseguiram; houve uma

iniciativa de uma outra ação ordinária, esta que ainda está em curso, e no momento em que se viu o município compelido à execução de diversas ações que transitaram em julgado, vem essa arguição de descumprimento de preceito fundamental, como se fossem embargos à execução, para obstaculizar o cumprimento de decisão judicial relativamente a uma lei de iniciativa do próprio prefeito municipal, votada pela câmara dos vereadores”.

Ainda, na mesma ADPF 83/ES, o **Min. Marco Aurélio** assentou que

“No caso, temos (...) uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que implicou simplesmente o endosso de um acordo coletivo. Mais do que isso: a ADPF veio a ser formalizada quando já não existente, porquanto não ocorrera a preclusão, qualquer outro remédio jurídico. “(...) Ante o previsto no acordo coletivo, endossado pela lei municipal, tivemos o ajuizamento de ações, e a municipalidade se defendeu nessas ações. Ocorreu o trânsito em julgado das decisões proferidas nessas ações. No biênio, foi ajuizada a ação rescisória; esta veio a ser apreciada. Transitou em julgado o que decidido na ação de impugnação autônoma que é rescisória. E aí há a lembrança – como se a arguição de descumprimento de preceito fundamental fosse polivalente (...). “Creio que a situação jurídica é exemplar quanto ao não-cabimento da ADPF. **Não podemos conferir a esse instrumental tão nobre – e bem revela que ele é nobre o número deste processo – contornos que coloquem em plano secundário a segurança jurídica; contornos de verdadeira rescisória.** (g.n.)

Por outro lado, também é relevante abordar o tema com foco no efeito da decisão dada através da ADPF, já que esse instrumento processual foi inserido na forma de controle constitucional concentrado.

Nesse contexto, como já verificado em capítulo anterior, pode ser observada a relativização da coisa julgada mediante a modificação do estado de direito.

A doutrina mais apurada admite essa modificação, que sobrepõe a coisa julgada, assimilando o estado do direito como a lei em sentido mais amplo, inserindo a lei como uma realidade normativa de abrangência superior.

Contudo, melhor sorte não decorrem os efeitos vinculantes das deci-

sões proferidas por meio do controle concentrado, no sentido de modificação do estado de direito, pois se observa que tais decisões têm meramente a conjectura declaratória.

Assim sendo, o controle concentrado, ao declarar validade jurídica de determinado dispositivo, ou não, que já foi tratado e está no berço da coisa julgada, não significa dizer que houve alteração do estado de direito, pois apenas se tem a certeza de que determinado dispositivo está inserido, ou não, e em perfeita ordem no sistema jurídico.

Exemplificando: suponhamos que nos deparamos com uma coisa julgada que se sustenta na inconstitucionalidade de determinada lei e que garante à parte gozar do *status quo* de lei anterior.

Em um futuro próximo, a dita inconstitucionalidade, por meio do controle concentrado da ADPF, se fulmina para validar e inserir definitivamente determinada lei em detrimento da anterior.

Entretanto, já se tem uma coisa julgada, e em certo aspecto temos como certo que os efeitos dessa decisão não alteraram o estado de direito daquela coisa julgada visto que, quando se deu a inconstitucionalidade da lei, o fez sem afastar lei anterior, não havendo a declaração de validade do referido dispositivo legal, assim não houve alteração no estado de direito no sentido normativo.

Quanto a essa mutabilidade, como bem tratou PONTES DE MIRANDA (1974, p. 193), ao comentar os efeitos da coisa julgada frente a modificação legislativa que atinge a sua materialidade, e que inclusive se estende hoje aos efeitos da decisão de controle da constitucionalidade, aduziu:

É o direito material que determina a qualidade das suas regras, de modo que a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade, nem pela conseqüente alterabilidade dos termos da interpretação ou versão executiva inicial da sentença.

A coisa julgada material supõe essa mutabilidade, porque é dentro da natureza da regra de direito material que ela se deve conter e, *ex hypothese*, a regra de direito material pertence àquela classe de regras que projetam no tempo os seus pressupostos de conteúdo suscetível de variação. Não se diga que a forma material da sentença vige enquanto persiste o *status quo*; a força material vige sempre, porque ela mesma se projeta no tempo deformável conforme a regra de direito material que está à sua base.

Dessa forma, temos que a abrangência dos efeitos não atinge a coisa julgada por tal não relacionar como sendo modificação substancial do estado de direito, na mesma medida em que a coisa julgada material supostamente ofendida pressupõe essa mutabilidade.

3 Conclusão

Delineando a matéria em foco, a coisa julgada *versus* o novo recurso processual constitucional, concluímos pela impossibilidade do manejo da ADPF para fins de rescisão da coisa julgada, mesmo que esta tenha nítido conteúdo contrário aos preceitos fundamentais.

A impossibilidade se sustenta não só na natureza da ADPF e contornos que o legislador constitucional expressamente lhe atribuiu, mas também, por tal manejo servir como instrumento que prejudica os valores da segurança jurídica.

É certo que nenhum princípio tem validade absoluta, e, em casos de colisão entre princípios, terá preferência aquele que tiver maior peso jurídico. Contudo, não se pode atribuir um valor superior aos próprios fins do sistema, do direito enquanto instrumento de harmonização social. E esta só existirá se se valorizarem os princípios que concretizam a segura justiça (ou a segurança jurídica).

Caso contrário, ao se sustentar a possibilidade de mudança da coisa julgada, ter-se-á uma gama de decisões contrárias à idéia de justiça, concretizadas por meio de numerosos princípios. O que se objetiva é uma ponderação a partir do caso concreto, pois não valorizar a segurança também pode representar injustiça.

Em outro prisma, também se constatou que os efeitos da decisão proferida em ADPF, necessariamente, não prejudicam a coisa julgada, pois os efeitos não têm o condão de modificar substancialmente o estado de direito, visto que se tratam de enlaces meramente declaratórios que inserem, ou não, determinado dispositivo no ordenamento harmonioso constitucional, sem a amplitude normativa necessária.

A imodificabilidade da coisa julgada material é imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional.

Referências

- BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. I, 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**. V. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pironi. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>. Acesso em: 09 set. 2008.
- JUNIOR, Rubens Cartaxo. **O controle de constitucionalidade** (atualizado conforme a Emenda Constitucional nº 45/2004). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 576, 3 fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6281>. Acesso em: 06 out. 2008.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (coordenadores). **Coisa julgada tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Manoel. **Comentários ao código de processo civil**. tomo V. São Paulo: Forense, 1974.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Crimes cibernéticos: uma nova modalidade criminosa?

Manoel Moura da Silva*

RESUMO

O presente trabalho busca comparar os crimes cometidos pela Internet com os previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de verificar se estamos diante de novos tipos penais ou se esses "novos" crimes não passam de condutas tipificadas travestidas com a nova tecnologia informático-eletrônico-digital.

Limitar-nos-emos a comparar os principais crimes cometidos pela Internet com os crimes comuns, previstos na lei penal. Para tanto, nos valeremos de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias divulgadas em livros e apostilas, impressas ou eletrônicas.

* Bacharel em Direito Pela UFT – Fundação Universidade Federal do Tocantins-TO e Especialista em Direito Eletrônico e Tecnologia da Informação pela UNIGRAN – Centro Universitário da Grande Dourados-MS. Professor de Ética e Legislação Trabalhista e Empresarial do IEPO – Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo das Faculdades Objetivo. Pós-graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pelo Instituto Tocantinense de Pós-Graduação.

1. Introdução

A Internet, inegavelmente, já faz parte do nosso cotidiano, assim como a eletricidade, e podemos ousar dizer que o mundo já não pode prescindir dela – a Grande Rede.

Com a constante evolução social movida, principalmente, pelo avanço científico-tecnológico, mudam-se os conceitos, o modo de vida, a linguagem, e surgem novas formas de interação e comunicação.

É neste contexto – alteração comportamental da sociedade – que desenvolveremos o nosso humilde trabalho sobre o tema proposto, no qual procuramos fazer um comparativo entre os diversos crimes praticados por meio da Internet e os crimes previstos na legislação penal brasileira, com o fito de, *a priori*, tentar esclarecer alguns pontos duvidosos sobre os conceitos, para, em seguida, a partir da discussão sobre esses crimes, perpetrados pela Internet, verificarmos se realmente se trata de novos tipos penais ou se são os já conhecidos, alterados somente no que concerne ao método de cometimento ou, de outra forma, se diz respeito a ambos os casos.

Por falta de espaço físico, trataremos somente dos crimes principais, em que a Internet é usada como meio para se alcançar o resultado. Não discutiremos a necessidade ou não de criação de novos regramentos penais que coíbam as práticas nocivas objeto deste estudo.

2. O ciberespaço

Palavra formada pela aglutinação do termo "cibernético", associado à

palavra "espaço", pode ser entendida como sendo um espaço virtual¹, por não existir no plano físico.

O termo cibernético é de origem remota. Platão já o utilizava para determinar "a arte de navegar e de administrar províncias", em sua obra "Diálogos". Sócrates usava-o no sentido de "ciência da pilotagem".

Traduzido do grego "kibernetiké", que significa timoneiro ou governante, foi também empregado por Norbert Wiener (1894-1963), norte-americano considerado o pai da cibernética – ciência que estuda as funções humanas de controle dos sistemas mecânicos e eletrônicos destinados a substituí-los.

Nos primórdios de sua história, o computador foi criado para realizar cálculos e assim substituir o cérebro humano nessa tarefa. Hoje esta máquina está presente em quase todas as atividades humanas, seja realizando cálculos de matemática simples até auxiliando na manutenção da vida, ou mesmo substituindo o homem em certas atividades com o uso da robótica, por exemplo.

Assim, a cibernética está intimamente ligada ao computador e este, quando conectado a outros semelhantes, forma uma rede de computadores. Em escala mundial, conhecida como Internet.

Devido a várias atividades desenvolvidas na Grande Rede, algumas pessoas vivem literalmente "conectadas" a ela, formando comunidades, interagindo entre si e criando, dessarte, um mundo novo, que até há pouco tempo somente existia na imaginação de escritores de ficção. Referimo-nos ao mundo virtual, ao espaço cibernético – o ciberespaço.

2.1. Crime

A uma conduta delituosa prevista na legislação e associada a uma

1. a) Realidade virtual: a) simulação de um ambiente real por meio de imagens de sínteses tridimensionais. (<http://www.dicionariodeportugues.com/?busca-palavra=virtual>. Acesso em 17/06/2008).

b) ambiente simulado por computador, muito próximo da realidade (utilizado para treinar astronautas, para jogos de vídeo etc.), que transmite ao operador a impressão de que faz parte desse ambiente e lhe dá a possibilidade de intervir, através de um equipamento especial criado para esse fim. (http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx?pal=virtual. Acesso em 17/06/2008).

pena chamamos de crime. Assim, podemos afirmar que, para existir crime, é necessário haver conduta humana prevista em lei e, via de regra, produza resultado.

Do exposto, inferimos que a existência do crime se subordina à existência de uma lei anterior que defina aquela conduta como ilícito penal.

Estamos, assim, diante de um dos princípios do direito penal – o da anterioridade, que, conforme o art. 5º, XXXIX, da Constituição da República e o art. 1º do Código Penal, seguindo o brocardo latino postulado por Feuerbach, criador das idéias da escola penal alemã, diz: *nullum crimen e nulla poena sine praevia legi*². Este princípio serve de base para todo o sistema penal moderno.

É necessário que o tipo (conjunto de elementos descritivos do crime contidos na lei penal) tenha sido definido antes da prática delituosa. Daí falar-se em anterioridade da lei penal incriminadora. Assim, o art. 1º do Código Penal contém dois princípios: 1º) Princípio da legalidade (ou da reserva legal): não há crime sem lei que o defina, não há pena sem cominação legal; 2º) Princípio da anterioridade: não há crime sem lei 'anterior' que o defina, não há pena sem “prévia” cominação legal. (JESUS, 2006, p. 65)

Concluimos, então, que a conduta ilícita, para configurar crime, necessita de lei anterior que a molde à norma penal e dê uma sanção a ela cominada.

Às condutas humanas que causam danos ou ameaça a bens juridicamente protegidos pela lei penal, mas não tipificadas, isto é, não fazem parte do ordenamento jurídico penal brasileiro por não terem previsão legal, chamamos de fatos atípicos.

Podemos, por isso, definir o crime como sendo a conduta humana prevista na lei penal, cuja violação incorre o infrator em sanção, desde que esta conduta não esteja prevista como causa de exclusão de ilicitude.

Isso é o que a doutrina clássica nos ensina, mas, com o crescente uso das novas tecnologias, esse conceito necessita ser complementado e atualizado a fim de refletir as mais novas tendências sociais e a nova realidade.

2. <http://civilex.vilabol.uol.com.br/página17.htm>. Acesso em: 24 jun. 2008

de jurídica contemporânea. Ainda não existe, em nosso ordenamento jurídico, definição para “sistema informático” nem consenso acerca da equiparação de dados à coisa, a exemplo do que ocorre com a energia elétrica³. Por este motivo, encontramos ainda em fase embrionária, mas ganhando corpo rapidamente, um novo ramo do Direito: o Direito Eletrônico.

Também conhecido como Direito Informático, Telemático, ou mesmo Cibernético, procura esse novo ramo jurídico estudar, de forma interdisciplinar, pois envolve tanto o Direito como a Tecnologia da Informação, assim também o direito material e o processual, englobando o Direito Civil, Penal, do Trabalho, Tributário, dentre outros, e todas as formas de inter-relacionamento de interesse jurídico que se utilizam das tecnologias de informações.

Os novos doutrinadores⁴ desse moderno ramo do Direito, o qual busca reconhecimento, definem o crime perpetrado através dessas novas tecnologias como sendo toda conduta humana, positiva ou negativa, contrária às leis vigentes, a qual se utiliza do sistema informático⁵ como meio ou fim, ou seja, como instrumento ou objeto da ação criminosa. Não existe consenso acerca do *nomen juris* para tais práticas criminosas, podendo ser utilizadas indistintamente as acepções: crimes de computador, de informática, virtuais, cibernéticos, eletrônicos, tecnológicos etc.

O primeiro crime dessa espécie de que se tem notícia data de 1820, em que os empregados de uma empresa têxtil sabotaram um tear para desencorajar o uso da nova tecnologia, pois se sentiram ameaçados de perder o emprego e os meios para sua subsistência⁶. Nos primórdios da Era da Informação, quando ainda não existia a Microsoft, a Internet, nem mesmo o computador pessoal, um estudante do MIT (Massachusetts Institute of Technology – Instituto de Tecnologia de Massachusetts-EUA), Stewart Nelson, utilizou o

3. Art. 155, § 3º do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

4. Prof. Mário Antônio Lobato de Paiva, Prof. Renato M. S. Opice Blum, por exemplo.

5. “Sistema Informático” significa qualquer dispositivo isolado ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados, em que um ou mais, dentre eles, desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados. Disponível em: ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documento/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 24jun2008

6. Disponível em: <http://cybercrime.planetindia.net/intro.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

computador da Universidade para gerar tons para realização de discagem de longa distância e burlar o sistema de telefonia. Com o passar dos anos, os crimes cibernéticos cresceram em complexidade, perigo e risco.

Nos tempos atuais, “os crimes cibernéticos já representam faturamento mundial superior a US\$ 105 bilhões, segundo levantamento do governo norte-americano divulgado pelo juiz Fernando Neto Botelho”, conforme dados de julho de 2007. Já o Brasil produz mais criminosos virtuais que qualquer outro país do mundo, de acordo com Misha Glennly, jornalista inglesa correspondente da BBC⁷, em artigo publicado em maio de 2008.

Os computadores ou rede de computadores (em sentido amplo, incluindo os celulares, PDA⁸, Palms etc) são a ferramenta, o alvo ou o local da atividade criminosa nos crimes tecnológicos.

A doutrina emergente classifica os crimes de informática como puros e mistos, mas há outra corrente que acrescenta ainda a classificação de crimes comuns.

São crimes tecnológicos puros aqueles em que o agente, com o uso de um computador, objetiva atingir um sistema informático. Conhecidos, também, como delitos de informática propriamente ditos, nos quais o sistema informático é usado como meio e fim.

Nos crimes tecnológicos mistos, o agente não visa o sistema informático, mas se utiliza deste como meio imprescindível para alcançar seu objetivo. É o caso dos crimes contra a honra, perpetrados por meio de correio eletrônico, os quais não poderiam acontecer sem o uso do computador conectado à Rede Mundial.

Temos ainda os crimes tecnológicos comuns, nos quais o agente, a exemplo da classificação anterior, não tem como objeto um sistema informático, mas dele se utiliza para atingir seu desiderato, apesar de não ser este o meio indispensável para alcançar o resultado; pode, no entanto, potencializá-lo.

Outra classificação merecedora de referência quem nos ensina é o

7. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/worldservice/documentaries/2008/05/080512_how_crime_took_on_four.shtml. Acesso em: 24jun2008.

8. Personal digital assistants (PDAs ou Handhelds), ou Assistente Pessoal Digital. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/PDA>. Acesso em: 24 jun. 2008

insigne Prof. Damásio de Jesus apud ARAS (2001)⁹ para o qual os crimes de informática podem ser próprios (ou puros) e impróprios (ou impuros). Os crimes próprios são os praticados por computador e se realizam ou se consomem também em meio eletrônico. Nesse caso, o bem tutelado é o sistema informático. Nos crimes impuros (ou impróprios), o sistema informático é utilizado somente como instrumento para a produção do resultado naturalístico, e o objeto é um bem diverso do informático.

Em essência, as classificações não possuem divergências relevantes, como pudemos observar pelo exposto; infere-se haver consenso em relação às classificações doutrinárias de crimes eletrônicos, e isso não pode ser dito acerca do nomen juris.

2.2. Crimes cibernéticos

Dentre as várias denominações doutrinárias para os crimes tecnológicos, somente uma interessa para nosso estudo: a dos crimes cibernéticos.

Já tivemos a oportunidade de conhecer o conceito de crime e de saber o significado do termo “cibernético”. Podemos, desta feita, inferir que o crime cibernético é aquele cometido por meio de uma rede de computadores ou, strictu sensu, que utiliza a Internet como meio. Dessa forma, sempre que citarmos o termo “crime cibernético” estaremos nos referindo aos praticados através da Grande Rede, seja contra sistemas informáticos ou com o fim de atingir bens diversos destes.

Com base no exposto, facultamos compreender a imprescindibilidade do uso do computador conectado em rede pública ou privada para o cometimento desse tipo de crime, mais especificamente, sendo mais comum o uso da internet como meio para a prática desse ilícito penal. Irrelevante, pois, se o crime tem como objeto um bem jurídico informático ou não, isto é, não se questiona se se trata de crime tecnológico puro ou misto, haja vista o computador ser meio essencial para o crime.

9. Conforme anotações do autor citado, durante palestra proferida pelo professor Damásio Evangelista de Jesus no I Congresso Internacional do Direito na era da Tecnologia da Informação, realizado pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática — IBDI, em novembro de 2000, no auditório do TRF da 5ª Região, em Recife-PE.

Passaremos agora a analisar os crimes cibernéticos mais comuns, quais sejam, os de maior incidência, e procuraremos compará-los aos presentes em nosso ordenamento jurídico penal a fim de verificarmos a incidência dos artigos da lei repressiva nesses tipos de crimes.

2.2.1. Pedofilia

Cresce no mundo o número de casos de troca de informações e comercialização de materiais contendo imagens de menores com teor sexual. No Brasil, segundo reportagem publicada por Ana Maximiano (2007) para a Wordpress, cerca de 1.000 novos sítios de conteúdo pedófilo são criados todos os meses, nos quais a faixa etária das vítimas varia, em 52% dos casos, entre 9 e 13 anos, e em 12%, entre zero e três meses de idade. Quase 80% dos pedófilos do mundo encontram-se no Brasil, conforme a referida reportagem¹⁰.

Na legislação brasileira, o crime de pedofilia tem previsão no artigo 241 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, *inclusive rede mundial de computadores ou internet*, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Trata-se de crime cibernético impuro; pode também ser classificado como crime impróprio, pois o bem tutelado é diverso ao do informático.

2.2.2. Fraude

As fraudes eletrônicas têm como principal alvo as instituições financeiras,

10. Disponível em: <http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2007/08/11/pedofilia-na-internet-numeros-no-brasil-sao-assustadores/>, Acesso em: 07 abr 2008.

gerando um prejuízo de US\$ 239 milhões em 2007 e com índice de crescimento exponencial, conforme notícia publicada em 26 de maio de 2008¹¹. Como meios de cometimento dessa espécie de crime cibemético citamos o phishing¹², ação voltada para roubar informações particulares através de um sítio ou do envio de mensagem eletrônica falsos, em que se tenta forçar a vítima a fornecer dados sensíveis como números de cartões de crédito, dados de contas bancárias, senhas etc. O phishing tem como variante o pharming¹³, método semelhante, porém mais bem elaborado e com maiores chances de alcançar resultado, pois se utiliza de técnicas avançadas com o mesmo fim: obtenção de dados sensíveis.

Quando surgiram os primeiros casos de fraudes eletrônicas contra instituições bancárias on line, o alvo eram os próprios bancos, no entanto, com o pesado investimento em tecnologias de segurança, cerca de US\$ 1,2 bilhão por ano, conforme estimativas da FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos¹⁴, o alvo dos ataques mudou. Devido à dificuldade em quebrar a segurança dos bancos, os criminosos voltaram suas ações para os usuários dos sistemas bancários, e elegeram o e-mail como porta de entrada para as invasões, os quais se utilizam da engenharia social¹⁵, com o fito de inserirem

11. Disponível em: http://wnews.uol.com.br/site/noticias/materia.php?id_secao=4&id_conteudo=10860. Acesso em: 26 jun 2008.

12. *Phishing*: Também conhecido como *phishing scam* ou *phishing/scam*. Mensagem não solicitada que se passa por comunicação de uma instituição conhecida, como um banco, empresa ou site popular, e que procura induzir usuários ao fornecimento de dados pessoais e financeiros. Inicialmente, este tipo de mensagem induzia o usuário ao acesso a páginas fraudulentas na Internet. Atualmente, o termo também se refere à mensagem que induz o usuário à instalação de códigos maliciosos, além da mensagem que, no próprio conteúdo, apresenta formulários para o preenchimento e envio de dados pessoais e financeiros. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/glossario/>. Acesso em: 24 jun. 2008

13. *Pharming*: Tipo de ataque informático que explora vulnerabilidades dos *browsers*, dos sistemas operativos e dos servidores de DNS com o objetivo de conseguir conduzir os utilizadores a sites fictícios, de modo a obter dados pessoais dos mesmos. Disponível em: <http://www.bancobpi.pt/pagina.asp?s=1&a=40&f=620&opt=f&t=5&l=15>. Acesso em: 24 jun.2008

14. Disponível em: <http://www.htmlstaff.org/ver.php?id=14249>. Acesso em: 23 Ago 2008.

15. Engenharia Social: práticas utilizadas para obter acesso a informações importantes ou sigilosas em organizações ou sistemas por meio da enganação ou abuso da confiança das pessoas nas quais exploram o elemento mais vulnerável de qualquer sistema de segurança da informação: o ser humano. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Engenharia_social_\(seguran%C3%A7a_da_informa%C3%A7%C3%A3o\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Engenharia_social_(seguran%C3%A7a_da_informa%C3%A7%C3%A3o)). Acesso em: 25 jun. 2008.

um *malware*¹⁶ para capturar informações sensíveis da vítima incauta.

Atualmente o ataque mais utilizado no Brasil é o *scam*¹⁷, pelo envio e instalação de *trojan horses*¹⁸, em razão de sua facilidade de disseminação e maior sucesso de coleta de dados em relação ao *phishing*.

Conforme entendimento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos casos de fraudes via Internet Banking¹⁹, o juízo competente é o do local donde se deu a subtração, ou seja, o local da consumação do crime, sendo esta conduta considerada como furto qualificado.

O tipo penal, nesses casos, encontra previsão no art. 155, § 4, II, nos seguintes termos:

Art. 155 - *Subtrair*, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - (...);

II - com abuso de confiança, ou *mediante fraude*, escalada ou destreza;

(...)

Em complemento, podemos citar os ensinamentos do ilustre advogado Cláudio Antônio de Paiva Simon (SIMON, 2007):

16. O termo *malware* é proveniente do inglês malicious software; é um software destinado a se infiltrar em um sistema de computador alheio de forma ilícita, com o intuito de causar algum dano ou roubo de informações (confidenciais ou não). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Malware>. Acesso em: 25 jun. 2008.

17. *Scam*: Esquemas ou ações enganosas e/ou fraudulentas. Normalmente, têm como finalidade obter vantagens financeiras. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/glossario/>. Acesso em 25 jun. 2008.

18. *Trojan Horse* (ou Cavalo de tróia): Programa, normalmente recebido como um "presente" (por exemplo, cartão virtual, álbum de fotos, protetor de tela, jogo etc.), que, além de executar funções para as quais foi aparentemente projetado, também executa outras funções normalmente maliciosas e sem o conhecimento do usuário.

19 *Internet Banking* (banco *online*, *online banking*, às vezes também banco virtual, banco eletrônico ou banco doméstico): são termos utilizados para caracterizar transações, pagamentos etc. pela internet por meio de uma página segura de banco.

A tipificação apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF) para a prática do grupo envolve os artigos 155, § 4º, II e IV e 288 do Código Penal além do Art. 10 da Lei nº 9.296/96; Art. 10 da Lei Complementar nº 105/01; e, Art. 1º, VII, c/c § 2º, I, da Lei nº 9.613/98.

Infere-se, portanto, que a postura do órgão aponta para a existência dos crimes previstos nos Art. 10 da Lei nº 9.296/96 e Art. 10 da Lei Complementar nº 105/01 no caso da não-consumação do crime de furto qualificado. Isto é, consumado o furto, pelo critério da consumação, seriam absorvidos os referidos tipos. Alhures, se o furto não se consumasse por vontade alheia do agente, haveria incidência, segundo concepção do MPF, da interceptação telemática e da quebra de sigilo bancário.

Citando os dispositivos penais referidos acima, temos:

Código penal: Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996: Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001: Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorrem nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998: Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indi-

retamente, de crime:

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

(...)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

(...)

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

(...)

Existe, ainda, divergência jurisprudencial acerca da tipificação para o crime de fraude eletrônica. Alguns julgadores acreditam ser crime de furto qualificado e seguem a linha de pensamento do Ministério Público Federal (MPF). Outra corrente entende ser caso de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

A diferença entre as condutas criminosas causadoras da divergência jurisprudencial foi bem esclarecida pelas palavras do Prof. Damásio E. de Jesus apud SIMON (2007):

No furto, a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo. No estelionato, ao contrário, a fraude visa a permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente, despoja-se de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor. (grifo nosso).

Concluimos, pois, que o tipo penal mais adequado à fraude eletrônica

através do *Internet Banking* é o apresentado pelo MPF: o furto qualificado.

De qualquer forma, esse delito se ampara na legislação penal vigente no Brasil e se vale de uma ou outra corrente de entendimento, podendo, dessarte, ser perfeitamente passível de responder a processo criminal o agente que venha a fazer uso desse ardil.

O crime eletrônico de fraude suomenționado tem como alvo as instituições financeiras e busca subtrair o patrimônio dos correntistas que se utilizam dos serviços destas. Trata-se, no caso, de crime eletrônico impuro ou impróprio.

2.2.3. Crimes contra a honra

Regrados no Capítulo V do Código Penal, os crimes contra a honra compreendem a calúnia, a injúria e a difamação.

Encontramos no art. 138 a tipificação para o crime de calúnia, o qual prevê pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa para aquele que “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”. A caracterização do crime em tela depende da imputação, contra outrem, de fato previsto como crime, sabendo o ofensor ser falsa a acusação, procurando, assim, causar prejuízo ao ofendido.

O crime de difamação é regrado pelo art. 139 do mesmo diploma legal, pelo qual o autor difama alguém, “imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”. A pena é de detenção de três meses a um ano, e multa. O ofendido tanto pode ser pessoa física quanto jurídica, pois esta também possui honra objetiva (bom nome, imagem, reputação social). Contudo, tratando-se de direito penal, objeto de nosso estudo, somente a pessoa física está amparada pelo dispositivo em questão, de acordo com o STJ, Quinta Turma, no RHC 8.859-RJ, tendo como relator o ministro Felix Fischer, julgado em 16/11/1999.

Concernente ao crime de injúria, encontramos previsão no artigo 140 do Código Penal, podendo ser cometido o crime em sua forma qualificada pelo parágrafo terceiro deste mesmo artigo. Deve o agente “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”, a fim de praticar o ilícito penal, ofendendo-lhe a honra subjetiva ao atribuir-lhe qualidade negativa, diferentemente dos crimes anteriores em que o agente atribui um fato determinado à vítima.

O art. 141, III, do capítulo V, do CP agrava a pena “se qualquer dos crimes é cometido (...) por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria”.

Ora, sem muito esforço podemos deduzir que a Internet, por ser o meio atual de comunicação em massa que mais público atinge, encaixa-se perfeitamente no dispositivo penal acima referido, conforme palavras do ilustre advogado criminalista e especialista em *Cibercrimes* David Rechulski (TAVARES e RECHULSKI, 2008):

A lesividade de crimes contra a honra praticados pela internet é avassaladora e percorre o mundo em segundos, atingindo um universo de pessoas incomensurável e destruindo a imagem de alguém instantânea e irreparavelmente.

De acordo com informações da Divisão de Repressão aos Crimes de Alta Tecnologia do Distrito Federal (DICAT), os crimes cibernéticos contra a honra tiveram aumento de cerca de 150% somente até setembro de 2007, comparados a todo o ano anterior, e o sítio de relacionamentos “Orkut” é o que registra o maior número de casos²⁰.

Pelo exposto, vimos que todas as formas de crimes contra a honra, previstos no código repressivo, podem perfeitamente ser cometidas na forma de crime cibernético. Este é, inclusive, um dos tipos de crimes mais comuns, atualmente, que faz uso da Grande Rede como meio de propagação. Tanto é assim que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado vai votar, em decisão terminativa, o projeto (PLS 398/07) que propõe alterações no Código Penal e Código de Processo Penal para os crimes praticados por meio de sítios ou de mensagens eletrônicas difundidas pela Internet, com pena aumentada em um terço em relação às demais cominadas aos crimes de que trata o Capítulo V – Dos crimes contra a honra – do Decreto-Lei n. 2.848/40 (Código Penal). O projeto é de autoria do Senador Expedito Júnior (PR-RO).

Nessa espécie criminal, o agente busca ofender a pessoa em seu íntimo. Como o alvo do agressor não é um bem informático, mais uma vez

20. Disponível em: <http://brasilcontraapedofilia.wordpress.com/2007/10/26/crimes-contra-a-honra-na-internet-crescem-153-no-df/>. Acesso em 25 Jun 2008.

estamos diante de crime eletrônico impuro ou impróprio.

2.2.4. Ameaça

Estatui o Código Penal, em seu art. 147:

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

A conduta prevista no artigo acima atinge a paz, o sossego, e cerceia a liberdade do ofendido que perde a tranqüilidade e já não mais se sente seguro. Como pode ser manifestado por escrito, conforme a letra da lei, concluímos ser este mais um crime passível de ser cometido pela Internet, pois tal conduta está prevista na lei repressiva.

Pelo texto da lei, que usa a palavra “alguém” em sua tipificação, concluímos tratar-se novamente de crime eletrônico impuro ou impróprio.

2.2.5. Dano

Com previsão no art. 163 do Código Penal, o crime de dano é aquele em que o agente destrói, inutiliza ou deteriora (estraga; danifica; adultera; corrompe; arruína) *coisa* alheia, e pode pegar pena de detenção variável de um a seis meses, ou multa (grifamos).

Nesse tipo penal o agente insere de forma direta, por meio de um disquete, CD/DVD-ROM, *pen-drive* (dispositivo portátil de armazenamento) ou outro dispositivo de entrada; ou de forma indireta, através de outro computador interligado em rede ao sistema alvo, um programa malicioso a fim de causar dano ao sistema informático da vítima por exclusão ou corrupção dos dados ali armazenados. Porém, não há em nosso ordenamento jurídico previsão legal que reprima este tipo de conduta, por não haver ainda definição legal para sistema informático, muito menos, em direito penal, pode-se considerar sistema informático os dados ali armazenados como *coisa*, sob pena de violar o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade, que proíbe o uso da analogia em malam partem, como entende parte da doutrina.

Outra corrente entende de forma diversa e alega a hipótese de se admi-

tir que os dados informáticos sejam “coisas”, pois não haveria analogia, mas sim interpretação extensiva, haja vista que a intenção do legislador seria a de evitar dano patrimonial, seja contra objetos tangíveis ou não.

Não se está, pois, a acrescentar novo conteúdo à lei, mas sim se evidenciando novo significado da palavra “coisa”, impossível de ter sido previsto pelo legislador de 1940, mas certamente contido na norma (VIANA, 2004).

Discussão à parte, está em fase de aprovação no Senado projeto de lei que procura atualizar a legislação no que tange aos crimes informáticos. Esse projeto prevê a “difusão de vírus eletrônico” como categoria do crime de dano eletrônico (KAMINSKI, 2004).

Haja vista a tipificação penal referir-se à “coisa alheia”, esse tipo de crime tanto pode ser classificado como próprio (puro) ou impróprio (impuro), a depender do caso concreto. Se o agente pretende, através de sua conduta, atacar um bem jurídico diverso ao do informático, o crime se classificará como impuro (impróprio); caso diverso, estaremos diante de crime cibernético puro.

2.2.6. Propriedade intelectual

A proteção civil aos direitos do autor e aos que lhe são conexos é conferida pela Lei 9.610/98 que estatui, em seu art. 7º, XIII: “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, *conhecido ou que se invente no futuro*, tais como as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de conteúdo, constituam uma criação intelectual” (grifamos).

A repressão penal à violação dos aludidos direitos encontra amparo no art. 184 e seus parágrafos do Código Penal brasileiro, que prevê penas variáveis de três meses a quatro anos, além de multa.

A Convenção sobre o Cibercrime, ocorrida em Budapeste em 2001, propõe-se a harmonizar a lei penal material no tocante aos cibercrimes (ou crimes cibernéticos) e prevê, também, medidas de cooperação internacional. Dentre os crimes cometidos com o uso das tecnologias de informação, previstos pela Convenção, estão as infrações aos direitos do autor e aos seus conexos, tratados no art. 10.

O advento da Internet ampliou as oportunidades para o cometimento desse delito, assim como o de todos os outros, pois seu alcance é mundial e os prejuízos incalculáveis.

Recentemente virou notícia a condenação, em primeira instância, a um ano e oito meses de prisão, de um analista de sistemas por violação dos direitos autorais relativos à venda ilegal de cópias dos álbuns da banda inglesa *The Beatles*, tida como a primeira condenação no Brasil por venda ilegal de músicas pela Internet.

Os programas campeões em distribuição não autorizada de cópias de obras intelectuais são os chamados P2P²¹, desenvolvidos especialmente para o fim de troca de arquivos de computador, sejam programas, músicas, imagens ou filmes.

Dentre as principais condutas que violam os direitos do autor e os que lhe são conexos podemos citar:

2.2.6.1. Pirataria

A cópia ilegal de propriedade intelectual, com ou sem fins lucrativos, é conhecida popularmente como pirataria. Por si só, a cópia, conforme expresso no art. 184 do Código Penal, já configura o crime: “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos”. Para saber em que consiste o termo “violar”, devemos recorrer à Lei nº 9.610/98 – Lei dos Direitos Autorais (LDA), que define quais obras são protegidas (art. 7º) e quais condutas violam os direitos de seus autores (art. 29).

A discussão doutrinária recai sobre o fato de, para se configurar o crime de pirataria, ser necessária a obtenção de lucro. Analisando o *caput* do art. 184 do Código Penal, *ipsis litteris*, deduzimos que a simples cópia já é suficiente para configurar crime. Quanto ao lucro, não encontramos referência alguma no *caput*, mas em todos os parágrafos, com exceção do quarto, que trata da “exceção ou limitação ao direito de autor ou os que

21. P2P: Acrônimo para *peer-to-peer*. Arquitetura de rede onde cada computador tem funcionalidades e responsabilidades equivalentes. Difere da arquitetura cliente/servidor, onde alguns dispositivos são dedicados a servir outros. Este tipo de rede é normalmente implementada via *softwares* P2P, que permitem conectar o computador de um usuário ao de outro para compartilhar ou transferir dados, como MP3, jogos, vídeos, imagens, etc. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/glossario/>. Acesso em: 26 jun. 2008.

lhes são conexos”. Inferimos, desta feita, que era intenção de o legislador proteger as obras intelectuais contra qualquer violação expressa no art. 29 da LDA, posto que o lucro, direto ou indireto, somente seria causa de aumento de pena.

2.2.6.2. Plágio

Derivada do grego *plagios* (trapaça), ou do latim *plagiu* (obliquo, astucioso), corresponde a uma reprodução, total ou parcial, de obra intelectual de outrem que o “autor” apresenta como sua.

A Internet é uma vasta fonte de informação e dela todos se utilizam para suas pesquisas, podendo-se encontrar trabalhos acadêmicos prontos, ou, como se não bastasse, não raros são os sítios que oferecem descaradamente monografias de conclusão de cursos de graduação das diversas áreas; basta, para tal, que se pague certa quantia²². Isso, associado à preguiça mental dos estudantes que recorrem a esse tipo de ardil, amplia e potencializa a ocorrência do plágio. Existem até os que justificam essa prática perniciosa com alegações sem sentido, procurando convencer-se e aos demais de que se trata de ato legal ou permitido. A cultura do copiar/colar cada vez ganha mais adeptos.

Nunca é demais citar o jornalista, escritor e advogado Plínio Cabral apud BLUM e BRUNO (2001):

Os meios de comunicação ampliaram-se. Mas essa amplitude não pode justificar ou servir como elemento para violar o direito do autor. O espaço cibernético, por exemplo, não é um caminho livre e desocupado à disposição de todos e para tudo. Ele passa por portas delimitadas e perfeitamente controláveis.

Por ser o bem jurídico tutelado diverso ao do informático, por tratar-se de proteção a uma criação do espírito, este é mais um crime cibernético impuro ou impróprio.

22. Pesquisa pelo termo “trabalhos acadêmicos” no sítio da Google. Disponível em: <http://www.google.com.br/search?source=ig&hl=pt-BR&rlz=&=&q=trabalhos+acad%C3%A2Aamicos&btnG=Pesquisa+Google&meta=>. Acesso em 26 jun. 2008.

3. Conclusão

Pelo exposto, concluímos: os crimes que mais ocorrem na Grande Rede possuem, em nosso ordenamento jurídico, previsão quanto à sua conduta, cabendo, nestes casos, enquadramento nos dispositivos penais vigentes.

Certo também existirem determinadas condutas ilícitas para as quais não há tipificação penal em nosso ordenamento jurídico, como exemplo: a invasão de sistemas informáticos, a disseminação de vírus ou outras formas de inserção de programas maléficos para destruição de dados ou captura de informações sensíveis.

As condutas lesivas de maior vulto que são perpetradas com o uso das modernas tecnologias podem, perfeitamente, ser perseguidas e seus agentes verem-se processados com base na legislação em vigor no Brasil, como pudemos observar pelos fatos ora expostos.

Inferimos, portanto, – levando-se em consideração o significado do termo “modalidade” como modo ou método –, realmente estarmos tratando de novas modalidades criminosas, posto serem crimes antigos que, para o seu cometimento, utilizam novas ferramentas – a tecnologia, isto é, os agentes usam novos métodos para perpetrarem crimes.

Outro ponto a se considerar em nosso estudo é que os crimes cibernéticos, em sua maioria, podem ser classificados como crimes eletrônicos impuros, ou impróprios, segundo classificação doutrinária já estudada. A importância de sabermos que os crimes cibernéticos impuros ocorrem em menor escala serve como orientação para que sejam convergidos esforços no sentido de combatê-los, não havendo necessidade imediata de atualizar a legislação penal, pois nosso ordenamento jurídico penal já é suficiente para coibir tais condutas. Quanto às condutas ilícitas que têm como fim um sistema informático, necessitariam, nesse caso, de atualização e modernização dos conceitos, como já referido.

Mais fácil será o trabalho da Justiça, naturalmente, quando os projetos em fase de aprovação que tramitam no Congresso Nacional forem definitivamente transformados em lei e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais chegarem a um consenso, mas isso é discussão para o futuro.

Referências

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática. Uma nova criminalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250>. Acesso em: 05 mar. 2008.

ATHENIENSE, Alexandre. **Justiça realiza primeira condenação por venda ilegal de música via web no Brasil.** Disponível em: <http://www.alexandreatheniense.com.br/2008/02/um-analista-de.html>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva; BLUM, Renato Opice. **A Internet e os direitos autorais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2020>. Acesso em: 26 jun. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral.** 1º vol. 10. ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2006.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado.** 6. ed. atual. e ampl. Renovar. Rio de Janeiro. 2002.

GLENNY, Misha. **How crime took on the world.** Disponível em: http://www.bbc.co.uk/worldservice/documentaries/2008/05/080512_how_crime_took_on_four.shtml. Acesso em: 24 jun. 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** Parte geral. Vol. I. 28. ed. Saraiva. São Paulo, 2006.

KAMINSKI, Omar. **O vírus de computador e a legislação penal brasileira.** Fevereiro 2004. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/39714.html>. Acesso em: 25 jun. 2008.

LAU, Marcelo. **Alvo da fraude eletrônica é o usuário**. Janeiro 2005. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/destaque-alvo_eletronica.asp. Acesso em: 24 jun. 2008.

MAXIMIANO, Ana. **Pedofilia na internet: números no Brasil são assustadores**. Fevereiro 2007. Disponível em: <http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2007/08/11/pedofilia-na-internet-numeros-no-brasil-sao-assustadores/>. Acesso em: 07 abr. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SIMON, Cláudio A. de Paiva. **Fraude no ambiente internet banking: Scam, phishing e pharming**. Revista de Derecho Informático. N. 105 - Abril 2007. ed. Alfa-Redi online. Disponível em: <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077>. Acesso em: 24 jun. 2008.

TAVARES, Thiago; RECHULSKI, David. **Debate: A pena para crimes contra a honra cometidos na internet deve ser mais dura?** O Estado de São Paulo *online*. Março 2008. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/twiki/bin/view/SaferNet/Noticia20080309204452>. Acesso em: 25 jun.2008.

THOMAS, Joe. **Cybercrime: A Revolution in Terrorism and Criminal Behavior Creates Change in the Criminal Justice System**. Jul. 2006. Disponível em: http://www.associatedcontent.com/article/44605/cybercrime_a_revolution_in_terrorism.html. Acesso em 24 jun. 2008.

VIANNA, Túlio Lima. **Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 482, 1 nov. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5828>. Acesso em: 26 jun. 2008.

Crime contra a honra da pessoa jurídica. Disponível em: http://maxpages.com/julgados/Honra_e_Pessoa_Juridica. Acesso em: 25 jun. 2008.

Crimes contra a honra na Internet crescem 153% no DF. Correio Brasiliense online. Disponível em: <http://brasilcontraapedofilia.wordpress.com/2007/10/26/crimes-contra-a-honra-na-internet-crescem-153-no-df/>. Acesso em: 25 jun. 2008.

Crimes na internet movimentam US\$ 105 bi e superam o tráfico de drogas. Agência Senado. Disponível em: <http://clipping.nic.br/clipping-2007/julho/crimes-na-internet-movimentam-us-105-bi-e-superam-o-trafico-de-drogas/>. Acesso em: 24 jun. 2008.

Fraude eletrônica na internet é furto qualificado e deve ser julgada no local do delito. Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. Ago 2007. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=84795. Acesso em: 25 jun. 2008.

Introduction to Cyber Crime. Disponível em: <http://cybercrime.planetindia.net/intro.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008

Senado quer pena maior para crimes contra a honra praticados pela Internet. Disponível em: http://wnews.uol.com.br/site/noticias/materia.php?id_secao=4&id_conteudo=8490. Acesso em: 25 jun. 2008.

Democratização do processo constitucional brasileiro e participação do “Amicus Curiae”

Mariana Héli da de Lima*

RESUMO

Este trabalho visa analisar o instituto jurídico do “amicus curiae” no controle abstrato de constitucionalidade. No Brasil tal figura é conhecida como amigo da corte, ou seja, alguém que auxiliará o juízo, ou tribunal a decidir conforme o interesse social. A positivação desta figura no que se refere ao controle abstrato de constitucionalidade veio por intermédio da Lei 9.868/99, que regulamentou os processos de controle de constitucionalidade. Em nosso complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis o “amicus curiae” terá uma importância fundamental, pois vai tornar possível a democratização das discussões em matéria constitucional.

*Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Tocantins, Especialidade: Ciências Jurídicas, Especializanda em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina/UNISUL.

1. Introdução

Em nossa sociedade atual a dinâmica dos fatos sociais traz consequências que ultrapassam a esfera individual ou comum. Exigem-se assim, progressos com relação às conquistas dos direitos.

A idéia do individualismo jurídico vem perdendo força diante da evolução do direito, em que fica cada vez mais evidente a preocupação com a prevalência e tutela dos interesses sociais.

O surgimento de novas necessidades sociais, a idéia da globalização, os novos fatos sociais e políticos impõem uma reflexão referente ao processo judicial, especialmente com relação aos instrumentos necessários para defesa dos direitos dos indivíduos e mais, a preocupação volta-se para a efetividade do processo judicial.

Diante disso, a acomodação com relação a idéias extremamente ortodoxas não pode prevalecer, é preciso descobrir novos caminhos para compatibilizar a pressão de inúmeros interesses com os ideais de justiça e equidade.

É preciso assegurar a igualdade de participação do cidadão no processo, viabilizar e realizar a paz social.

Isso se torna possível procurando-se louvar o direito subjetivo público nas ações judiciais, sob o influxo de uma sociedade em transformação ao comando de grandes movimentos reivindicatórios.

É neste contexto de busca do aprimoramento da Função Jurisdicional, pela qual o Estado tem que garantir a segurança das relações sociais, realização do direito objetivo, com pacificação social que a figura do “Amicus Curiae” ganha espaço como âncora para um procedimento ju-

dicial justo e democrático.

2. Democratização do processo constitucional brasileiro e participação do “Amicus Curiae”

O “Amicus Curiae” é um instituto de índole democrática, pois permite que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade.

Esse instituto se coaduna com o conceito de democracia, pois como adverte com propriedade o constitucionalista português Gomes Canotilho:

(...) o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de um processo que ofereça aos cidadãos efectivas (sic) possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (...). O princípio democrático aponta, porém, no sentido constitucional, para um processo de democratização extensivo a diferentes aspectos da vida, económica (sic), social e cultural. (...) A democracia é, no sentido constitucional, democratização da democracia.¹

O “Amicus Curiae” é figura conhecida no Direito Norte Americano, que atua para ajudar a Corte a obter informações de que necessite para proferir uma decisão apropriada ou para implementar um resultado público ou de interesse privado de terceiros que seria afetado pela decisão na solução da disputa.

É necessário ressaltar que essa figura processual vem ganhando cada vez mais espaço no cenário jurídico nacional, sendo admitida não só no processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas também em outras ações judiciais.

1. Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p.288-290.

Adhemar Ferreira Maciel explica:

(...) de um modo geral, a terceira pessoa natural ou jurídica, que tem um 'um forte interesse' que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (brief) ao juiz (comumente tribunal de 2.º grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que admitida. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do tertius em 'seu' processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, 'grupos de pressão' muito se utilizam do 'judicial iter' para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal.²

Este instituto jurídico se amolda ao ideal defendido por Häberle de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, já que é preciso se fazer uma abertura do processo de interpretação do texto maior.

Durante muito tempo a tarefa de interpretar a Constituição esteve reservada somente para poucos, segundo Häberle:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizadores. (...) Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vincula-

2. *Amicus Curiae*: um instituto democrático. Revista de Informação Legislativa, jan.-mar. 2002, p. 11-16;

dos às corporações' (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional.³

O mesmo autor propõe a seguinte solução:

(...) No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. (...) A interpretação é em realidade, mais um elemento de sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade(...). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Desta maneira, vê-se que a interpretação constitucional deve deixar de ser tratada como algo extremamente formal, desenvolvida exclusivamente por juristas, para ser feita por todos, por todas as forças da comunidade política.

Esse alargamento da atividade interpretativa da constituição democratiza a determinação de seu sentido e alcance, fazendo com que seu texto inspire maior legitimidade.

Isso se potencializa, na prática, por meio da figura do "Amicus Curiae", pois com a aceitação de sua atuação se faz uma verdadeira abertura do processo de controle de constitucionalidade, na medida em que a sociedade se faz ouvir através dele.

Gilmar Mendes, com propriedade, corrobora com esse entendimento quando afirma que:

(...) uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles ca-

3. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Mendes, 1997, p.12-13.

sos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura. O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição”⁴.

Assim, é inevitável concluir que a interpretação da Constituição não deve ser um evento exclusivamente estatal, uma tarefa afeta somente aos juízes, em controle difuso e ao Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, já que não será somente estes julgadores que vivenciarão o resultado desta interpretação, mas ao contrário, toda a sociedade. Nada mais justo e lógico que participem da formação deste entendimento os verdadeiros destinatários da norma jurídica, ou seja, o corpo social.

Neste contexto é que o “Amicus Curiae” garante a participação de representantes de camadas da sociedade no processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na condição de colaboradores, de informantes do Tribunal, por isso a denominação de “Amigos da Corte”.

Trata-se de um instrumento de visível cunho democrático que contribui para a formação de uma interpretação aberta da Constituição.

É evidente que é praticamente impossível a tradução terminológica jurídica de uma língua para outra, mas, levando-se em conta mais as características do instituto do que a precisa tradução do termo, podemos denominá-lo, como já o fizemos, de “Amigos da Corte” ou “Amigos do Tribunal”.

Embora em outros dispositivos de nosso ordenamento jurídico também haja a previsão da participação desta figura processual, neste estudo nos preocuparemos apenas com a sua atuação na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Portanto, “Amigos do Tribunal” pode ser definido como órgãos ou entidades que atuarão como colaboradores, durante a apreciação de alguma ação de controle abstrato de constitucionalidade.

4. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial, material da 3ª aula, Curso de Especialização em Direito Constitucional UNISUL.

Este instituto permite a concretização do ideal defendido por Häberle de uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição.

Segundo tal autor, “A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizadores. (...) Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos, vinculados às corporações (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro processualizou a figura do “Amicus Curiae” no sistema de controle abstrato de constitucionalidade das leis, através da Lei 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º, permitindo que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

Importante ressaltar que o legislador nada falou a respeito da necessidade desses órgãos e entidades serem obrigatoriamente pessoas jurídicas, razão pela qual é possível se inferir que até mesmo pessoas físicas podem atuar como Amigo da Corte.

Controlar a constitucionalidade é impedir que subsista a eficácia de norma contrária à Constituição Federal. Por esse mecanismo busca-se negar eficácia a um ato normativo produzido, em regra pelo Poder Legislativo, ou, ainda, pelo Executivo, no caso de se tratar de Decretos Legislativos.

A Constituição tem prevalência sobre as demais normas jurídicas, por essa razão há a necessidade de se garantir sua preservação; é a aplicação do Princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual uma norma inferior só é válida se produzida de acordo com a superior, que é seu fundamento de validade.

É necessário o esforço de todos nessa tarefa, já que o maior objetivo do estatuto constitucional é garantir direitos e liberdades.

Isso só é possível em países que adotam a idéia de Supremacia Constitucional e que tenham em seus ordenamentos a previsão de mecanismos de defesa da constitucionalidade das leis.

Preservar a Constituição traduz-se num dever a todos imposto. De

acordo com nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 23, inciso I, é dever dos entes políticos federativos zelar pela guarda da Constituição, além do mais, a todo cidadão interessa sua defesa.

A tarefa de controlar a consonância das leis com a constituição é em nosso sistema tarefa precípua do Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade em sua forma concreta e abstrata.

Aos particulares é possível a defesa da constituição por meio do controle por via de exceção, diante de um caso concreto e de forma incidental. Todavia, neste caso a decisão judicial, restringe-se, tão somente, as partes envolvidas no litígio pelos menos é o que ocorre em regra, já que o fenômeno da abstrativização do controle de constitucionalidade ganha cada vez mais força, tendo em vista inúmeras decisões atuais do Supremo Tribunal Federal.

No controle difuso a decisão sobre a inconstitucionalidade não constitui objetivo primordial do processo, busca-se solucionar o conflito de interesses trazido a juízo.

Tratando-se de controle via incidental, como explica com propriedade Gomes Canotilho:

A inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, por ocasião e no curso de um processo comum (civil, penal, administrativo e outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. Este controle chama-se também de controle por via de exceção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute.⁵

Nestas causas se aplicam as regras do Processo Civil, sendo admitida, portanto, a presença de terceiros distintos das partes no processo. Qualquer um, de forma espontânea ou por provocação, pode intervir na causa como assistente (art. 50, CPC), desde que demonstre ter interesse jurídi-

5. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 981.

co na obtenção de um determinado resultado favorável a umas das partes.

Mediante o controle de constitucionalidade por via de ação é possível discutir-se a norma em face da Constituição abstratamente considerada, ou seja, sem que para isso exista necessariamente um litígio. Contudo, essa espécie de instrumento não está acessível a todos, pois a própria Constituição institui um rol taxativo de pessoas legitimadas para utilizarem esta via.

Assim, a discussão a respeito da validade ou invalidade dos atos normativos pela via de ação não é acessível a todos, pois o controle em abstrato só pode ser exercido por certas pessoas designadas pelo art. 103 da Constituição.

A presença de assistente no controle via direta era possível até que o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental nº 2, de 1985, impossibilitando tal intervenção.

Mesmo tendo havido com a Constituição de 1988 uma enorme ampliação em relação ao rol de legitimados para entrar com Ação Direta de Inconstitucionalidade, fato é que somente aquelas pessoas elencadas têm direito de acesso direto à jurisdição constitucional. Diante dessa realidade legal, a discussão fica restrita aos argumentos que o proponente da ação e demais partes trazem à causa.

No entanto, a discussão acerca da constitucionalidade das leis é de grande relevância para a sociedade como um todo e não tão somente para as partes que participam do processo, haja vista que a propositura tanto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, como da Ação Declaratória de Constitucionalidade dos atos normativos só se justificam quando estamos diante de uma situação preocupante, em que existem sérias controvérsias sobre a compatibilidade do ato normativo com o texto maior.

Busca-se por intermédio destes instrumentos, sobremaneira, garantir a Segurança Jurídica e a Coerência do Sistema.

Neste diapasão, a decisão a ser proferida na atividade de controle direto da constitucionalidade deve ter sido precedida de minucioso e exaustivo exame da matéria, para que não reste qualquer dúvida.

Todavia, é difícil se obter esse resultado se não houver um debate público dos temas constitucionais. Levando em conta esse aspecto é que a Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 introduziu novida-

des, buscando aperfeiçoar o processo de controle de constitucionalidade das leis.

Dentre as previsões do dispositivo mencionado, destacamos o art. 7º, § 2º que permitiu a manifestação de órgãos ou entidades, desde que estes demonstrem a relevância da matéria e sua representatividade. Vejamos o teor do dispositivo em comento *in verbis*:

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Esse dispositivo consagrou a figura do “Amicus Curiae” no processo de controle de constitucionalidade, pois até então não havia previsão legal permitindo esta participação no controle abstrato de constitucionalidade. Embora, timidamente, o Supremo já tivesse admitido antes a participação desta figura através da juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal, que sem integrar a relação jurídica processual puderam agir como colaborador informal da corte.⁶

Como adverte o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, e observando essa diretriz jurisprudencial, prescreve que ‘Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade’ (art. 7º, caput). A razão de ser dessa vedação legal – adverte o magistério da doutrina (...) repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (...). Não obstante tais razões, cabe ter presente a regra inova-

6. ADIN nº 748-4, STF.

dora constante do art. 7º, § 2º, da lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade.⁷

O que se tem que ter em mente é que atualmente o “Amicus Curiae” pode ser admitido nos processos de controle de constitucionalidade das leis em abstrato, por expressa disposição lei.

Seguindo ainda o pensamento de Celso de Mello:

Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do “amicus Curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização abstrata. Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no ar. 7º, 2º da Lei nº 9.868/99 – que contem a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta corte (...) quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.⁸

A admissão de terceiros nesta condição se dará, desde que se demonstre a relevância da matéria e a representatividade adequada.

7. ADIN, nº 2.77-8, STF.

8. *Ibidem*.

Como dito com propriedade por Edgard Silveira Bueno Filho:

(...) A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, possibilidade de participação formal de entidades e instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (...).⁹

A discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem grande relevância social, pois interessa toda a sociedade que a Constituição seja respeitada, uma vez que se busca preservar o sistema jurídico instituído e, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas. Isso só é viável numa sociedade, em que, a defesa de sua lei maior seja um postulado.

Sendo assim, a discussão que envolva matéria constitucional deve ser a mais ampla possível, pois uma decisão do judiciário proferida em sede de controle de constitucionalidade deve pautar-se em exame exaustivo do ato normativo, de forma a não deixar qualquer dúvida nos jurisdicionados.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, que por sua vez põe em destaque o pensamento de Peter Häberle:

(...) o Tribunal há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, em ordem a pluralizar, em abordagem que de-

9. “Amicus Curiae: A democratização dos Debates nos Processos de Controle de Constitucionalidade”. Revista Diálogo Jurídico, número 14 – junho/agosto de 2002, Bahia, Brasil.

riva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável “deficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “in abstracto”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.¹⁰

É buscando atingir a essa finalidade que a Lei 9.868/99 em seu art. 7º, § 2º criou uma exceção à regra geral e permitiu a manifestação de órgãos e entidades, no processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis, desde que estes postulantes demonstrem a relevância da matéria e sua representatividade.

Trata-se de uma perspectiva pluralística, pois possibilita que participem do processo órgãos ou entidades que realmente representam os interesses sociais da coletividade e que trarão ao conhecimento dos magistrados que conhecerão da causa os valores destes grupos sociais, seus interesses, e até mesmo suas expectativas.

Além desse sentido democrático, em que se dá uma espécie de participação popular no controle de constitucionalidade das leis, a presença dos Amigos da Corte presta-se a garantir, como já destacamos anteriormente, maior legitimidade nas decisões do tribunal constitucional, uma vez que o debate será, sem dúvida alguma, mais rico, em razão da grande representatividade dos órgãos ou entidades, pois, através destes se transmitirá aos julgadores maior número de informações referentes a implicações sociais, políticas, econômicas e culturais da decisão sobre a matéria constitucional.

A lei mencionada estabelece que o relator considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes poderá por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de órgãos e entidades. É uma avaliação casuística e monocrática da qual não cabe nenhum recurso.

Portanto, pelo que se depreende do texto em comento, dois são os requisitos para que o órgão ou entidade seja admitido no processo – a representatividade e a relevância da matéria.

10. Gilmar Mendes. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, p.503/504.

No que tange a representatividade não será difícil de ser preenchido esse requisito, tendo em vista, que temos em nosso país várias entidades que tem notória representatividade, como por exemplo, as associações de magistrados, associações de defesa dos direitos humanos etc.

A representatividade não deve ser avaliada pelo número de integrantes que a entidade congrega, muito menos por sua abrangência interestadual ou intermunicipal. Deve-se levar em conta o reconhecimento da entidade ou órgão perante a sociedade civil, as autoridades estatais ou as comunidades em que atuam.

O relator deve levar em conta também a relevância da matéria, isso significa que o postulante que pretende estar no processo na condição de “Amicus Curiae” deve demonstrar relação de pertinência entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição ou órgão.

Embora a lei não o diga expressamente, o amigo da corte poderá intervir no processo a qualquer momento, podendo inclusive fazer sustentação oral. Mas se o julgamento já tiver se iniciado com a leitura do relatório, poderá entregar memoriais ou pareceres aos demais julgadores.

Com relação à possibilidade de se expressar oralmente no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade o STF inúmeras vezes já decidiu no sentido de admitir esta possibilidade. Como exemplo desta posição podemos colacionar o voto do Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

Daí segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao “amicus curiae”, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer a prerrogativa da sustentação oral perante esta Suprema corte (...). Presente esse contexto, e consideradas as razões expostas dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o forma ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao “amicus curiae”, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consisten-

te no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa (...). Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas sobretudo, valorizará, sob um perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o “amicus curiae” poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do país e a de seus cidadãos. Por tais razões, peço vênua para acompanhar os doutos votos dos eminente Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, admitindo, em conseqüência, a possibilidade processual de o “amicus curiae” proceder à sustentação oral de suas razões, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato. É o meu voto.¹¹

É visível, aos olhos de todos, que com essa figura é possível ter ampliado o acesso ao judiciário, abrindo ao terceiro interessado na solução da controvérsia a possibilidade de expor suas razões no processo e influenciar o tribunal no julgamento da ação.

Com relação a sua natureza jurídica, há divergências a esse respeito.

O professor Edgard Silveira Bueno Filho ao tratar da questão assim se manifesta:

Com efeito, para intervir no processo judicial basta ao terceiro demonstrar interesse legítimo. Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, como já se viu, a intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão represen-

11. ADIN nº 2.777-8.

tativo. Portanto, além da demonstração do interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente, a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo Tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Daí a conclusão de se tratar de assistência qualificada.¹²

Entretanto, a rigor, lhe falta interesse subjetivo individualizado na ação, mas, pode estar presente um interesse subjetivo público, legitimador de sua participação processual, desde que a pretensão deduzida seja juridicamente defensável.

Desta maneira, a figura do “amicus curiae” não se confunde com a figura do assistente processual, pois pode ter um interesse diverso do interesse daqueles que participam do processo.

Também caminha nesta direção o pensamento de Milton Luiz Pereira ao asseverar:

Mesmo que exija especiais cuidados na sua admissão – ainda sem a amplitude desejada-, traz novidade do consentimento, sem os limites dos padrões legais ligados à substituição das partes, litis-consórcio, assistência e das clássicas intervenção de terceiros e da denunciação da lide, obviando-se o distanciamento do chamamento ao processo (arts. 41, 46, 50,70 e 77, CPC)”. E prossegue o autor arrematando ao final que “No mais, o *amicus curiae* é voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida “Sociedade justa”, sem confundir-se com as hipóteses comuns da intervenção. Demais, não sofre a rejeição dos princípios básicos do sistema processual edificado. Desse modo, apenas com o propósito de avançar idéias sobre o tema e sem a presunção de ser exaustivo, conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão

12. Edgard Silveira Bueno Filho. *Amicus Curiae: A democratização do Debate nos Processos de Controle de Constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico nº14 junho/agosto 2002, p.8.

a interpretação da Constituição perante o Supremo Tribunal Federal, juntando memoriais escritos ou, até mesmo, fazendo sustentações orais.

É um mecanismo que traz à realidade brasileira a concretização do processo democrático e do ideal defendido por Häberle de uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição.

Um texto constitucional somente alcança solidificação se for entendido por aqueles para os quais se dirige, se for efetivamente vivenciado, em outros termos, os cidadãos devem se identificar com a realidade constitucional, isso garantirá que o texto se insira no contexto social e se perpetue.

Ocorrendo esse fenômeno, a Constituição deixa de ser apenas uma Folha de Papel, um documento formal, e passa a ter vida, a estar presente no cotidiano das pessoas.

É exatamente neste contexto que a figura do Amigo da Corte ganha destaque, já que se faz ouvir, como representante da comunidade social, ou de parcela desta, no processo abstrato de controle de constitucionalidade.

Isso resulta num aperfeiçoamento da interpretação da Constituição por parte daqueles que darão a última palavra, já que, antes de firmar entendimento, irão ter ciência das diferentes realidades que os circundam e do impacto que essa interpretação trará na vida daqueles que serão atingidos direta e indiretamente.

Além desse sentido democrático, em que se dá uma espécie de participação popular no controle de constitucionalidade das leis, a presença dos Amigos da Corte vai garantir, não resta a menor dúvida, maior legitimidade para decisões do Supremo Tribunal Federal, vez que o debate será pluralístico, em razão da grande representatividade dos órgãos ou entidades, pois, através destes, se transmitirão aos julgadores maior número de informações referentes a implicações sociais, políticas, econômicas e culturais da decisão sobre a matéria constitucional.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões de alta complexidade e repercussão social.

Nunca essa Corte esteve tão presente no cotidiano dos cidadãos brasileiros, até mesmo aqueles que não são estudiosos do direito travam debates sobre os assuntos que estão sendo discutidos no STF, a exemplo disso temos a questão sobre as células tronco, aborto, reserva de cotas para negros nas universidades e uma infinidade de outros temas.

É com esse espírito que o ideal da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição caminha, permitindo que não apenas doutores, profissionais do ramo, especialistas e acadêmicos discutam o sentido da Constituição, mas, ao contrário, toda a sociedade civil.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei 9.868/99**, Leituras complementares de direito constitucional, controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional, 2ª ed: Editora Podivm, organizador Marcelo Novelino, 2008.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. A democratização dos debates nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Bahia: número 14, jun/agos, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves; Revisão José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sam-

paio Ferraz Jr. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, ed. Fabris, 1997.

JÚNIOR, Loureiro. **Da Constitucionalidade das Leis**. 1. ed. São Paulo: Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**. São Paulo, v. 153, p.11-16, Jan/Mar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão Judicial**. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria da Legislação e Processo Legislativo, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Constitucional, UNISUL/LFG, 2008.

_____. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**

de: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo:Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. São Paulo: Atlas,2002.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus Curiae: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**. São Paulo, v.109, p.39-44, Jan. /Mar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Direitos fundamentais da criança e do adolescente: um novo paradigma emancipatório

(Em memória do Mestre J. J. Calmon de Passos)

Wanderlino Nogueira Neto*

RESUMO

Este trabalho pretende estabelecer um marco referencial para a discussão sobre os direitos humanos geracionais, reconhecendo-se como seu sentido axial o fato de que o Direito é algo que ao homem cumpre produzir, pela necessidade de ordenar aquilo que por si mesmo não se ordenaria com efetividade e eficácia suficiente – a convivência social. Discute-se a efetividade sociopolítica e a eficácia da norma jurídica, bem como a dificuldade no enfrentamento de determinadas questões sociais, que nascem dos conflitos de interesses econômicos, políticos e ideológicos.

*Procurador de Justiça aposentado e ex-Procurador Geral de Justiça do Ministério Público da Bahia.

1. Introdução

De ordinário, imagina-se que o Direito é um campo apartado da realidade social: um dado preexistente. Na verdade, ele não é um "dado", mas um "construído", uma invenção humana, em constante e dinâmica construção e reconstrução (ARENDDT)¹. Mais das vezes, a ascensão dos direitos é fruto de lutas. *"Os direitos são conquistados às vezes com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio dos quais as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos"* (SACHS)². Realmente, não existe um Direito previamente dado ao homem, cuja tarefa de identificação e aplicação seria do operador do direito, que teria como seu único compromisso a busca desse *"Direito Puro"*. Não se pode dizer maniqueistamente, que o Direito é um mero instrumento de controle social, um instrumento manipulado por juristas e operadores especializados³ detentores de um saber hermético e de uma prática inquestionável. E, em função disso, esses chamados operadores do direito passariam a ser demandados apenas como *"intelectuais autônomos"*⁴ – de fora e de cima, sem organicidade – para estabelecerem o que se pode fazer e o que não se pode fazer, a partir de dogmas e de sanções de inviabilização das reflexões e práticas dos de-

1. ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. 1979.

2. SACHS, Ignacy. Direitos Humanos, Desenvolvimento e Cidadania. 1998

3. Juizes, promotores públicos, delegados de polícia, defensores públicos, advogados etc.

4. GRAMSCI, Antonio. Concepção dialética de história. 1978.

mais operadores sociais⁵. Dessa maneira, há o risco de se fazer da atividade desse chamado operador do direito algo cada vez mais desgastador das possibilidades de um saber a-disciplinar e de uma atividade multiprofissional e intersetorial. Uma função puramente aleatória, desfuncionalizada, arbitrária, marcada pelo elitismo, corporativismo e formalismo-cartorialista.

O Direito não é um "*limite sagrado*" para as discussões sobre a realidade social e para o encaminhamento de intervenções sociais e políticas. A tentação é de se considerar equivocadamente a dimensão jurídica de uma questão social como "moldura" e não realmente como "elemento constitutivo da paisagem". O Direito é sempre o resultado do "agir comunicativo dos homens – um fazer comunicativo setorial no fazer global comunicativo"⁶. O Direito não pertence ao "mundo do ser" (da matéria e da concreção, onde operam o labor e o trabalho) e sim ao "mundo do dever ser" (dos valores, da ética, da construção do homem, onde opera a "ação" e dentro dela, a "comunicação"). Em verdade, o Direito é algo que ao homem cumpre produzir, pela necessidade de ordenar aquilo que por si mesmo não se ordenaria com efetividade e eficácia suficientes – a convivência social. O Direito só é indispensável pela necessidade de se encontrar uma solução impositiva para os conflitos individuais e sociais. Se assim é, essencial para a compreensão do jurídico se torna o conhecimento daquilo que leva os homens ao conflito. Grosso modo, poder-se-iam identificar como razões do conflito a ser dirimido pelo Direito:

- . nossos desejos e necessidades humanas;
- . nossos interesses de classes e
- . a incapacidade individual e social de satisfazê-los plenamente,⁷

Essa última razão do conflito se manifesta (i) quer pela inelimitável interdependência entre os homens, (ii) quer pela escassez de bens apropriáveis ou produzíveis em quantidades e condições que se fazem necessárias, (iii) quer pela prevalência exploratória de interesses hegemônicos

5. O operador do direito é um dos muitos operadores sociais.

6. CALMON DE PASSOS, J. J. Direito, Poder, Justiça e Processo. 1999

7. CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*

de classes ou grupos. Esse último ponto justifica, por exemplo, que se tente fazer da contra-hegemonização jurídica (isto é, do recurso político ao Direito, da sua instrumentalização política) um instrumento válido na luta emancipatória da infância e adolescência e de outros segmentos dominados – discriminados, explorados, violentados –, por exemplo.

2. Direito e poder

Dentro dessa linha, é impossível negar-se a correlação do poder jurídico com o poder político e econômico, a funcionar como condicionante dessa instrumentalização do Direito, a serviço da emancipação e extensão da cidadania de crianças e adolescentes. A realidade vincula necessariamente o poder jurídico ao poder político. E essa simbiose precisa ser explicitada e aprofundada: o Direito é um discurso do poder. Jurisdicionaliza-se a decisão política e assim se institucionaliza um sistema jurídico. Todo o Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atendendo ao que é contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele – poder político – se institucionalizou. Para se entender o Direito, não basta conhecer e interpretar a norma jurídica, em si. É preciso se conhecer e entender minimamente esse jogo político e econômico e os seus discursos justificadores. É preciso ir mais fundo: aos paradigmas fontais.⁸

O poder político-econômico que cria o Direito o faz necessariamente privilegiando um ou alguns segmentos sociais em detrimento de outros. Mas, o faz também na justa medida que o equilíbrio de forças socialmente contrapostas possibilita. O Poder pode... Mas nem tanto pode. A institucionalização de uma ordem jurídica justa (nacional ou internacional) não é tarefa de juristas, mas sim de políticos. Ou melhor, é tarefa nascida do confronto das forças sociais contrapostas, na procura da satisfação dos seus interesses e na real moldura das expectativas institucionalizadas: o jurídico coabita inevita-

8. Daí o fracasso de tantas "capacitações" (?) de agentes públicos, operadores do chamado "sistema de garantia dos direitos de crianças e adolescentes" (conselheiros tutelares, conselheiros dos direitos, educadores, agentes de saúde, trabalhadores sociais, policiais, magistrados etc.): um "conhecer" superficial e formalista do Estatuto da Criança e do Adolescente, meramente alienador e não conscientizador.

velmente com o político, o econômico e o ético.⁹ O sistema de dominação - que, em última análise, todo ordenamento econômico, político e, portanto jurídico institui - só se faz operacional se alcançar um "mínimo de adesão dos dominados". Esta adesão é construída à base de uma fundamentação legitimadora do poder, o que se dá de modo indireto, via ideologia.¹⁰

O Direito e o Poder (político-ideológico, econômico e cultural) estão intimamente relacionados. Não há como fugir disso. O Mestre CALMON DE PASSOS ensina a esse respeito:

O Direito é a técnica pela qual se dá a integração entre esses três poderes (político, econômico e ideológico), de modo a se lograr segurança e operacionalidade à ordem social impositivamente implementável (...) Apenas é possível, ao Direito, emprestar alguma segurança e previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos, por um processo previamente institucionalizado, dentro de expectativas compartilhadas pelo grupo social, com o que contribui para consolidar e operacionalizar um sistema de produção e uma organização política que o precedem e lhe ditam a fisionomia e o destino (...)¹¹.

Autores como ARNOLD e RADBRUCH¹² consideram o direito como um elemento de primeira importância na conformação cultural de uma sociedade, enquanto HELLER¹³, avançando ainda mais nesse sentido, entendia que o "*direito é a forma mais avançada de domínio*". No que concorda GARCIA MENDES:

se este último (autor) está certo em termos gerais, isto é, para as formações sociais do capitalismo central, tanto passadas como contemporâneas, o é com muito mais intensidade no contexto do capitalismo periférico; neste caso, ficou mais que demonstrada a importância e sobre-determinação da esfera política, a qual está composta por dois níveis claramente diferenciáveis, ainda que nem sempre diferenciados, o estritamente político (o Estado) e o estritamente jurídico (o direito).¹⁴

9. CALMON DE PASSOS, J.J. Op. cit.

10. Entendendo-se aqui ideologia como representação da realidade que justifica o sistema de poder.

11. CALMON DE PASSOS, J.J. *loc. cit.*

12. ARNOLD, Wilhelm & RADBRUCH, Gustav.

13. apud GARCIA MENDES, Emilio.

14. GARCIA MENDES, Emílio. *Autoritarismo y Control Social*. 1987.

Assim sendo, mitos basilares precisam ser desconstruídos:

1. *"A normalização jurídica escapa de qualquer contaminação político-econômica-ideológica, existindo, pois, 'Direito Puro', ordem jurídica neutra. Em sendo assim, a norma jurídica se basta, em si"*.

2. *"A normalização jurídica é o saber único ou prevalecente e reducionista de um determinado fenômeno social"*;

3. *"A normalização jurídica é a solução única ou prevalecente e desarticulada para uma determinada questão social"*.

Todos esses mitos impossibilitam ou dificultam o enfrentamento efetivo de determinadas questões sociais, que nascem desses conflitos de interesses econômicos, políticos e ideológicos. Esses mitos precisam ser desconstruídos na discussão sobre a efetividade sociopolítica e a eficácia jurídica do Direito.

2.1. Efetividade e eficácia das normas jurídicas

Por que legislações, reconhecidas como avançadas, que procuram regular, da melhor maneira possível, relações humanas e ao mesmo tempo pretendem funcionar como vetor na evolução do pensamento e da prática, coletivos, muitas vezes dão a impressão de *"inefcazes"* (fenômeno jurídico) e/ou *"inefetivas"* (fenômeno metajurídico)? Por que, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem dado essa falsa impressão, a grandes segmentos da opinião pública, mesmo uma década depois de sua promulgação? De qualquer maneira, a aplicação defeituosa ou a baixa aplicação de uma lei podem levar seus destinatários à idéia de que aquela determinada legislação é inadequada social e eticamente, perdendo essa norma jurídica, conseqüente e paulatinamente, *efetividade político-institucional e eficácia jurídica*.

Para efeito desta análise, considerar-se-á que a efetividade de uma lei decorre dos seguintes fatores: (a) da sua capacidade real de provocar uma cadeia de reordenamentos normativos decorrentes e satisfatórios, em nível local (estadual e municipal), com a edição de leis e normas regulamentares específicas, a partir das normas gerais; (b) da sua capacidade real de deflagrar um processo irreversível de reordenamento institucional, onde a máquina do Estado, em nível federal, estadual e municipal,

venha a ser adequada ao novo paradigma político-jurídico, com a implantação e implementação/fortalecimento de serviços/atividades e programas/projetos públicos, responsáveis pela satisfação das necessidades básicas, enquanto direitos, através da promoção e defesa dos direitos correspondentes; (c) da sua capacidade real de levar a uma flagrante melhoria do atendimento público direto a essas necessidades e direitos, que resulte na qualificação da demanda e do serviço público. Igualmente para esta análise, considerar-se-á que a eficácia jurídica de uma lei decorre: (a) da sua aplicabilidade a casos em concreto; (b) da sua imperatividade, impositividade e coercitividade; (c) da imprescindibilidade e exigibilidade dos direitos que ela reconhece, constitui e assegura.

O Direito apenas "*elaborado*", enquanto "*enunciado juízo de valor*", ainda não é o Direito – é de todo impotente, "*desarmado*". O Direito é o que faz dele seu processo de produção, em concreto. O Direito é eficácia, a cada ato de sua produção e concretiza-se com sua aplicação. As leis carregam em si o germe da inefetividade político-institucional e da ineficácia jurídica, quando lhes falta, em primeiro lugar, legitimidade social. Isso acontece, por exemplo, quando essas normas jurídicas são outorgadas, quando a produção do Direito se faz de maneira heteronômica, provocando um estado de anomia, de resistência e desrespeito à ordem jurídica posta, isto é, ao direito positivo estatal vigente. Igualmente, as leis carregam em si o germe da inefetividade político-institucional e da ineficácia jurídica, quando se limitam a estabelecer apenas princípios programáticos, conceitos abstratos e quando não prevêem instrumentos que operacionalizem sua implementação (mecanismos e espaços públicos), isto é, quando não permitem a construção de um sistema de garantia dos direitos. Quando não, os textos normativos também são portadores da sua própria inefetividade político-institucional e ineficácia jurídica, quando contém igualmente o germen da "*sobrecarga*", isto é, quando o Direito traz mais "*mundo exterior*" para dentro de si do que é capaz de suportar. Uma "*sobre-politização* e uma *sobre-socialização* da norma jurídica" ¹⁵ – um excesso. O Direito não existe para "criar um mundo exterior", mas para normalizar as condutas sociais vividas nesse mundo exterior a si, a partir de uma utopia, de determinados valores.

15. HABERMAS, J. apud GARCIA MENDES, Emílio in Autoritarismo y Control Social. 1987.

Mas, é de se reconhecer minimamente que se está hoje vivendo um tempo de transição paradigmática: a emancipação social de segmentos sociais em desvantagem (entre eles, as crianças e os adolescentes) é uma aspiração óbvia, almejada e em processo de construção. Um valioso instrumento de mediação e de contra-hegemonização pode ser a luta pelos Direitos Humanos. Nesse sentido, necessário se torna construir uma contra-hegemonia jurídica em favor das necessidades e dos desejos, de crianças e adolescentes, a partir daí, tornados direitos e liberdades fundamentais, exigíveis juridicamente.

2.2. Teoria dos direitos fundamentais

Em função disso, tanto a formulação/elaboração dos instrumentos normativos nacionais e internacionais de promoção e defesa (proteção) de direitos fundamentais (enquanto direitos humanos positivados), isto é, da normativa jurídica nacional e internacional, quanto a sua aplicação em concreto, através dos mecanismos de promoção e defesa (proteção) desses direitos, isto é, do aparato estatal¹⁶ - tanto a formulação, quanto a aplicação da normativa devem ser norteadas pelos princípios universais, integrados e indivisíveis do Direito dos Direitos Fundamentais¹⁷.

Uma visão crítica da efetividade e eficácia do Direito e a opção política pelo tratamento das relações geracionais sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais – esses dois pressupostos permitem estabelecer melhores perspectivas estratégicas, a serviço dos interesses dos *"dominados e subalternizados"*¹⁸. Em função disso, necessário se torna trabalhar nas lacunas do discurso e da prática ideológica, produzidos pelo poder político e econômico dominante, hegemônico, por força

16. Visão ampliada do Estado, onde se incluem tanto a "sociedade política" ("governo dos funcionários") quanto a "sociedade civil organizada" (cf. Antonio GRAMSCI).

17. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1986.

18. Por exemplo, empobrecidos, trabalhadores, mulheres, crianças, jovens, idosos, população indígena, negros, favelados, quilombolas, LGTB, pessoas com deficiência, delinquentes, trabalhadores do sexo, portadores de transtornos mentais, pessoas que vivem com HIV etc.

do atual processo de "mundialização do mercado"¹⁹ e de reforço do modelo cultural adultocêntrico, machista-patriarcalista, homofóbico, racista, ocidentalista. É preciso se ter cuidado para que um determinado tipo de discurso jurídico (no fundo, meramente ideológico e reprodutor do discurso ideológico da mundialização do mercado e do adultocentrismo) não seja produtor de um direito positivo, que venha normatizar as relações de geração, a partir da ótica daqueles a que interessa manter a situação de dominação do mundo adulto sobre o mundo infanto-adolescente – situação marcada pela violência, exploração, abusos, discriminações, negligências. Diante do anteriormente exposto e questionado, é de se concluir que qualquer esforço para (a) se levantar e analisar (conhecer) a dimensão jurídica das relações de geração, e para (b) se produzir/elaborar uma normativa nacional, internacional, multinacional/regional, visando prevenir e combater todas as formas de dominação contra crianças e adolescentes – esse esforço tem seus riscos e desafios.

Mas, como neutralizar esses riscos? Em primeiro lugar, aceitando-se o desafio! Não fugindo do risco! Reconhecendo-se que a "ordem ou sistema de geração" - assim como a "ordem ou sistema de gênero"-, por exemplo, estão a serviço de determinados interesses sócio-econômico-político-culturais²⁰ - isso significa que esse bloco dominante, para se manter, depende da construção de uma aparente legitimidade, apelando para uma forma constante e permanente de coação, assegurando sua manutenção como hegemônica. Os blocos dominantes, na História, sempre sustentaram sua hegemonia econômico-política também na construção de uma hegemonia cultural e de uma hegemonia jurídica²¹. Aí o risco: a solução da produção de um novo Direito que normatize as relações de geração pode resultar numa normatização jurídica que tenha efeitos perversos de regular-controlar essas relações, numa linha puramente assistencialista e

19. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. 2000.

20. Mundialização do mercado, ajustes estruturais, enfraquecimento do poder nacional, androcen-trismo etc.

21. "A inexistência de hegemonia plena en el plano de lo económico e do lo político-ideológico, en la relación entre el bloco dominante e los sectores populares, puede ser atenuada en parte de sus consecuencias negativas para los primeros por la existencia de relaciones hegemónicas en el plano de lo jurídico" – GARCIA MENDEZ, Emilio. *Op. cit.*

repressora. E não como forma de emancipar a criança e o adolescente²² numa linha de promoção social, de proteção jurídico-social e de extensão de sua cidadania, na perspectiva dos Direitos Humanos²³.

2.3. Hegemonia e contra-hegemonia jurídica

Aos blocos dominantes (e suas franjas subterrâneas, marginais e criminosas) interessa, pois, a construção de sua hegemonia jurídica, reforçadora da sua hegemonia econômica, social, política e cultural. Dois sinais são claras expressões das possibilidades de sucesso da tendência à hegemonização jurídica sorrateira por parte de certos blocos dominantes, em nosso contexto brasileiro e latino-americano, especialmente:

a) A aguda escassez de trabalhos críticos no campo do jurídico: a discussão tem sido prevalentemente "*abstrata, formal, dogmática*"; numa linha mais de citação e exegese de textos legais, isto é, positivista. Uma discussão a justificar a manutenção do *status quo* existente ou a mera reforma epidérmica de leis. Em disciplinas como a sociologia, a psicologia e em menor medida na economia, o pensamento crítico é hegemônico ou tenta mais fortemente sê-lo. Talvez, tudo isso se deve muito à composição e função das nossas Faculdades de Direito.

b) A baixa efetividade e eficácia da normativa internacional e nacional: quando a norma jurídica se afasta da utilidade instrumental de garantir a supremacia desses multicitados "*blocos dominantes*"²⁴, ela perde muito essa capacidade de se tornar efetiva político-institucionalmente e eficaz juridicamente.

Se não se conseguir reverter esse quadro apresentado, não se poderão criar novas e mais libertadoras condições sociais e políticas para a produ-

22. E igualmente qualquer outro segmento ou grupo vulnerabilizado, desabilitado ou de alguma minoria outra (nacionais, culturais, étnicas e lingüísticas).

23. Direitos Humanos aqui vistos no seu sentido amplo, não só jurídico, mas também político, histórico, sociológico – por exemplo.

24. No caso da "*violência sexual*", por exemplo, identificar-se-iam blocos dominantes, economicamente capitalistas, politicamente neoliberais, culturalmente androcêntricos/patriarcais, sexualmente homofóbicos, etnicamente arianos, esteticamente efébricos, etc.

ção do Direito, para a reforma e ampliação da legislação nacional e elaboração de normativa multinacional e internacional. Só interessa a "*juridicalização das relações geracionais*" (crianças/adolescente, jovens e idosos) se os movimentos e organizações sociais tiverem capacidade de fazer prevalecer sua reflexão e prática e se puderem se apropriar e se beneficiar desse processo - num contexto de correlação de forças, de construção de contra-hegemonia, na ótica do Direito dos Direitos Humanos. Será que a norma jurídica e seus espaços públicos produtores (legislativo) e aplicadores (judiciário e administração pública) não podem ser vistos e trabalhados também como "*instâncias e mecanismos de mediação*"? Ora, obter o "*consenso social*", a "*harmonização*"²⁵ entre os cidadãos" é aspiração de muitos governantes para alcançar a legitimidade de suas decisões político-administrativas: a busca da almejada "*paz social*". Mas, com isso, realmente só se está se visando (sob o manto desse discurso escamoteador) a neutralização das ações dos movimentos sociais organizados, evitando-se que os interesses, necessidades e desejos da população infanto-adolescente se tornem de alguma maneira hegemônicos. Na verdade, o que essa "paz social" quer proteger não são esses interesses contra-hegemônicos de todos os dominados e subalternizados, mas os interesses dos grupos que detêm a hegemonia econômica, política, cultural e jurídica, numa determinada conjuntura social e institucional. Como ensina FALEIROS: "A harmonização pretendida é vista como neutralidade e a neutralidade apresentada como harmonização, mas numa relação de forças em que predominam os interesses do capital, a longo e não raro em curto prazo"²⁶. Dessa maneira, os problemas sociais não conseguem ser vistos de forma estrutural, mas apenas como problemas pontuais, isolados, conjunturais - "disfuncionalidades sociais"? E a solução desses problemas é entendida como fácil, acima dos reais conflitos sociais. E para tanto, necessitariam apenas de algumas instituições públicas como verdadeiros "*aparelhos funcionais*", capazes de "resolver paliativamente" os problemas sociais.

Muitas vezes, a partir dessa visão factual e casuística, entre nós, assim são tratadas questões como a do trabalho infantil, da violência intrafamiliar, da exploração sexual-comercial, do extermínio e da tortura, do con-

25. No sentido do positivismo sociológico de Max Weber.

26. FALEIROS, Vicente. A política social do estado capitalista. 1980.

flito com a lei etc. Há certo perigo das agências do sistema de justiça e de segurança e das entidades de defesa de direitos humanos se tornarem esse "aparelho funcional", na busca de falsos consensos, escamoteando os conflitos de interesses reais da vida social e tentando essa "harmonização": buscando uma "paz dos cemitérios". De outra parte, como bem alerta DONIZETI²⁷, há o perigo de se cair no oposto e se ver nas instituições públicas meramente um "aparelho ideológico do Estado", ou seja, instrumentos reprodutores de relações sociais, reprodutores do poder que se encontra monoliticamente nas mãos das classes dominantes, a seu serviço exclusivo, de direção, dominação e exploração das classes subalternizadas. Mas, há a possibilidade de uma terceira visão.

Apesar do Estado e suas instituições darem prevalência aos interesses dos grupos que detêm as hegemonias sociais, econômicas, cultural, política e jurídica numa determinada conjuntura, existem, todavia, algumas brechas nesse poder, algumas "instâncias de mediação", onde se pode fazer a luta pela incorporação de determinados interesses dos mais fracos – no caso em discussão, dos interesses de crianças e adolescentes. A depender de certa correlação de forças. Ensina FALEIROS: "O Estado mediatiza as relações sociais, segundo a correlação de forças da sociedade civil. Ou seja, ele não está somente em função dos interesses das classes dominantes, podendo também integrar, aceitar, ou transformar certos interesses das classes dominadas" · No caso, isso ocorreria com a incorporação e defesa dos interesses da criança e do adolescente, privilegiando-os como defesa/proteção de seus Direitos Humanos – direitos fundamentais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, se poderiam construir politicamente "instâncias e mecanismos de mediação", em favor dos interesses e desejos de crianças e adolescentes, priorizados como Direitos Humanos, a partir dos operadores sociais, inclusive dos operadores do direito?

Verdadeiramente, só será possível se construir essa capacidade real de "mediatizar" nesses moldes, se incorporada for a essa intervenção jurídica, uma sociedade civil forte, organizada/mobilizada, política e tecnicamente qualificada, realmente participativa. E nesse jogo, os fóruns, frentes e demais instâncias não institucionais da sociedade têm um rico pa-

27. DONIZETI LIBERATI, Wilson. O estatuto da criança e do adolescente. 1991.

pel a exercer, verdadeiramente de "*direção cultural*", de formação de quadros para as diversas organizações sociais, fortalecendo principalmente aquelas que têm compromissos reais com as lutas emancipatórias. E mais: imprescindível que Instituições estatais como o Ministério Público e a Defensoria Pública (por exemplo) se tornem aliados dessa sociedade civil organizada no seu papel de força viva mobilizadora em favor dos Direitos Humanos. É imprescindível que essas Instituições exemplificadas não caiam na falácia de uma "neutralidade axiológica" de fundo ideológico e tomem partido dos que mais precisam de defesa dos seus direitos fundamentais – compromisso político, no seu sentido puro, com a defesa da ordem jurídica e da democracia.

Para tanto, devem-se eleger como princípios basilares para o processo de contra-hegemonização jurídica (a partir da ótica do Direito dos Direitos Humanos), os princípios da "*igualdade perante a lei*" (formal) e da "*igualdade na lei*" (material). Eles nortearão todo o reordenamento normativo e institucional necessário e mais a aplicação em concreto das normas-regras nos diversos campos do Direito.

2.4. O princípio fundamental da igualdade

O princípio da igualdade formal ("*todos são iguais perante a lei*") exige a aplicação, sem exceção, do direito vigente, sem consideração da pessoa: todos são obrigados e autorizados pelas normas jurídicas de forma igual. Ou seja, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito vigente em favor ou em detrimento de algumas pessoas. Esse é o princípio da universalização das normas jurídicas tendo como destinatário todo e qualquer cidadão (inclusive, crianças e adolescentes), enquanto "*sujeito de direitos*". Nesse "significado negativo", a igualdade formal só deixa espaço para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças constatadas entre os sujeitos e as situações envolvidas – homens, mulheres, heterossexuais, homossexuais, transgêneros, crianças, adultos, jovens, negros, brancos, índios, ciganos, soropositivos, portadores de necessidades especiais, marginalizados, mendicantes, delinquentes ou infratores, etc. Vedado fica assim o reconhecimento e a garantia de direitos que resultem em discriminação, exploração e violência em razão da classe social, da idade, do gênero

(inclusive, orientação sexual), da raça do sujeito, da situação socioeconômica por exemplo. O princípio da igualdade formal faz prevalecer a identidade de todos, como cidadãos, de maneira uniforme, independentemente de suas diversidades, de suas identidades enquanto crianças, mulheres, homossexuais, negros etc.

Já o princípio da igualdade material tem um conteúdo afirmativo, e exige a diferenciação no regime normativo jurídico em face de sujeitos e situações distintas, diversas: respeito à diversidade na igualdade. Só aquilo que é exatamente igual deve ser tratado igualmente. Fora daí, a verdadeira *"igualdade será tratar-se desigualmente seres desiguais"*.²⁸ A questão é a seguinte: quais fatos não são iguais e por isso devem ser regulados desigualmente? Quais os critérios para identificação de semelhanças e diferenças, para efeito de equiparação ou diferenciação do tratamento jurídico? Para isso, temos que lançar mão do conceito de *"arbitrariedade"*, isto é, indagar-se se existe uma diferenciação arbitrária no tratamento desigual, quando da formulação e da aplicação do direito. Ou há uma justificação para tanto? Uma *"razão razoável"* a ser levantada, caso a caso? O princípio da igualdade material faz prevalecer a diversidade de cada um como pessoas com identidades próprias. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em princípio, coloca como um dos objetivos fundamentais da nossa República a promoção do *"bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação"*. (art.3º, IV) e afirma que *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"* (art.5º). Assim, é de se concluir que, em especial, pra isso se efetivar, a legislação infraconstitucional, o Estado e a sociedade deverão se propor prioritariamente a reconhecer e garantir de modo afirmativo os direitos dos segmentos sociais mais suscetíveis de discriminações, explorações e violências: mulheres, crianças, adolescentes, idosos, negros, índios, por exemplo. Particularmente, no que se refere às relações de gênero, a norma maior determinou claramente: *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações"* (art. 5º, I). E, em decorrência disso, estabelece mais: *"os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"*.

A legislação civil e penal brasileira aos poucos vem se adaptando a

28. BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. 2000.

essas novas normas constitucionais, criando sistemas de garantia dos direitos da mulher, protegendo-as em especial contra as diversas formas de opressão – em especial as variadas formas de violência sexual. Já, no tocante à infância e adolescência, a Constituição privilegiou o reconhecimento e a garantia dos seus direitos, acolhendo nos seus artigos 227 e 228, de maneira precisa e fiel, a Doutrina da Proteção Integral, consagrada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, reconhecendo, à infância e à adolescência, os direitos e liberdades fundamentais de todo o cidadão (artigo 5º – loc. cit.) e mais alguns outros direitos especiais, a serem atendidos com prioridade absoluta.

3. Conclusão

É preciso cuidado para não se cair em armadilhas engessadoras e alienadoras, quando nos apropriamos do conceito liberal de “direitos humanos” e de “igualdade”, jusnaturalista e puramente formal, para tentar dar-lhes novo alcance, possibilitando o respeito à diversidade e o exercício da criatividade, nas relações entre gerações (como nas relações entre gêneros e raças). O projeto maior, a utopia buscada, deverá ser o de superação de todos os paradigmas tradicionais e justificadores das diversas formas de dominação, mesmo escamoteadas sob o manto da “igualdade meramente formal”: dever-se-á garantir a desejada igualdade de direitos, sem prejuízo da “liberdade de ser diferente e singular”. A radicalidade está em ir além da tradicional “igualdade de direitos”, isto é, está em buscar assegurar a possibilidade de se *“inventar e reinventar formas de ser, estar e se relacionar, descobrindo maneiras de ser e de combinar corpos sem caminhos pré-mapeados”*²⁹. Especificamente na luta pela emancipação da população infanto-adolescente, necessário se torna que se garanta tanto sua igualdade de direitos, isto é, sua condição de “sujeito de direitos”, quanto sua “liberdade de ser diverso e singular”, ou seja, sua condição de pessoa em crise, quanto à sua essência humana e identidade geracional. Assim sendo, a grande luta dos defensores dos direitos humanos geracionais atualmente está focada na busca da garantia da efetividade e eficácia

29. CASTRO, Mary Garcia. Alquimia de Categorias Sociais na Produção dos Sujeitos Políticos. Revista de Estudos Femininos. 1992.

da norma jurídica, em grau cada vez mais crescente, tornando exigíveis esses direitos em concreto, aprofundando e radicalizando as experiências de justicialização das demandas.

Notas finais

(i) Estas reflexões nasceram do ensino do nosso Mestre J.J. Calmon de Passos, falecido em 2008 e da saudável provocação dos colegas juizes de direito, promotores de justiça e defensores público participantes do 18º Seminário Justiça Juvenil da ABMP – Associação Brasileira dos Juizes, Promotores e Defensores da Infância e Juventude, realizado em Palmas (TO), em março de 2009 – uma homenagem a duas gerações de juristas

(ii) O Autor é Procurador de Justiça (aposentado) do Estado da Bahia. Foi Procurador Geral de Justiça da Bahia, Diretor Geral do Tribunal de Justiça daquele Estado, Presidente da Associação do Ministério Público da Bahia, Professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal da Bahia, Secretário Nacional do Fórum DCA, Coordenador e Consultor do GT Monitoramento Internacional da Convenção sobre os Direitos da Criança do Defense for Children International Seção Brasil (ANCED-DCI), Consultor Especial para o UNICEF (Brasil, Angola e Cabo Verde)

Referências

ACTES DES CINQUIÈMES JOURNÉES INTERNATIONALES DE VAUCRESSON. **Problèmes de Jeunesses et Régulation Sociales**. Paris: Ministère de la Justicem - Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson. 1985

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1986.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **Estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude**. Florianópolis: Ed. Centro de Estudos Jurídicos / Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1996.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1979.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 2000. Ed. Castigat Mores.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, vol. 5. ano 4, 1998.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A construção da democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora Siciliano, 1994.

CARVALHO, Maria do Carmo e PEREIRA, Irandi. O Protagonismo do Movimento Social pela Criança. **Revista do Fórum DCA**, Brasília, n.1, 1993.

CASALI JR. **Tratados internacionais**. Salvador, 2000:

CASTAÑEDA, Jorge G. **Utopia Desarmada**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

CASTRO, Mary Garcia. Alquimia de categorias sociais na produção dos sujeitos políticos. **Revista de Estudos Feministas**, Vol. 0, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COUTINHO, Carlos N. **Gramsci: um estudo sobre o pensamento político**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

CÚPULA MUNDIAL PELA INFÂNCIA. **Declaração e Plano de Ação Mundial**. Nova Iorque (Estados Unidos da América): Ed. ONU, 1990.

DEMAUSE, Lloyd. **Historia de la infancia**. Barcelona (Espanha): Alianza, 1991.

DONIZETI LIBERATI, Wilson. **O estatuto da criança e do adolescente: comentários**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social - IBPS, 1991.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do estado capitalista**. São Paulo: Cortez, 1980.

FOUCAULT, Michel. Usage des plaisirs et techniques de soi in **Dits et écrits**. vol. IV. Paris (França): Gallimard, 1994.

GARCIA MÉNDEZ, Emilio. **Autoritarismo y Control Social**. Buenos Ayres (Argentina): Editorial Hammurabi, 1987.

_____. **Infância, lei e democracia: uma questão de justiça** in **Revista da ESMESC**, ano 4, vol. 5. Florianópolis: AMC, 1998.

GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1978.

LAHALLE, Annina. Le droit des mineurs et son évolution face aux règles internationales in **Autorité, responsabilité parentale e protection de l'enfant**. (Confrontations Européen Regionales). Lyon (França): Les Editions de la Chronique Sociale, 1992.

LEVY, N. Uma Reinversão da Ética Socialista. In NOVAES, A. (org.): **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

MESQUITA NETO, Paulo de. **Segundo Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos**. Brasília: Ministério da Justiça - SEDH, 2002.

MULLER, Verônica R. Aspectos da construção do conceito de infância in **Crianças e adolescentes: a arte de sobreviver** (org. Morelli, Airton José e MULLER, Verônica Regina). Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá - UEM, 2002.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. **Papel político dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares, dentro de um modelo de democracia participativo-representativa: uma visão gramsciana.** Porto Alegre: Ed. Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, 1995.

_____ et al. **Sistema de garantia de direitos.** Recife/Pernambuco: Ed. CENDHEC / BID, 1999.

_____. **Ciranda dos Direitos: Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.** Coleção Ciranda dos Direitos. Tomo III. Fortaleza: Ed. CEDCA-CE / SETAS / MJ-DCA, 2002.

_____ et al. **Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente: registro de experiência.** Coleção Ciranda dos Direitos. Tomo II. Fortaleza: Ed. CEDCA-CE / SETAS / MJ-DCA, 2002.

_____. et al. **Conselhos Tutelares e SIPIA: registro de experiência.** Coleção Ciranda dos Direitos. Tomo IV. Fortaleza: Ed. CEDCA-CE / SAS / SEDHA-SPDCA, 2003.

_____. A proteção jurídico-social e o Estatuto da Criança e do Adolescente in **Revista Equis.** Rio de Janeiro: Ed. Fundação Bento Rubião, 2000.

_____. **Agenda Criança – Monitoramento.** Belém: Ed. Associação Nacional dos Centros da Criança e do Adolescente – Anced / Fundo das Nações Unidas para a Infância - Unicef, 2001.

_____ et al. **Políticas públicas e estratégias de atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei.** Coleção Garantia dos Direitos. Tomo II. Brasília: MJ-SEDH / UNESCO, 1998.

_____. Natureza e papel dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente in **Revista da Anced.** n° 01. Recife: Ed. Anced, 1998.

_____ (org.). **Atendimento ao Adolescente em Conflito com a Lei – Reflexões para uma Prática Qualificada.** In **Caderno n. 01**. Brasília: Ed. DCA-SNDH-MJ, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Edição RENOVAR, 1996.

RIZZINI, Irene. **A criança e a lei no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. CESPI - Universidade Santa Úrsula e UNICEF, 2000.

ROUSSAN, Yves De. **Entidades de defesa de direitos: articulações e integrações**. Salvador: Unicef (mimeog.), 1994.

ROUX, Marcel & ZAGNOLI, Nello (org.). **Ne pas perdre la face**. Vaucresson (França): Ed. Centre National de Formation e d'Études de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, 1991.

SACHS, Ignacy. **Direitos humanos, desenvolvimento e cidadania**. 1998

SEDA, Edson. **A proteção integral**. 3. ed. Campinas: Edição AIDÊS, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Cidade do Porto (Portugal): Afrontamento, 1994.

SOARES, Judá Jessé de Bragança. Instrumentos processuais no Estatuto da Criança e do Adolescente in **Revista da ESMESC**, ano 4, vol. 5. Florianópolis: AMC, 1998.

Natureza jurídica da delação premiada e a atuação do Ministério Público

Octahydes Ballan Junior*

RESUMO

Este trabalho visa investigar o instituto da delação premiada, especialmente sua natureza jurídica, pois se trata de instrumento constitucionalmente útil e válido ao processo e à repressão ao crime, bem como a atuação do Ministério Público como defensor da ordem jurídica e titular da ação penal pública. A pesquisa foi essencialmente bibliográfica.

*Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Pós-Graduado em Ciências Criminais

1. Introdução

O Brasil vem sentindo de perto os efeitos da alta criminalidade. Não raro os jornais noticiam ataques de facções criminosas a prédios públicos e a agentes do Estado.

Não bastasse, verifica-se um intenso enraizamento do crime organizado nas instituições públicas, onde os servidores do Estado se tornam autores de delitos, fator que dificulta a apuração das condutas e a responsabilização dos criminosos.

O fato é que o sentimento de impunidade paira sobre os cidadãos. Isso foi retratado (talvez até com alguma distorção nas colocações) por uma grande revista semanal, que noticiou:

Em relação ao trabalho da polícia, é sobretudo nos crimes violentos que ela mostra seu mais alto grau de ineficiência. Em capitais como Rio de Janeiro e São Paulo, menos de 2% dos casos de homicídio apurados resultam na condenação do assassino. Em países como Japão e Inglaterra, esse índice chega a 90%. Uma pesquisa ainda inédita, realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência, ligado à Universidade de São Paulo, examinou 345000 boletins de ocorrência registrados em delegacias paulistas. De acordo com os resultados, apenas 22000 desses boletins (6%) viraram inquéritos. Ou seja, resultaram em algum trabalho de investigação por parte da polícia. O restante, presume-se, teve como destino o arquivo morto das delegacias.¹

1. CARNEIRO, Marcelo. Frágil como papel. **Revista Veja**, São Paulo, ano 40, n. 32, p. 72, ago. 2007.

É nesse quadro que surge a delação premiada.

O instituto deve ser usado com parcimônia, restrito a casos de extrema necessidade. Nessas hipóteses, todavia, trata-se de instrumento de inegável utilidade, hábil a desbaratar a criminalidade organizada.

Merece integral acolhida a ponderação de Marcelo Batlouni Mendroni, para quem:

O que não se pode conceber é a utilização do benefício a casos de prática de crimes de baixa ou média potencialidade ofensiva, pois nada justifica a desproporção entre o alto grau do benefício concedido e a pequena equivalência de retorno para a administração da justiça. Mas a análise sempre dependerá do caso concreto. Exemplificamos para melhor especificar o alcance do espírito do dispositivo. Tomemos duas situações distintas relativas a ‘furto de veículo’: (1) se no decorrer da investigação ou do processo constata-se que a prática do crime decorreu de parceria entre aquele que o executa, quebrando o vidro e fazendo a ligação direta, com apenas aquele que vigia e dá cobertura, a princípio não se justificaria conceder o benefício ao primeiro para que delate o segundo; (2) entretanto, se o ladrão pertence a uma organização criminosa voltada para o furto de veículos, existindo como verdadeira empresa, que depois mantém estrutura de retaguarda para adulterações, desmanche e/ou revenda, desde que a justiça tenha alguma dificuldade na identificação de co-autores ou fatos, pode justificar-se a concessão do benefício.²

Destarte, a delação deve ser reservada para casos sérios e graves, de manifesto abalo à ordem pública, não sendo vocacionada, em tese, a combater delitos de baixa ou média potencialidade.

2. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39-40.

2. A delação premiada: aspectos gerais e natureza jurídica

Foi com a recente atividade legislativa que a delação premiada veio sendo introduzida em vários diplomas legais.

O crescimento da criminalidade, sobretudo organizada, tem feito o Estado lançar mão de mecanismos antes não viáveis ou não previstos, sem os quais o aparato de repressão não conseguiria elucidar autoria e materialidade delitivas.

Este fato foi bem observado por Roberto Livianu, que advertiu que:

A criminalidade organizada, detentora de parcela de poder inimaginável, em especial econômico, demonstra a fragilidade do processo penal, na sua estrutura atual. Conforme relata Muñoz Sanches a criminalidade organizada está fechada ao ambiente exterior e imune aos tradicionais meios de investigação, o que demanda novos métodos de investigação policial. Esta constatação, que não é isolada, exige novas formas de investigação das autoridades estatais, como a escuta telefônica, a infiltração de agentes e a proteção dos colaboradores da Justiça.³

É de suma importância registrar que em 1989 foi criado o Grupo de Ação Financeira Sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI), no âmbito das Nações Unidas, tendente a atuação concentrada com o escopo de combater a lavagem de dinheiro.

O GAFI, então, editou 40 recomendações para prevenção e combate a tal modalidade criminoso. Estas recomendações representam, indubitavelmente, a preocupação internacional com a lavagem de dinheiro e, também, a tendência mundial acerca do tema.

A recomendação n. 27 vem com a seguinte redação:

Os países deveriam assegurar que as investigações sobre o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo são confi-

3. LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 68.

adas a autoridades de aplicação da lei específica. Os países são encorajados a apoiar e a desenvolver, tanto quanto possível, *técnicas especiais de investigação adequadas à investigação do branqueamento de capitais, tais como as entregas controladas*, as operações encobertas e outras técnicas pertinentes. Os países são também encorajados a usar outros mecanismos eficazes, tais como o recurso a grupos permanentes ou temporários especializados em investigações sobre o património e em investigações realizadas em colaboração com as correspondentes autoridades competentes de outros países.

No anexo das recomendações, esclarecendo a de n. 27, lê-se que

Os países deveriam considerar a adopção de medidas a nível nacional, incluindo legislativas, que permitam às suas autoridades competentes que investigam casos de branqueamento de capitais, diferir a detenção de suspeitos e/ou a apreensão de bens, ou *não proceder a tais detenções ou apreensões, com o propósito de identificar as pessoas envolvidas nessas actividades ou de recolher prova. Sem essas medidas, torna-se inviável a adopção de certos procedimentos como as entregas controladas* e as operações encobertas.⁴

Induvidoso, pois, que a delação premiada é tida pelo GAFI como “técnica especial de investigação” indispensável à apuração da lavagem de dinheiro.

Seguindo essa tendência mundial (*rectius*: recomendação) é que o Brasil vem adotando o instituto, ficando claro que a intenção do legislador foi quebrar a *afectio societatis* existente entre os agentes criminosos, aos moldes daquilo que une os empresários, como forma útil de combate ao crime.

É o que se observa da exposição de motivos da Lei n. 9.613/98, em seu item 54, que ressalta:

4. Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>. Acesso em: 17/09/2007.

A chamada do co-réu ou a indicação do local onde esteja o produto da lavagem ou da ocultação, independentemente de configurarem atitudes de arrependimento do autor, co-autor ou partícipe, constituem brechas na organização criminosa que devem ser enfrentadas não somente pelos órgãos estatais como também por forças sociais externas. A infidelidade criminal constitui a violação de um dos deveres elementares da organização criminosa. A quebra da *afectio societatis* – o rompimento da *omertà* – é um dos fatos positivos para o combate mais vigoroso contra certos tipos de infratores. Um sistema legal moderno não pode ignorar esse fenômeno, mas, ao reverso, deve extrair dele os dividendos favoráveis à comunidade de pessoas honestas.⁵

Damásio Evangelista de Jesus discorre que:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). ‘Delação premiada’ configura aquela incentivada pelo legislador, que *premia* o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.)⁶

Guilherme de Souza Nucci lembra que a delação tem sido alvo de críticas, pois estaria a incentivar uma “forma antiética de comportamento social”. É ele próprio, porém, quem arremata em seguida:

Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar co-autores e partícipes. No universo dos

5. Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/Lei%209613.pdf>. Acessado em 24/09/2007.

6. JESUS, Damásio de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2005. Disponível em: www.damasio.com.br. Acesso em: 14/08/2007.

seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por *leis* esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distantes dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. A rejeição à idéia da delação premiada constituiria autêntico *prêmio* ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhe a cisão, fomentando a delação premiada.⁷

Doutrina e jurisprudência brasileiras sempre se bateram acerca da validade da *chamada de co-réu*, que possui valor probatório.

É que, como é cediço, vige no Brasil o sistema do livre convencimento motivado onde, conforme bem sintetiza Luiz Flávio Gomes, “nenhuma prova tem valor absoluto. Todas possuem valor relativo. No entanto, o juiz é obrigado a fundamentar em que baseou seu convencimento.”⁸

Sob a égide da Lei n. 10.409/02, Renato Marcão escreveu que “É uma realidade já constatada o fato de que a legislação brasileira, de tempos para cá, vem alargando consideravelmente as molduras do consensualismo, inclusive e notadamente no campo do Direito Penal.”⁹

Embora a delação premiada seja instituto de recente introdução no direito brasileiro, já se conhece, há muito, a *chamada de co-réu*, onde um acusado, interrogado, confessa o delito e ainda o atribui a outrem que consigo agiu.

Camargo Aranha, discorrendo sobre o tema antes da Lei n. 10.792/03, que admitiu a intervenção no interrogatório, escreveu que a chamada de co-réu é

uma prova anômala, totalmente irregular, pois viola o princípio do contraditório, uma das bases do processo criminal. Como a

7. NUCCI, Guilherme de Sousa. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2006, p. 675-676.

8. GOMES, Luiz Flávio. Direito processual penal. São Paulo: RT, 2005, p. 184.

9. MARCÃO, Renato. Tóxicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591.

afirmativa surge no interrogatório, peça sem influência das partes, ou na ouvida policial, igualmente sem influência, deixa de existir o contraditório, pois o atingido nada pode perguntar ou reperguntar.

Mais à frente o mesmo mestre finaliza, porém, no sentido de que “a chamada de co-réu, como elemento único de prova acusatória, jamais poderá servir de base a uma condenação, simplesmente porque violaria o princípio constitucional do contraditório.”¹⁰

A crítica transcrita perde parte de sua força na medida em que, agora, as partes podem intervir diretamente no interrogatório, que se tornou um ato processual com contraditório.

Marcellus Polastri Lima informa que “sendo ratificada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, a chamada de co-réu pode ser elemento válido para embasar o convencimento judicial.”¹¹

Para Capez a delação, na parte referente à imputação, tem “o valor de prova testemunhal”¹²

Na abalizada lição de Julio Fabbrini Mirabete, “Não há dúvida, porém, que a delação é de grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial.”¹³

A bem da verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal possui o seguinte entendimento:

EMENTA: I – STF: competência originária para habeas-corpus contra decisão do STJ em recurso especial, limitada às questões nesse suscitadas.

Firme a jurisprudência do Tribunal em que, à vista da devolução restrita do recurso especial, o fundamento do **habeas-corpus** contra o acórdão que o haja decidido há que conter-se no âmbito da

10. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129-131.

11. LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumèn Juris, 2006, 2 v., p. 129.

12. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338.

13. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 289.

matéria devolvida ao Tribunal coator (cf. HHCC 85.858-ED, 1ª T., **Pertence**, DJ 26.08.05; 81.414-QO, 1ª T., **Pertence**, DJ 14.12.01; 75.090, 1ª T., **Pertence**, DJ 01.08.97 e precedentes neles referidos).

II. Pronúncia: motivação suficiente: C. Pr. Penal, art. 408.

1. Conforme jurisprudência do STF, a chamada de co-réus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação (v.g. HHCC 74.368, Pleno, 1º.7.97, **Pertence**, DJ 28.11.97; 81.172, 1ª T., **Pertence**, DJ 07.3.03; RHC 81.740, 1ª T., 29.03.05, **Pertence**, DJ 22.04.05).

2. Os precedentes, no entanto, não negam a validade da chamada de co-réus como elemento ancilar da decisão: o fato de não se prestarem como testemunhos ou como fundamentos suficientes para a condenação não afastam a sua validade como indícios, provisórios que sejam.

3. O caso é de pronúncia, para a qual se contenta o art. 408 C.Pr.Penal com a existência do crime 'e de indícios de que o réu seja o seu autor', ou seja, de elementos bastantes a fundar suspeita de autoria.

4. De qualquer sorte, a pronúncia não se ampara exclusivamente na chamada de co-réus, mas também nos depoimentos nela referidos, de validade não contestada e cuja suficiência para mantê-la, por sua vez, dependeria de juízo de ponderação a que não se presta o procedimento sumário e documental do **habeas corpus**.

(HC 90.708-3/BA, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.03.2007, DJ 13.04.2007, p. 103)

É certo concluir, pois, que o Supremo Tribunal Federal não admite a chamada de co-réu como *fundamento único* para a condenação. Não obstante, serve como prova auxiliar que, na análise de todo o conjunto probatório, e desde que amparada por outros elementos de convicção, pode sim servir para subsidiar um decreto condenatório.

É exatamente esse o caso da delação premiada que, é certo, não serve para condenar se for a única prova existente. Pode, entretanto, servir para, no conjunto das provas, com outros elementos que a amparem, formar a convicção do julgador e autorizar a condenação.

Como todas as provas, a delação premiada tem *força relativa*.

Vale conferir Damásio de Jesus:

A delação (não-premiada) de um concorrente do crime por outro, em sede policial ou em Juízo, denominada “chamada de co-réu” ou “confissão delatária”, embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente, desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório (STF, HC n. 75.226; STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276). Esse entendimento, objetado por parte da doutrina, ganhou reforço após o advento da Lei n. 10.792/2003, a qual garantiu à acusação e à defesa a possibilidade de solicitar ao Juiz o esclarecimento de fatos não tratados no interrogatório, conferindo-lhe natureza contraditória e, conseqüentemente, maior valor e credibilidade (art. 188 do CPP). O mesmo raciocínio deve ser aplicado à ‘delação premiada’: não se pode dar a ela valor probatório absoluto, ainda que produzida em Juízo. É mister que esteja em consonância com as outras provas existentes nos autos para lastrear uma condenação, de modo a se extrair do conjunto a convicção necessária para a imposição de uma pena.¹⁴

Assim, a delação premiada é válida à formação do convencimento, autorizando a condenação quando em consonância com outras provas.

Logo, apresenta-se a primeira natureza da delação premiada: prova.

Com efeito, Mougnot Bonfim leciona que *“A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.”*¹⁵

Ora, é de conhecimento geral que as partes (em especial o Ministério Público, a quem incumbe o ônus de provar o delito e a sua autoria) se valem da delação premiada para comprovar os fatos da causa. Trata-se, pois, de prova e, como tal, terá valor para a condenação.

Na sua utilização o Ministério Público e o Judiciário devem se pautar

14. JESUS, Damásio de. *Op. cit.*

15. BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 285.

pela irrestrita preservação dos direitos e garantias individuais, protegendo-se, destarte, o devido processo penal. E, na advertência de Rogério Lauria Tucci,

especifica-se o devido *processo penal* nas seguintes *garantias*: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.¹⁶

Rogério Schietti Machado Cruz, ao analisar as *regras mínimas para um devido processo penal*, assevera que deve ser tida a Constituição

como fonte-mor para a concretização do direito punitivo, e tomando-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) como referência permanente do operador jurídico (...) para a existência de um processo penal racional, democrático e de cunho garantista.¹⁷

Obviamente que a coleta de delação com a violação de qualquer garantia gera a sua invalidade, tornando-a ilícita.

Como lembrado por Alexandre de Moraes, “A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova.”¹⁸

Nessa esteira, convém lembrar a doutrina de Paulo Rangel:

(...) O juiz, embora tenha que dar a cada um o que é seu, encontra limites à liberdade da prova.

16. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 67.

17. CRUZ, Rogério Schietti Machado. Processo penal pensado e aplicado. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 16.

18. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 257.

O princípio da verdade real tem que estar em harmonia com a liberdade da prova e esta encontra limites no campo da admissão das provas obtidas por infringência às normas legais.

Veda-se, destarte, o depoimento colhido através da utilização de lie detector, tortura ou qualquer outro meio desumano ou degradante (cf. art. 5º, III, da CRFB), bem como a interceptação telefônica, colhendo informações comprovadas da prática de crime, sem a devida autorização judicial.

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).

A prova obtida por meios ilícitos enquadra-se na categoria da prova vedada, que, se admitida e valorada pelo juiz em sua sentença, acarreta a nulidade da mesma.¹⁹

Vencida esta questão, cumpre frisar que a Lei n. 9.807/99, que dispõe sobre a proteção a vítimas, testemunhas e acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, estabelece no art. 13 que “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que essa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.”

A mesma lei ainda estatui no art. 14 que “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá sua pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).”

19. RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Do art. 159, § 4º do Código Penal se extrai que, na extorsão mediante seqüestro, “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

Em casos de crimes contra o sistema financeiro nacional, o art. 25, § 2º da Lei n. 7.492/86 disciplina que “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).” É esta também a previsão do art. 16, parágrafo único da Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Já o artigo 8º, parágrafo único da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos) prevê que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

Por sua vez, a chamada Lei do Crime Organizado (n. 9.034/95), permite que “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

Na mesma esteira, a Lei n. 9.613/98, de Lavagem de Dinheiro, definiu no art. 1º, § 5º que “A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

A Lei de Drogas (n. 11.343/06) assegura no art. 41 que “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).”

Não se pode perder de vista que a Lei n. 8.884/94 disciplina o seguinte: “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública

ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” e ainda que (art. 35-C) “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

Pois bem, estas são as regras-mestras da questão na legislação brasileira, todas bastante recentes.

Da leitura dos dispositivos o estudioso do direito deverá, antes de mais nada, procurar reconhecer a natureza jurídica do instituto.

Nesse diapasão, percebe-se que a Lei n. 9.807/99 permite a concessão de perdão judicial (art. 13) ou a redução da pena de 1/3 a 2/3 (art. 14). Por suas vezes, o Código Penal, as Leis n. 7.492/86, 8.137/90, 8.072/90, 9.034/95, 9.613/98 e 11.343/06, somente permitem a redução da pena de 1/3 a 2/3.

Vale consignar, ao menos para efeito histórico, que a revogada Lei n. 10.409/02, que por pouco tempo disciplinou o procedimento relativo aos crimes de tóxicos, permitia até a não aplicação de pena (§ 3º do art. 32).

A Lei n. 8.884/94 permite, nos crimes contra a ordem econômica, a extinção da punibilidade com o completo cumprimento do acordo de leniência.

Dito isso, o que se tem por certo é que o complexo de leis vigentes não trata a delação da mesma maneira. A depender da matéria em pauta, a solução legislativa pode variar demasiadamente.

Na lição de Fernando Galvão:

A causa de diminuição apresenta a mesma natureza jurídica que a causa de aumento, sendo uma circunstância que autoriza uma di-

minuição de pena de acordo com parâmetros fixos ou variáveis previamente estabelecidos. Têm-se, assim, a descrição de uma circunstância e sua vinculação a uma diminuição de, por exemplo, um terço, um sexto, da metade ou de um a dois terços, ou de um sexto até a metade.²⁰

Nessa linha Fernando Capez lembra que causas de aumento e diminuição “São causas que aumentam ou diminuem as penas em proporções fixas (1/2, 1/3, 1/6, 2/3 etc.)”²¹.

A Lei n. 9.807/99 expressamente contempla hipótese de perdão judicial. No tocante a lavagem de dinheiro, onde é dado ao juiz deixar de aplicar a pena, Rodolfo Tigre Maia informa que “o dispositivo comentado avança ao acenar com a possibilidade de um perdão judicial”²². A lei que trata de ordem econômica a nosso ver criou mais uma causa de extinção da punibilidade não arrolada no art. 107, CP.

Dessa forma, a delação premiada tem *natureza jurídica mista*: a) é prova; b) dependendo da lei aplicável ao caso concreto, é causa de diminuição de pena ou causa extintiva da punibilidade (perdão judicial ou cumprimento do acordo de leniência).

2.1. A atuação do Ministério Público

Há que se sustentar, por fim, que cabe ao Ministério Público, conforme art. 127, *caput*, CF, defender a ordem jurídica, sendo sua primeira função institucional a promoção da ação penal pública (art. 129, I, CF), razão pela qual, sendo parte na ação penal e tendo ônus²³ a arcar, estando entre os mais graves a produção da prova, pode e deve lançar mão da delação premiada quando se fizer necessário.

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior, membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, diagnosticaram que o *Parquet* estava se limitando a reproduzir as provas constan-

20. GALVÃO, Fernando. Direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 768.

21. CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 1v, p. 412.

22. MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 106.

23. MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 259.

tes do inquérito, propondo, então, uma mudança de postura, adequada aos seus fins constitucionais. Disseram eles:

Entre os inquéritos instaurados e levados ao conhecimento do Promotor, é raro encontrar os que tenham por objeto a apuração de alguns dos mais perniciosos “ramos” da criminalidade, sobretudo daqueles que levam à profissionalização do delinqüente e à formação de quadrilhas (tráfico de entorpecentes, receptação, crimes de “colarinho branco”, corrupção ou prevaricação, jogo do bicho, roubo organizado de automóveis e cargas etc.).

Por outro lado, o Ministério Público não dispõe de quaisquer meios para interferir na produção da prova nos feitos criminais (isto é, naquela minoria de casos criminais investigados, normalmente chamados de “delitos de bagatela”), limitando-se a tentar reproduzir em juízo a prova que recebeu no bojo do inquérito policial.

Não dispõe, tampouco, de mecanismos eficientes de controle da atividade policial. Ao contrário do que acontece em outros países, no Brasil; inexplicavelmente, a atividade da polícia judiciária é desenvolvida de forma absolutamente independente e estanque, sem qualquer orientação ou acompanhamento por parte do Ministério Público, que é o destinatário natural e exclusivo do resultado da investigação!

Essas circunstâncias concorrem para determinar a despersonalização e burocratização da atuação do Ministério Público na área criminal, com sua conseqüente sensação de impotência para interferir eficazmente na repressão ao crime e distanciamento da elaboração legislativa penal e processual penal.

(...) com o intuito de “dar personalidade” à atuação do promotor de justiça criminal, seria indispensável que ele passasse a interferir mais diretamente na repressão ao crime: *cabê-lhe assumir, concretamente, o papel de órgão promovente, responsável pela produção da prova, isto é, comprometido, sobretudo, com a instrução dos feitos que levou a Juízo e com o efetivo cumprimento da pena pelo condenado.*²⁴ (Grifamos).

24. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.); GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária Elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. In Ministério Público: instituição e processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29-30.

Lembre-se que, como dito por Denise Neves Abade:

... o “direito à prova” é de titularidade das partes em geral, podendo o magistrado produzi-las *ex officio* de modo subsidiário e respeitando o princípio da presunção de inocência.

Assim, o abandono do rito inquisitório e *consagração do sistema acusatório* no nosso ordenamento processual penal, com a consequente imparcialidade do Juízo, além das garantias da ampla defesa e presunção de inocência, permitem uma interpretação mais abrangente do artigo mencionado, estendendo-o ao *direito das partes de produzir todo o tipo de prova lícita*.

Além disso, a legislação processual penal brasileira expressamente reconhece às partes a iniciativa probatória (artigos 42, 395, 399, 400, 417, § 2º, 421 e 499) e a produção de provas (artigos 219 e 467).

De fato, o nosso sistema processual penal, ao internalizar o Pacto de San José da Costa Rica, atribuiu às partes o direito de produzir provas e indicá-las ao juiz.²⁵

Ora, não se pode cometer ao Ministério Público a árdua função de ser o titular privativo da ação penal pública e não lhe conferir o direito de produzir provas, entre elas a delação premiada.

Logo, entendemos perfeitamente possível que o *Parquet* faça uso do acordo de delação premiada.

Por óbvio não lhe competirá dizer no acordo de quanto será reduzida a pena ou se será concedido o perdão judicial ao delator. Tais atos incumbem exclusivamente ao juiz, na sentença, quando da aplicação da sanção.

Entretanto, cabe ao Ministério Público a celebração do acordo de delação, deixando expresso, por exemplo, que o réu colaborou com as investigações, indicou os demais co-autores, permitiu a libertação da vítima com vida ou o resgate dos bens, direitos ou valores etc., razão pela qual, ao final do processo, comprovadas as alegações, *proporá* a redução da pena.

25. ABADE, Denise Neves. Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 158-159.

Não se pode negar que reconhecendo o titular da ação penal a ajuda prestada pelo delator, o Poder Judiciário, embora a isso não se vinculando, tenderá a também reconhecer o direito à redução.

3. Conclusão

Feitas todas essas considerações, conclui-se que:

1) a delação premiada é instituto recente no Brasil, constando em diversas leis, seguindo uma tendência mundial para o desbaratamento de crimes violentos e organizados e, especialmente, para o combate à lavagem de dinheiro;

2) a delação premiada possui natureza jurídica mista, a) é prova; b) dependendo da lei aplicável ao caso concreto, é causa de diminuição de pena ou causa extintiva da punibilidade (perdão judicial ou cumprimento do acordo de leniência);

3) a delação premiada possui valor probante relativo. Não autoriza, por si só, a condenação, devendo vir corroborada por outras provas;

4) o Ministério Público, especialmente por ser o titular da ação penal pública e ter o dever de preservar a ordem jurídica e o regime democrático, tem atribuição para celebrar acordo de delação premiada.

Referências

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot.. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 1v.

- _____. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2006, 4v.
- _____. **Curso de processo penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO, Marcelo. Frágil como papel. **Veja.** São Paulo, vol. 2021, n. 32, p. 72, ago. 2007.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Processo penal pensado e aplicado.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.). **Ministério Público: instituição e processo.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GALVÃO, Fernando. **Direito penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- GOMES, Luis Flávio (coord.). **Nova lei de drogas comentada.** São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Direito processual penal.** São Paulo: RT, 2005.
- _____. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01?** Disponível em <http://www.blogdoflg.com.br/article.php?story=20041008101145566&query=crime%2Borganizado>, acessado em 24/09/2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 8. ed. Niterói: Impetus, 2007, 1 v.
- _____. **Curso de direito penal.** Niterói: Impetus, 2006, 3v.
- GRECO FILHO, Vicente, RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:**

Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

JESUS, Damásio de. **Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2005. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em 14/08/2007.

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 1v.

_____. **Curso de processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 2v.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
_____, SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: RT, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Eduardo Araújo da. Instrumento jurídico: delação premiada é arma poderosa contra o crime organizado. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/37920,1>. Acesso em 14/08/2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

O dano moral coletivo no direito brasileiro

Weruska Rezende Fuso*

RESUMO

O Direito está em constante evolução e as mudanças têm conduzido ao primado claro do coletivo sobre o individual, repercutindo, inevitavelmente, na teoria do dano coletivo. A doutrina e a jurisprudência passam a discutir as primeiras noções de danõ moral coletivo, visto que a coletividade também tem um patrimônio valorativo passível de violação. O ordenamento jurídico brasileiro está razoavelmente munido de instrumentos para a defesa do dano moral coletivo, sendo a Ação Civil Pública a via processual adequada de garantia de sua tutela.

*Promotora de Justiça Titular da 3º Promotoria de Justiça de Porto Nacional, Especialista em Direito Civil, Processo Civil e em Direito do Consumidor pela Fundação Universidade do Tocantins (UNITINS)

1. Introdução

Na medida em que uma obrigação é descumprida, nasce para o credor o direito de obter seu cumprimento coativo, que é justamente o provimento judicial para fazer com que o devedor seja compelido à execução específica, entregando a coisa devida ou realizando o fato, ou desfazendo o que se deveria abster. Não sendo isto possível, converte-se a prestação em perdas e danos.

A doutrina considera que o fundamento da reparação do dano está no erro de conduta do agente, incluindo-se também como requisitos a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.

Sem dano não há que se falar em responsabilidade civil, pois o direito à reparação surge com a ocorrência do dano. Na moderna doutrina da responsabilidade civil não se destaca mais a noção de ato ilícito, mas sim a de ato injusto, o que ampliou consideravelmente sua esfera de aplicação.

Este trabalho se presta a examinar de maneira sistemática o dano moral coletivo no direito brasileiro, partindo da conceituação jurídica de dano moral individual e coletivo e de sua caracterização na teoria da responsabilidade civil, passando pelas hipóteses de ocorrência, com citação de jurisprudência afeta, e finalizando com a abordagem dos instrumentos de tutela processual do dano moral coletivo.

Ademais, busca-se uma análise das profundas transformações por que vem passando o direito, através da socialização de seus institutos. De fato, o direito como um todo, e com o Direito Civil não tem sido

diferente, está sofrendo profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia, das ciências e demais alterações da sociedade.

Desta forma, podemos afirmar que todas essas mudanças têm conduzido o Direito ao primado claro do coletivo sobre o individual, e como não poderia deixar de ser, tais movimentos refletem na teoria do dano moral, dando origem à figura do dano moral coletivo, objeto específico deste trabalho.

2. Conceituação de dano moral individual e coletivo

O dano consiste na lesão sofrida não só na esfera patrimonial, mas também na esfera moral de seu titular. Logo, concluímos que o dano pode ser dividido em patrimonial e moral de acordo com o critério dos reflexos produzidos na esfera jurídica atingida, conforme lição de CARLOS ALBERTO BITTAR;

Permite essa classificação alcançar-se o âmago da composição da teoria do dano, dividindo-se este em material ou moral, consoante se manifeste no aspecto patrimonial (ou pecuniário) da esfera jurídica lesada. Com isso, têm-se em conta as duas facetas básicas da esfera jurídica dos entes personalizados, a material e a moral, compreendida na primeira o acervo dotado de economicidade, na segunda, o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade. A separação pela patrimonialidade, ou não, do reflexo produzido na esfera atingida põe em evidência, de imediato, a bipartição do contexto valorativo que interessa ao Direito: o da pecuniariedade e o da moralidade. Inserem-se, no primeiro, os valores dotados de expressão pecuniária, ou aferição econômica e, no segundo, os que exauram na esfera mais íntima da personalidade, ou seja, na linha dos componentes sentimentais, valorativos, no âmbito da intelectualidade e no da vontade (aptidão de entender e atitude de querer), com as diversas manifestações possíveis. (1993, pp. 30 e 31)

Partindo especificamente para a análise do dano moral, podemos defini-lo como o resultado de uma ação injusta contra os bens imateriais, tanto da pessoa física como da jurídica, do qual não é possível uma quantificação pecuniária precisa.

Em bem traçada síntese, Yussef Said Cahali caracteriza o dano moral da seguinte forma: “.. a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra.” (1980, p. 20)

O mesmo autor completa seu raciocínio dizendo que há dano que afeta a parte social do patrimônio moral (imagem) e o dano que diz respeito a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza).

Em seu magistério, Maria Helena Diniz definiu o dano moral em direto e indireto, sendo o primeiro a lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família), e o indireto seria a lesão que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima, v.g. perda de coisa com valor afetivo, como, por exemplo, de um anel de noivado (1993, p. 66).

Os fundamentos da reparação por danos morais, segundo ensina Caio Mário da Silva Pereira: “(...) está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos.”(2000, não paginado.)

Inicialmente a possibilidade de existência do dano moral encontrou resistência por parte de alguns autores, os quais partiam dos argumentos de que a dor não admite compensação pecuniária, de que não é possível avaliar o dano moral (*pretium doloris*), da dificuldade de descobrir-se a existência do dano, da efemeridade do dano moral, bem como do escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro.

Atualmente o dano moral é aceito com tranqüilidade pela doutrina e jurisprudência, restando sua previsão de indenização incluída na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, V e X.

Outros textos legais dispõem sobre a possibilidade de indenização

do dano moral, tal como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 6º, VI), o Código Civil (Lei 10.406/02, art. 186), além de outros diplomas até mesmo anteriores à Constituição de 1988, como o Código Brasileiro de Telecomunicações ((Lei 4.117/62, art. 99), Lei de Imprensa (Lei 5.250/67, art. 49, I, c/c art. 16, II e IV), o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), entre outros.

Neste contexto, a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado, sendo de todo dispensável a necessidade de prova. Ao juiz cabe a identificação, em concreto, do dano sofrido, competindo ao mesmo a fixação da reparação cabível, a qual poderá ser, em regra, pecuniária, mas nada impede sua possibilidade de ser não pecuniária, ou de ambas as naturezas.

Confere-se ao arbítrio do juiz a responsabilidade de estabelecer o valor da indenização, valendo-se de certos fatores admitidos, principalmente pela doutrina e jurisprudência, os quais se relacionam ao caso concreto, tais como; a gravidade da lesão, a posição das partes e sua situação econômica, além de alguns previstos expressamente pela lei.

A par disso, certas leis, como a Lei de Imprensa, traçam critérios identificadores da indenização cabível, auxiliando a tarefa dos julgadores, tudo acompanhado da ação da doutrina e da jurisprudência, formando-se um acervo considerável

Na reparação pecuniária prospera a tese da exasperação da indenização devida, em razão do vulto do direito atingido, assumindo força inibitória para permitir que se alcance efetivo sancionamento do lesante e desestímulo à sociedade para novas lesões.

A doutrina estabelece alguns lindes da teoria do dano moral em sua configuração mais recente, quais sejam; a) responsabilidade pelo simples fato da violação; b) outorga ao juiz de poderes para a definição da reparação cabível; c) acolhimento de certos fatores como de relevo na determinação da reparação; d) admissão de novas formas de reparação; e) fixação de valor de desestímulo como reparação pecuniária; f) submissão do agente à prestação de serviços na reparação não-pecuniária; g) cumulatividade das reparações por danos morais e patrimoniais.

Durante muito tempo a aceitação da tese da reparabilidade do dano

moral no Brasil se restringia à pessoa física, concepção esta que passou a ser revista com o advento da Constituição Federal de 1988, haja vista a mesma não ter feito qualquer distinção entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Atualmente encontra-se pacificado nos Tribunais a possibilidade da pessoa jurídica sofrer danos morais, tanto que o STJ editou a Súmula 227.¹

No mesmo sentido, o Código Civil (Lei 10.406/02), ao tratar das pessoas jurídicas, estabeleceu em seu art. 52 que *“aplicam-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”*.

Referida abordagem faz-se necessária, pois foi a partir da aceitação da reparabilidade do dano moral em face das pessoas jurídicas, quanto à honra objetiva, que se passou a cogitar a tese do dano moral coletivo em relação à coletividade, visto que esta, da mesma forma que a pessoa jurídica, possui valores morais e um patrimônio ideal a receber a proteção do Estado.

Da mesma forma que o indivíduo, a coletividade, formada pelo conjunto de indivíduos, também tem valores comuns. É importante que se estabeleça que estes valores não são os mesmos valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente considerados. Os valores em questão referem-se à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. São valores do corpo social, que possuem caráter nitidamente indivisível. Sobre os interesses essencialmente coletivos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, escreve:

Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário

1. Súmula 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

a satisfação de todas; e reciprocamente, a lesão de um só constitui *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. (1984, p. 195)

Estabelecido que a coletividade tem valores a serem tutelados, faz-se necessária a definição do dano moral a que a mesma poderá se sujeitar. A este respeito, o jurista CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO define:

... o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. *Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.* Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (grifo nosso) (1994, p. 82)

Como valores coletivos, podemos citar os enumerados no art. 1º, incisos I a III, da Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85), ou seja, os relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A doutrina também colaciona outros exemplos de dano moral à coletividade, como a ofensa aos valores e credos de determinada religião (judaica, muçulmana, católica, espírita, etc.) ou promover a discriminação de uma determinada comunidade (negra, oriental, indígena, etc.).

Outro valor coletivo passível de dano moral é a dignidade nacional, consistente nos símbolos da República Federativa do Brasil, a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais².

O certo é que existem outros valores coletivos de igual importân-

2. Constituição Federal, art. 13 (...) § 1º São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

cia que poderiam ser passíveis de violação. A honra, por exemplo, tanto a objetiva (a reputação e o respeito de que se desfruta no meio social em que se vive) quanto a subjetiva (estima que cada qual tem de si próprio, ou seja, sentimento pessoal da própria dignidade, ou de seu valor social), poderia ser passível de violação coletiva.

Tal assertiva deve-se ao fato de que a coletividade, como agrupamento de pessoas, da mesma forma como ocorre com os indivíduos, também deve ser respeitada nas relações com outras coletividades, ou outro indivíduo, ou mesmo com pessoas jurídicas (honra objetiva), possuindo também valores morais, como a auto-estima, o orgulho, entre outros.

2.1 Das hipóteses de incidência do dano moral coletivo e da jurisprudência correlata

As hipóteses exemplificativas de ocorrência de dano moral coletivo são elencadas por Rogério Tadeu Romano:

- a) veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores;
- b) comercialização fraudulenta de gêneros alimentícios, pondo-se em risco a saúde da população;
- c) sonegação de medicamentos essenciais, com vistas à forçar-se o aumento de seu preço;
- d) fabricação defeituosa de produtos e sua comercialização, ensejando lesões aos consumidores;
- e) monopolização ou manipulação abusiva de informações, atividades ou serviços, com efeitos prejudiciais aos interesses da coletividade;
- f) destruição de bem ambiental, comprometendo-se o equilíbrio do sistema e gerando conseqüências nefastas ao bem estar, saúde ou à qualidade de vida da comunidade;
- g) divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem ou a consideração de certas comunidades ou categorias de pessoas;
- h) discriminação em relação ao gênero, à idade, à orientação sexual, à nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfer-

midades, ou aos integrantes de determinada classe social, religião, etnia ou raça;

i) dilapidação e utilização indevida do patrimônio público, além da prática de atos de improbidade administrativa que, pela dimensão, causam repercussão negativa na sociedade;

j) deterioração do patrimônio cultural da comunidade;

k) deficiências ou irregularidades injustificáveis na prestação de serviços públicos (transporte coletivo, limpeza urbana e comunicações) resultando transtornos à comunidade;

l) exploração de crianças e adolescentes no trabalho;

m) submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida;

n) descumprimento de normas trabalhistas básicas de saúde;

o) prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores;³

Segundo o mesmo autor, o dano moral coletivo pode não ter como pressuposto indispensável qualquer espécie de dor, uma vez que, sendo uma lesão extrapatrimonial, pode referir a qualquer bem jurídico. Neste sentido já se decidiu que o dano extrapatrimonial coletivo não se funda na dor, mas numa lesão de caráter não econômico, recaindo sobre bens de caráter cultural ou ecológico (TJSP, 3º Câmara Cível, AC 163.470 – 1/8, rel. Des. Silvério Ribeiro, v.u. j. 16.06.1992).

Em voto vencido do Recurso Especial n.º 598.281 – MG, o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, do STJ, lecionou de maneira excepcional acerca do Dano Moral Coletivo:

“ 5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patri-

3. Dano Moral Coletivo Aspectos Processuais, http://www.jfn.gov.br/doutrina/doutrina_227.pdf, p. 3

mônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso e coletivo – v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g.: a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir o dano patrimonial e o moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei 8.884/94 introduziu alterações na LACP, segundo a qual restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.⁴

Como se vê em sede jurisprudencial, o tema é polêmico, não havendo ainda em nossos tribunais superiores um posicionamento con-

4. Recurso Especial n.º 598.281 do Superior Tribunal de Justiça (2003/0178629-9), Relator Ministro Luiz Fux, DJ 01.06.2006, p. 147 Decisão: 02/05/2006.

sentâneo à garantia dos direitos metaindividuais. Existe um pensamento equivocadamente de interpretação patrimonialista e individualista que dificulta a identificação do dano moral coletivo. Utiliza-se o parâmetro da “dor” e do “constrangimento”, os quais são essencialmente individuais. Para aferição do dano moral coletivo não se deve levar em conta unicamente estes aspectos, mas sim um círculo de valores coletivos.

Na hipótese do dano ambiental, por exemplo, não se considera apenas a lesão ao equilíbrio ecológico, pois outros valores precípuos da coletividade a ele ligados também são atingidos, tais como a qualidade de vida e a saúde. Ressalta-se que o meio ambiente é caracterizado pela interdependência e pela interação dos vários seres que o formam, razão pela qual os resultados de cada ação nociva contra a natureza são agregados a todos os danos ecológicos já causados, decorrendo um efeito nocivo maior a toda a coletividade.

Da mesma forma como ocorre com o meio ambiente, no direito do consumidor a publicidade abusiva, discriminatória, também é capaz de violar a honra coletiva de toda uma comunidade, como a negra, a judaica ou a indígena, ferindo o orgulho sentido por todos os seus membros de forma coletiva.⁵

Nesta seara consumerista, colaciono importante decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Ap. Cível n.º 5943/94, 2º Câmara, TJRJ, Relator designado Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, quando lembra que o Código de Defesa do Consumidor coloca entre os direitos básicos do consumidor (toda pessoa física ou jurídica) a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos.

Neste sentido, a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, VI e VII, previu a possibilidade de reparação dos danos materiais ou morais tanto do

5. Publicidade Abusiva Discriminatória - Lei 8.078/90, art. 37, § 2º, definida por ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS BENJAMIN: “A publicidade discriminatória – É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas”, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 353.

indivíduo como dos danos coletivos, que atinjam um grupo de pessoas. Admite-se que os entes coletivos possam ser atingidos moralmente, assegurando-lhes a indenização correspondente.

2.2. Instrumentos processuais de tutela do dano moral coletivo

Como instrumento processual de participação democrática, a Ação Civil Pública é o meio mais adequado à defesa dos valores coletivos, encontrando-se disciplinada na Lei 7.347/85, com as modificações posteriores, além da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 90).

No art. 1º, da Lei 7.347/85, encontram-se expressos os valores a que a mesma se presta a defender, constando no inciso IV a regra aberta, onde qualquer outro interesse difuso ou coletivo poderá ser tutelado por esta via.

Em outros diplomas legais existem previsões de utilização da Ação Civil Pública, como é o caso da Lei 7.853/89 (com relação às pessoas portadoras de deficiência), em benefício dos titulares e investidores nos mercados de valores mobiliários (Lei 7.913/89), a criança e o adolescente (Lei 8.069/90) e a probidade administrativa (Lei 8.429/92).

Desta forma, tutelam-se através da Ação Civil Pública os *interesses ou direitos difusos*; transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares as pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC, art. 81, parágrafo único, I); os *interesses ou direitos coletivos*; os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária com uma relação jurídica base (CDC, art. 81, parágrafo único, II); os *direitos individuais homogêneos* (incluídos pela Lei 8.078/90); que são os direitos vinculados à pessoa, de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum, pois decorrem do mesmo fato, desde que haja interesse público e relevância social (segundo entendimento do STJ).

Os danos referidos pela Lei 7.347/85 são os patrimoniais e os morais. No caso dos danos patrimoniais incluem-se os de caráter

emergente (prejuízo efetivo), diretos e imediatos e os lucros cessantes. A tutela ressarcitória exige, em regra, a comprovação do dolo ou culpa.

O art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor passaram a permitir a postulação da tutela ressarcitória em sua forma específica (obrigação de fazer, seja fungível ou infungível), tudo através do mandamento do juiz, sob pena de multa, além da executiva (obrigação de fazer de outrem, às expensas do réu), podendo ser cumuladas com pedidos de antecipação dos efeitos da tutela.

No que se refere à legitimação, ressalta a importância do Ministério Público, haja vista o elenco das funções institucionais do órgão estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Os demais legitimados concorrentes são a União, Estados e Municípios, autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação constituída há pelo menos um ano, e que inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.⁶

Ressalta-se, conforme ensina MANZZILLI (2002, p.251), que a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva. Segundo seu magistério, é concorrente porque qualquer uma das entidades nominadas no art. 5º da Lei 7.347/85 podem postular em juízo a defesa dos interesses transindividuais, e disjuntiva porque não há obrigatoriedade de comparecer em litisconsórcio.

A reparação moral deve se utilizar dos mesmos instrumentos da reparação material, já que os pressupostos (dano e nexos causal) são os mesmos, devendo a destinação de eventual indenização ser revertida ao Fundo Federal de Direitos Difusos, previsto na Lei 7.437/85.

Ressalta-se que a compensação do dano moral coletivo não substitui e tampouco exclui a reparação individual, pois baseiam-se em pers-

6. Lei 7.347/1985, art. 5º.

pectivas totalmente distintas. No primeiro se indeniza a coletividade em razão da violação dos valores pertencentes ao grupo, enquanto no segundo se compensam os danos sofridos pelo indivíduo.

No dano moral coletivo, da mesma forma que no dano moral individual, a responsabilidade independe de culpa, decorrendo do próprio fato da violação como expressão do desenvolvimento da responsabilidade objetiva. A posição da doutrina no Brasil, neste sentido, é de que o regime jurídico baseado na culpa não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses coletivos e difusos, admitindo-se que, em tal sede, a responsabilidade seja objetiva no que concerne aos interesses metaindividuais.

3. Conclusão

Durante muito tempo a aceitação da reparação do dano moral sempre esteve restrita às pessoas naturais e individualmente consideradas, primando-se pela idéia clássica, no direito civil, do individual em detrimento do coletivo.

A teoria da responsabilidade civil tem dado passos importantes em relação à coletivização, da mesma forma como o Direito também tem se mostrado receptivo a novas concepções que priorizam o coletivo a despeito do individual.

É necessário que se compreenda que a noção unicamente patrimonialista e individualista dada às indenizações por dano moral deve ceder espaço também para a novel teoria do dano moral coletivo.

Previsão legal e instrumentos para a tutela da lesão na esfera moral de uma comunidade, o nosso ordenamento jurídico já dispõe, é preciso que a doutrina e a jurisprudência abram caminho definitivamente para o tema, o qual trará como consequência uma ordem jurídica mais justa e eficaz.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor** n.º 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out-dez. 1994.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral e Indenização**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Fôrense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, em temas de direito processual (Terceira Série)**, São Paulo: Saraiva, 1984.

NEGRÃO, Theotônio; José Roberto F. Gouveia. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Dano moral coletivo: aspectos processuais**. disponível em <http://www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina227.pdf>.

O direito à educação como forma de alcançar a cidadania e combater as desigualdades nacionais

Angelita Messias Ramos*

RESUMO

Considerando o papel da educação no alcance da cidadania e combate às desigualdades, este trabalho apresenta uma breve análise sobre a educação pública oferecida pelo Estado brasileiro, vista sob a ótica educacional assegurada na Constituição Federal, trazendo informações sobre a institucionalização dos mecanismos garantidores de uma inclusão educacional, que deve, necessariamente, vir atrelada ao compromisso com um projeto político-pedagógico de qualidade para todos, já que o direito à educação permite que a cidadania seja, de fato, alcançada.

*Analista ministerial da 25ª Promotoria de Justiça da Capital e especialista em Direito Público.

1. Introdução

A busca do bem de todos, também chamado bem comum, passa pela busca da igualdade ou isonomia, que determina o convívio de todos sem discriminações. Neste caso, não deve vigorar outro posicionamento, senão o de que devem ser oferecidas oportunidades iguais para aptidões iguais, dentro de critérios objetivos e razoáveis. É essa a idéia contida na noção de igualdade diante da lei e da sociedade.

O preâmbulo da atual Constituição brasileira demonstra a preocupação em se assegurar e garantir o bem estar de todos, definido no texto constitucional como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de todas as controvérsias.

Patrocinar a igualdade quando a questão envolve educação exige que se faça uma rigorosa análise sobre a educação pública oferecida pelo Estado brasileiro. Ao contrário do que se costumou considerar, o acesso à educação não se faz de forma igualitária, abrangendo todas as classes sociais brasileiras. Ainda que avanços tenham sido conseguidos ao longo da história educacional brasileira, o número de pessoas fora da escola ainda é muito elevado. Além disso, a escola pública brasileira, da forma como está organizada nos dias de hoje, não consegue fornecer o ensino adequado à formação de um profissional capaz de atender aos anseios de um país em busca de seu desenvolvimento. Oferecer igualdade de oportunidades educacionais demanda que seja feita uma institucionalização dos mecanismos garantidores da inclu-

são, devendo vir atrelada ao compromisso com um projeto político-pedagógico de qualidade para todos.

É necessário que se dê destaque às diferenças regionais e sociais, ainda que tais diferenças não sirvam para a justificação de uma ausência de equidade, visto que compreender a diferença, com sabedoria e generosidade, torna-se essencial na luta por essa equidade. A desigualdade se reproduz quando se trata de forma igual aos desiguais.

A proposta de criação de um sistema diferenciado de quotas étnicas definidas para o ingresso em instituições de ensino superior, onde a população afrodescendente, juntamente com a população indígena, teria reservado um percentual de vagas dentre as vagas totais oferecidas pelas universidades brasileiras serviu como ponto de partida para esta breve análise sobre a utilização do direito à educação como forma de patrocinar o alcance da cidadania no oferecimento dos meios adequados ao combate das desigualdades nacionais.

2. Noções históricas sobre educação e a escola

Educar tem se mostrado como um dos meios pelos quais os grupos humanos vem conseguindo assegurar sua sobrevivência. Já nas sociedades primitivas era possível encontrar formas rudimentares de educação, feita como uma tarefa coletiva, cabendo aos adultos iniciar as crianças e os jovens nos códigos e valores do grupo, levando-os à adoção de comportamentos determinados, chegando até a facilitar-lhes o desempenho de papéis predeterminados em sua estrutura social.

O avançar das sociedades transformou a educação em uma atividade setorizada, passando a ser realizada por especialistas. De uma tarefa difusa, exercida por todos, tornou-se uma prerrogativa de algumas pessoas, os professores, mestres, e, em geral, passou a ser concentrada em lugares específicos.

As concepções de Sócrates, cujos ensinamentos ficaram conhecidos por fontes indiretas, principalmente os escritos de Platão, trazem de antemão um dos principais embates pedagógicos, repetido ainda nos dias de hoje. Opondo-se aos sofistas, educadores profissionais de sua época, Sócrates acreditava que o objetivo da educação era a transmissão do conhecimento desinteressado, cuja finalidade maior era a

preparação do homem rumo ao caminho da virtude, em busca da sabedoria. É possível dizer, de uma maneira resumida, que Platão e Aristóteles passaram à história como os pólos fundadores e opostos do pensamento ocidental, já que Platão aproxima-se do idealismo, concentrando-se nas idéias, que são objetos imutáveis e eternos do pensamento, servindo para explicar a aquisição de conceitos, a possibilidade de conhecimentos e o significado das palavras, enquanto que Aristóteles aproxima-se do realismo, dando destacada atenção às coisas, conforme Nova Enciclopédia Folha (1996, p. 771-896).

Com o chegar da Idade Média, período em que o Cristianismo dominou o mundo das idéias, percebe-se que o platonismo (que a partir dessa época passou a ser chamado de neoplatonismo), após adaptações, foi aceito pelo Cristianismo, que se identificou com os ideais de perfeição, transcendência e revelação da verdade, que podiam ser relacionados ao Deus cristão. Nessa mesma época, o pensamento aristotélico ficou relegado a um segundo plano, vindo a ressurgir no final da Idade Média, com a invasão dos mouros, que haviam preservado os ideais de Aristóteles. Neste período, São Tomás de Aquino criou uma revolução no pensamento escolástico ao adaptar o aristotelismo à doutrina religiosa de sua época, introduzindo o princípio da disciplina intelectual e a noção de que era possível atingir o conhecimento, a felicidade e a virtude por meio da razão, e, portanto, do estudo. Assim, a importância de São Tomás de Aquino para a evolução da educação se faz notar, já que foi sob a influência do uso da razão que começaram as pressões sob a Igreja para que esta estendesse a educação aos leigos pobres.

No Século 14, com o enfraquecimento do Feudalismo perante os Estados nacionais, as universidades, ainda que fiéis à teologia, começam a dar espaço ao conhecimento científico. É desta fase a noção de que a criança é um ser com natureza própria. A escola torna-se um local de expansão do espírito e aprendizado do “fazer”. A Reforma Protestante iniciada por Martinho Lutero foi uma das mais célebres rupturas dos sistemas políticos e sociais com a Igreja, que, ao tempo de Lutero, não tinha território determinado, mas era organizada tal qual um Estado. O monarca era o papa, os príncipes os prelados e os súditos, toda a cristandade ocidental. Havia assembleias legislativas nos concílios ecumênicos, uma constituição no direito canônico, tri-

bunais judiciários e uma agência fiscal na Cúria. Fazia a guerra, discutia tratados e arrecadava impostos, conforme Edith Simon (1971, p. 35). Influindo profundamente na educação, já que um de seus pilares era a livre interpretação da Bíblia, a Reforma veio a valorizar a alfabetização e o ensino de línguas, e o mais importante, veio a permitir o acesso de todos a esse conhecimento, dando origem ao conceito de utilidade social da educação.

No Século 17, durante o triunfo do Absolutismo como forma de governo, a religião e o racionalismo tentavam conviver com a educação. Os grandes filósofos dessa época utilizavam a razão como vinda de um sopro divino, sendo a única certeza do homem em sua vida na Terra. Com o fim deste século, originou-se o Liberalismo, que expressou a convicção de que as idéias nascem da experiência e não são inatas do ser humano. Com isso, a educação passa a ser vista como formadora de caráter e intelecto, tornando-se, ainda que em princípio, um direito de todos, com o chegar do “Século das Luzes”. É a Idade Moderna assumindo o comando das evoluções, colocando o homem como um ente individualizado, no centro de suas aspirações. Consagram-se os direitos civis, dos quais se sobressai, principalmente, o direito à igualdade, paladino das lutas para o combate de toda e qualquer forma de discriminação. Defende-se o ir e vir e a igualdade de oportunidades. Criam-se leis racionais que vem servir para a realização dos interesses de todos e para evitar que o indivíduo se submeta a um universo passional. A instrução, obtida por meio da educação, abre o caminho para a igualdade entre os homens.

Surge o Estado, cuja definição trazida pelo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa é o organismo político-administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado e é dirigido por um governo próprio, se constituindo em pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida. E é através dele que a escola tornou-se a instituição responsável por garantir que ocorrerá uma homogeneidade entre os cidadãos, servindo como modo de diferenciação entre cada um. A sociedade aparece como materialização da consciência coletiva. Surge a noção de que a educação deve ser gratuita, obrigatória e laica, enquanto construtora da nacionalidade e cidadania de um país. Apregoava-se o ideal de uma escola baseada na igualdade de oportunidades, no interior da qual nascia

a democratização da sociedade, embora a Revolução Industrial, com seus conflitos sociais, provenientes da exploração do trabalho, tenha introduzido interferências à evolução educacional, trazendo uma nova idéia: a transformação.

As idéias marxistas se fazem notar fortemente nessa fase, embora seja possível concluir, conforme a Grande Enciclopédia Barsa (2004, p. 277) que tanto o marxismo, que com sua pretensão de constituir um instrumento transformador da sociedade ultrapassou a simples classificação de escola filosófica, quanto a psicanálise, que, ao contrário, somente pretendeu em princípio ser uma teoria e uma terapia psicológica, exerceram influência poderosa no pensamento filosófico contemporâneo. Essa transformação coloca na classe operária a tarefa de ser o caminho para o progresso. Nessa fase, é possível dizer que a educação adiciona a si, além de um direito individual, o espectro de um direito social. Cria-se uma ampla ligação entre trabalho e educação. Surge o Estado educador, originador do direito social à instrução.

A partir de 1920, o Brasil começa a figurar como portador de ideias de alcance internacional. Aliando um método centrado na confiança do potencial do “outro” com o reconhecimento da exclusão social, surge Paulo Freire, cujo pensamento reconhece a necessidade da inclusão sócio-educacional através de uma pedagogia em que o respeito e a conscientização dos caminhos aparecem como algo real. E, embora tenham ocorrido grandes transformações com o chegar do Século XXI, os avanços no campo científico, os novos processos de produção e da rede mundial de computadores, a rapidez em se proceder a uma revisão dos conhecimentos mostra que a escola ainda é uma instituição contemporânea, principal responsável por uma formação crítica, democrática e cidadã. Mostra que a escola deve ser competente naquilo que se propõe a fazer, sendo a síntese das múltiplas determinações que o mundo de hoje exige do professor e dos estudantes. Ela deve pensar-se dentro e fora de seus muros, interagindo com a sociedade que a cerca e a mantém, reforçando o conceito de educação continuada, capaz de tornar o professor um profissional atualizado com as diversas redes de conhecimento. Deve aceitar e fazer valer seu papel de centro de educação e cidadania, não ignorando sua importância para a sobrevivência da educação, do Estado, da família e da legislação.

3. Educação: um direito constitucional assegurado

Um dos maiores desafios no campo da educação atual é garantir que haja uma igualdade de acesso aliada a uma educação de qualidade. Levar uma educação de qualidade para todos os rincões do país tem exigido uma redefinição das políticas educacionais a serem adotadas a fim de firmar um compromisso com a inclusão e a qualidade do ensino.

Tida como um processo continuado, a educação atualmente carece de um planejamento estratégico, uma atuação integrada e ações permanentes que venham a envolver todo o universo escolar, composto por dirigentes, professores, especialistas, profissionais da educação em geral e organismos oficiais, forças comunitárias e alunos. Vista como prioridade absoluta, voltada para a formação integral do ser humano enquanto sujeito de direitos, não se confunde, portanto, com a noção de um mero serviço, devendo ser desenvolvida e trabalhada a partir de conceitos amplos, que tenham a abrangência da escola, da família e da comunidade.

O Brasil tem como objetivo fundamental universalizar a educação, através da adoção de um processo educacional que venha, efetivamente, contemplar a democratização do ensino. A educação hoje é vista por diferentes setores sociais como o ideal a ser alcançado para o cultivo dos valores identificados com o exercício da cidadania. O artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

trata a questão da educação, firmando que esta é um direito de todos, sendo um dever do Estado, e seu *status* de garantia constitucional demonstra a obrigatoriedade de o Estado utilizá-la como forma de justiça social, já que a efetividade desse direito, assegurado de forma concreta a todos os setores da sociedade, faz valer o princípio da igualdade ou da isonomia, que assegura o convívio de todos, sem discrimi-

nações de qualquer natureza, sendo possível afirmar, com isso, que todos os brasileiros tem o direito ao acesso à escola, tendo também o direito a nela permanecer e receber um ensino de qualidade.

Identificando-se com os anseios individuais de cada ser humano, a educação verdadeiramente comprometida com a cidadania é tida como a resposta aos desafios contemporâneos, agindo e trazendo reflexos diretamente em setores identificados com os interesses do Estado, como a cultura, as exigências do mercado de trabalho, as novas e complexas tecnologias, a mundialização da economia, a cidadania e a formação integral do ser humano.

As características e vocações de uma nação servem como referências para consubstanciar o compromisso do governo federal com a educação, servindo à definição das estratégias de construção de um sistema educacional identificado com a cultura e as exigências do mercado de trabalho. A distribuição equitativa da educação a todos os membros de uma sociedade é instrumento vital para o desenvolvimento de qualquer nação que se diga civilizada, sendo a base do exercício da cidadania e ideal a ser perseguido por uma nação democraticamente constituída.

Em um mundo fragmentado, onde as diferenças linguísticas, culturais e étnicas se fazem mostrar de forma exacerbada, a missão de encontrar um sistema educacional que propicie a constituição da ação pedagógica a partir de uma identidade regional, assentada no humanismo e voltada para o desenvolvimento harmônico de uma nação, que venha a dar atenção à diversidade, de modo que se oponha à padronização técnica de cunho autoritário, estimule as diferenças e as contribuições do rico universo cultural brasileiro, mostra-se como uma difícil tarefa a ser executada.

4. A educação de um povo para combater as desigualdades

Em seus quase cinco séculos, a história da educação brasileira, tristemente, tem sido marcada pela exclusão. Inicialmente, deu-se a exclusão direta, explícita, quando o acesso à educação era restringido por lei aos “homens livres”. Depois, com a democratização do acesso

à escola pública, o que acarretou o aparecimento de condições cada vez piores de funcionamento, ocorreu a transferência para a rede escolar privada dos filhos dos grupos sociais de melhor situação econômica e com maior poder de pressão sobre o Estado.

A rede pública de ensino começou a atender a uma população totalmente diversa daquela à qual estava habituada, mas agora, tendo que atender sob precárias condições de funcionamento, já que o Estado brasileiro, servindo como porta-voz dos interesses das elites econômicas, mostrou-se desinteressado pela apropriação do saber por parte das camadas pobres e majoritárias da população que procurou a escola pública fundamental. Para as camadas sociais que anteriormente faziam uso do ensino público, detentoras do autoritarismo e ocupantes de posições dominantes na sociedade, não era crucial que seus filhos exercitassem na escola a autonomia e se instrumentalizassem com vistas à conquista dos direitos de cidadãos, pois eles já tinham esses direitos plenamente garantidos devido à posição social por eles ocupada. A eles, bastava adquirir os conteúdos transmitidos pela escola, que lhes proporcionariam as condições ideais de exercer com êxito seus papéis dentro do cenário político e profissional da hierarquia social brasileira.

Quando o acesso à educação passou a ser garantido a todos, do ponto de vista jurídico-formal, a exclusão dessa população representante da camada economicamente inferior da sociedade brasileira fez-se notar devido à insuficiência das vagas existentes na rede de ensino público, que sempre privilegiou as regiões mais desenvolvidas e as populações mais abastadas. O crescimento da população brasileira surge como um agravante à situação, sendo notável o baixo índice de modificações no perfil de escolaridade dessa população. Ainda que, nos últimos 40 anos tenha ocorrido uma ligeira mudança nesse quadro, com a expansão da rede de ensino público, essa expansão ainda não foi suficiente para combater a exclusão educacional do país.

A mesma ideologia que apregoa que é possível igualmente a todos, mudar sua posição social por meio do esforço pessoal, através da educação escolar, esqueceu-se de refletir a respeito da necessidade de se criar um novo objetivo para a escola pública, já que seus usuários são representantes de uma nova população.

O fato de a educação ter sido utilizada no Brasil como um instru-

mento de legitimação das desigualdades sociais deve integrar uma lista de fatores responsáveis por um possível fracasso da escola, juntamente com a situação socioeconômica vivida pelo país. Segundo o Dicionário Crítico de Sociologia (2000, p. 141-149), *in verbis*:

talvez Dahrendorf tenha razão quando afirma que em matéria de desigualdades sociais, Rousseau formulou as questões essenciais. Para ele, a teoria das desigualdades de Rousseau resume-se em três proposições fundamentais:

- 1) as desigualdades resultam essencialmente de mecanismos de mercado cuja natureza varia de uma sociedade para outra, mas que estão presentes em toda sociedade;
- 2) as desigualdades tendem a acumular-se;
- 3) se quiser que o contrato social seja viável, a autoridade pública deve fazer de tal modo, que 'os ricos não sejam muito ricos e os pobres muito pobres', mas ao mesmo tempo, não deve ter ilusões quanto aos limites das políticas de igualdade.

A questão das desigualdades, tão bem trabalhada ao longo dos tempos, demonstra claramente o que ocorre no Brasil, um país que faz questão de mostrar-se como campeão das liberdades, mas que se esquece que o maior ataque às liberdades de seu povo é feito por ele mesmo, ao não promover o combate às desigualdades sociais que assolam, sem distinção, uma grande parcela de sua população.

Retrocedendo na formação histórica da sociedade brasileira, é possível visualizar que desde o período imperial já existia um intenso debate sobre a necessidade de escolarizar a população, sobretudo aquela considerada como "camada inferior da sociedade", constituída por negros livres, libertos ou escravos, índios e mulheres. Desde esse tempo, acreditava-se que a instrução permitiria arregimentar o povo para um projeto de nação independente e também criaria condições para uma participação controlada na definição do destino do país.

Por muitos anos, prosperou um sistema onde havia a seleção daqueles que passariam a integrar o seletivo grupo dos "incluídos" social, política e economicamente. Os ditos "competentes" eram selecionados e os assim considerados "incompetentes", em sua maioria, descartados. Selecionavam-se os que seriam premiados e os que seriam

punidos. Entre os muitos excluídos por esse sistema de seleção, os negros merecem destaque no tocante à sua luta por educação, já que para eles, desde a abolição, a educação deveria funcionar como técnica social capaz de influenciar comportamentos, sendo vista como estratégia de equiparação aos brancos, dando-lhes oportunidades iguais no convívio social. Eles acreditavam também que por meio da educação, obteriam ascensão social, podendo integrar-se definitivamente em uma sociedade que os excluía desde os mais remotos tempos até os dias de hoje.

A luta desse povo veio culminar com o debate sobre a instituição ou não, de um sistema de quotas que busca minimizar os efeitos devastadores, que anos de exclusão social provocaram nessa população. Porém, a idéia de solucionar uma histórica desigualdade social existente entre negros e brancos com a simples criação de um sistema de quotas étnicas, mesmo que embasada por princípios constitucionalmente estabelecidos, não se mostra como a solução definitiva de problemas originados por séculos de injustiça social. Ainda que haja verdadeiramente o direito a uma reparação, tal sistema não se mostra como um modo válido de se obrigar a população branca a coletivizar os privilégios e direitos que usurparam à população negra.

O problema da desigualdade social no Brasil, não é proveniente apenas de um ensino superior com acesso à universidade pública feito de forma injusta. A questão a ser racionalizada é muito mais ampla e complexa do que isso. Se assim fosse, bastaria, como já foi proposto, criar um modo de permitir um acesso mais fácil e “justo” aos jovens com menos recursos financeiros, em sua maioria, representados pela população afro-descendente. Não basta apenas pensar que o jovem com maiores recursos financeiros, conseguindo cursar o ensino básico na escola particular, aprende mais e tem mais facilidade para entrar nas melhores universidades. Deve-se pensar quão injusto é transportar a culpa do sistema educacional brasileiro, falido e sem recursos adequados, desde os remotos tempos imperiais, para os alunos do sistema particular de ensino, que muitas vezes, sofrem ao ter que suportar o ônus gerado por um inadequado e ineficiente sistema de ensino público.

A visão de que um sistema de quotas étnicas é o modo mais adequado de forçar a diminuição da desigualdade social brasileira mostra-se como um disparate destinado à criação de problemas ainda

maiores, que poderão passar a existir caso seja implementado o sistema de quotas do modo como foi proposto. Considerando a criação de quotas, sejam elas para negros ou para minorias, um conceito que englobaria também os índios, ou até mesmo, a criação de um sistema em que o fator relevante fosse a renda auferida pelos ingressantes, não deve ser esquecido que qualquer sistema que vise privilegiar de forma exacerbada uma determinada classe em detrimento de outra, de modo a serem estabelecidas distinções preconcebidas entre diferentes candidatos, mostra-se como um sistema que poderá ferir direitos garantidos pelo princípio da igualdade.

O problema vital a ser encarado, gerador da injustiça maior a ser combatida, é o conformismo em se aceitar conviver com um miserável sistema de ensino básico na rede pública, que penaliza sem fazer qualquer distinção, já que neste sistema, todos os pobres, representantes da maioria da população brasileira economicamente desfavorecida, independentemente de sua cor, sofrem os efeitos dessa condenação. Fica claro que os negros não deixam de entrar nas universidades públicas somente pelo fato de serem negros. Deixam de conseguir suas vagas como alunos destas instituições, em sua maioria, porque recebem do Estado brasileiro, uma educação pública de péssima qualidade. O Estado, um dos campeões mundiais na cobrança de juros e impostos, não consegue reverter à sua população, a parcela necessária ao patrocínio de um ensino, em primeiro lugar, justo e de qualidade. Esse péssimo retorno do dinheiro arrecadado gera um “efeito cascata”, que tem início na prestação do ensino público em seus primeiros anos e que culmina no péssimo ensino oferecido pelas universidades públicas brasileiras.

O artigo 206 da Constituição Federal disciplina os princípios norteadores à prestação do ensino.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, arte e o saber;
- III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais de ensino, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII – garantia de padrão de qualidade.

Tais princípios demonstram que um dos pilares básicos relacionados à prestação do ensino é a igualdade de condições para o acesso e a permanência dos alunos na escola, e, portanto, interferir de modo a desigualar essa igualdade, acarretará um desequilíbrio de forças, que abre brechas à manutenção de políticas públicas que perpetuam a marginalização de classes menos favorecidas, bem como a manutenção das desigualdades sociais e regionais já existentes.

5. Um ensino público voltado à diminuição das desigualdades

Construir uma escola democrática e inclusiva é o ideal almejado pelo Estado brasileiro na busca da promoção do bem estar social. A diversidade entre os membros de uma sociedade é uma condição da natureza humana e há de ser considerada, para que seja possível alcançar o equilíbrio entre os objetivos comuns a todos os cidadãos e as necessidades individuais de cada um. Pacificar os conflitos oriundos dessa diversidade é um dos grandes desafios que se propõem a educadores e ao governo em suas três esferas, partes integrantes do sistema educacional brasileiro.

A modernidade traz em sua essência um processo contraditório de constituição da cidadania, diversa e plural, muito embora venha sintetizar os elementos de lutas entre os diversos projetos políticos de criação de uma sociedade, que encontram correspondência em diferentes formas de interpretação, que por sua vez, se projetam em variadas propostas de formação dos homens em vista de diferentes demandas postas historicamente. É necessário lembrar o conceito de igualdade.

Segundo o Dicionário de Política (1998, p. 277-278), a igualdade absoluta, além de resultar de uma concepção abstrata do homem, põe a perder a justa compreensão da verdadeira igualdade, que considera os homens iguais quanto ao ser (origem, natureza e destino), mas não pode ignorar a evidência de que, ao mesmo tempo, são desiguais quanto ao modo de ser (inteligência, cultura, talento, aptidão, competência, iniciativa, empenho, etc). Estas desigualdades pessoais se harmonizam com a natureza das coisas e conferem dinamismo à vida social, especialmente se esse dinamismo, aberto aos princípios de justiça, ganhar expansão no quadro de uma estrutura orgânica da sociedade.

A moderna sociedade brasileira, cada vez mais exigente, diante do anseio de igualar as condições educacionais de sua população, deu origem ao debate sobre como oferecer oportunidades iguais a todos os membros que a compõem. Note-se que com esta atitude, a sociedade tenta buscar uma diminuição das diferenças existentes entre ricos e pobres e também, entre as populações branca e negra, como forma de resgatar, ao menos em parte, o sofrimento imposto à população negra ao longo da história nacional. De modo visível, a Magna Carta vincula a idéia de cidadania ao compromisso com o avanço da igualdade formal e material. Portanto, para se falar em educar de modo a garantir cidadania a uma população, há que se direcionar todos os esforços rumo à busca dessa igualdade, removendo as barreiras sociais, morais, políticas, econômicas e culturais, a fim de promover a queda das desigualdades.

A busca por uma igualdade de oportunidades educacionais e, portanto, de uma educação que seja de qualidade para todos, visando com isso, alcançar o bem comum e fornecer os subsídios necessários ao alcance da cidadania, é uma luta recente dentro do panorama histórico brasileiro e surge como forma de elevar o ensino público a um patamar de patrocinador da diminuição das desigualdades. A idéia de se implementar um sistema de quotas étnicas como forma de igualar as oportunidades entre a população brasileira, visando facilitar o ingresso da população negra nos cursos de nível superior, tem servido como fonte de reflexões em docentes, discentes e membros de diversos setores da população brasileira, trazendo como consequências, diferentes debates que buscam encontrar a solução para diminuir as desigualdades e disparidades existentes no seio da sociedade brasilei-

ra.

Ainda que a educação esteja longe de ser ofertada de modo igualitário a todos, já é possível visualizar a participação efetiva da população na busca de um ideal educacional que pressupõe a convivência com a pluralidade de idéias, com a discordância e com o conflito. A educação tem sido colocada como um elemento estratégico para o futuro do país. A escola de hoje já repensa o seu papel dentro da sociedade e o ensino já aparece como o modo de formar o ser humano, trabalhando com todas as suas dimensões, mas principalmente, com a formação da cidadania.

Embora a injustiça social ainda se reflita nas escolas, a indignação e o clamor por uma sociedade mais justa e igualitária têm reverberado pelos quatro cantos do país. Ainda que as soluções oferecidas e tentadas até agora não tenham produzido os resultados concretos esperados, o importante a assinalar é que a pedra fundamental foi assentada. Mesmo que o conceito inicial tenha gerado problemas, em determinados casos, ainda maiores, há que ser aplaudido o debate provocado como consequência, o que tem possibilitado que profissionais competentes e verdadeiramente interessados na questão da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino, se mobilizem.

Muito ainda há a ser feito. A simples instituição de um sistema de quotas não resolverá todos os problemas de desigualdade social do Brasil. O caminho a ser percorrido é longo e repleto de obstáculos. Além da reforma universitária, inúmeras outras terão que ser realizadas a fim de se conseguir, efetivamente, diminuir as desigualdades que assolam esta nação.

6. Conclusão

A educação brasileira de hoje está, em grande parte, marcada por um regime social que muitas vezes tem conduzido à exclusão social, apesar de desejar o seu combate. Esse regime tem originado uma preocupação com o novo modo de conhecimento, que possui um caráter inclusivo favorável ao desenvolvimento pessoal e cultural. Considerando que existe, mascarado dentro do sistema educacional brasileiro, um verdadeiro repensar sobre seu histórico caráter separatista, certifi-

cador de desigualdades sociais e de predestinação ao fracasso escolar, dentro de um contexto de esforços para que ocorra a democratização da escola pública no Brasil, é preciso que haja uma transformação capaz de demonstrar e solucionar os problemas do sistema educacional e do processo de ensino e aprendizagem.

A fim de permitir o florescimento dos objetivos democráticos da equidade e da igualdade na área da educação, já que não basta apenas garantir para todos o acesso à escola, é necessário garantir que todos, independentemente de sua origem ou condição social, econômica, cultural, racial ou étnica, tenham a oportunidade de acesso e de permanência nessa escola.

A tentativa de propiciar o efetivo acesso das classes menos favorecidas economicamente ao ensino superior carece de ajustes e não se mostra como idéia solucionadora de todos os conflitos e desigualdades sociais brasileiros. Uma educação de qualidade, que deve desenvolver-se numa perspectiva de inclusão social, que habilite seus alunos a uma participação efetiva na vida política, social e econômica do país é o papel de uma educação que visa à construção da cidadania.

No caso específico do sistema de quotas étnicas, uma das consequências práticas advindas de sua implementação é o aparecimento das primeiras ações judiciais contra universidades que tiveram de admitir alunos negros com notas inferiores às obtidas nos vestibulares por alunos não-negros. A argumentação do governo federal de que os brasileiros negros são injustiçados pelo sistema social atual, que lhes retira a capacidade e as chances reais de adentrar em um curso superior, e que, somente com o privilégio de direitos extraordinários serão capazes de reverter o quadro atual, não é cabível, visto que gera mais problemas do que soluções. Socialmente injusto para o país é adotar um sistema em que políticas compensatórias tentam mascarar a real fonte do problema: a rede pública de ensino é inepta para a formação do cidadão brasileiro.

Referências

BARSA. **Grande Enciclopédia Barsa. Encyclopaedia Britannica. Macropédia.** Vol. 6. 3. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2004.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário Crítico de Sociologia.** Dictionnaire Critique de la Sociologie. Tradução Maria Leticia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 2. ed. rev. amp. São Paulo: 1986.

FOLHA. **Nova Enciclopédia Ilustrada Folha.** Folha de S. Paulo. Encarte das edições de domingo da Folha de S. Paulo de março a dezembro de 1996. Vols. 1 e 2. São Paulo: Folha da Manhã S.A., 1996.

SIMON, Edith et. al. **A Reforma. The Reformation.** Tradução Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1971. (volume 10).

SOUSA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de política.** São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

Panorama do pensamento jurídico pós-moderno

Miguel Batista de Siqueira Filho*

RESUMO

O presente ensaio expõe a temática da interpretação e da concretização do direito no panorama do pensamento jurídico pós-modernidade.

*Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA e Promotor de Justiça do Estado do Tocantins.

1. Introdução

A temática do problema da interpretação e da concretização do direito transcende o puro conceitualismo do pensamento jurídico moderno e ascende, na teoria da linguagem, a nova discursiva pós-modernidade. O objetivo do presente ensaio é a exposição dos paradigmas¹ da discursiva jurídica pós-modernidade frente ao tema da interpretação e da concretização do direito. A consecução dos fins propostos pressupõe breve análise sobre a origem e o conceito da pós-modernidade, da crise da metafísica e seus efeitos sobre a noção de direito, da relação entre linguagem e direito e da contribuição da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos princípios para o pensamento jurídico pós-moderno.

2. Pós-modernidade

A pós-modernidade é uma expressão introduzida na literatura por críticos dos anos 60 do século XX, como Leslie Fiedler e Ihab Hassan (BRÜNNER, 1998, p. 48), utilizada por C. Wright Mills e Irving Howe, em 1959, para designar a falência dos ideais modernos do liberalismo

1. A expressão *paradigma* é aqui utilizada no sentido em que foi introduzida na teoria da ciência por Kuhn: são as "relações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (KUHN, 1982, p. 13).

e do socialismo (ANDERSON, 1999, p. 18), e por Lyotard, para quem a pós-modernidade tinha relação com o advento da sociedade industrial, que não mais significava um todo orgânico ou um conflito dualista (Parsons ou Marx), mas uma rede de comunicação lingüística, onde a ciência se transformara, apenas, em um jogo de linguagem (ANDERSON, 1999, p. 32), e que obteve relevo filosófico, também, com autores como Habermas, Beck, Bauman e Boaventura de Souza Santos (BITTAR, 2005, p. 97). Teve sua origem nos anos 50 e 60, tornando-se nítida a partir dos anos 70, do século XX (HARVEY, 2002, p. 44), mormente com o movimento francês de 1968 e a luta, pelos direitos civis, norte-americana. De fato, a influência de uma visão marcuseana nesses movimentos sociais, a qual propõe a superação de um estágio patricêntrico-aquisitivo em direção à reivindicação de felicidade, além dos limites modernos de seu controle, e da exposição e desmontagem dos tabus morais, permite o reconhecer da existência de necessidades pós-aquisitivas (ALONSO, 1994, p. 586) (a dignidade da pessoa humana, os valores pluralistas, o respeito às diversidades culturais e étnicas, a emancipação feminina, o ambientalismo etc.), firmadas por grupos de pressão não-governamentais, caso a caso, em plena resistência ativa, na expressão de García Santesmases (ALONSO, 1994, p. 618), na década de 60. Tais movimentos sociais, que postulavam valores e formas de tutelas que não se enquadram no modelo do velho patricêntrico-aquisitivo, a exigir a formação de um “meio social em que a tolerância é um elemento constitutivo das relações pessoais, econômica e política” (MARCUSE, 1981, p. 210), rompem com a crença dos modernos de que o problema da tolerância era essencialmente religioso e resolver-se-ia com a simples laicidade da esfera pública, abalando, por definitivo, a dicotomia clássica entre esfera público-privada (TOURAINÉ, 2000, p. 68), ao perceber que a intolerância, que conduz ao desrespeito às condições da existência e da dignidade humana, as quais pressupõem a liberdade de ser diferente, encontra-se presente não apenas na relação indivíduo e Estado, mas, fundamentalmente, nas relações pessoais e econômicas. Com efeito, sem acatar a ironia de Günther Frankenberg (2007, p. 271), deve-se com ele concordar que a pós-modernidade, pelo menos em sua fase inicial, pode ser considerada como uma “revolta contra a modernidade institucionalizada e como radicalização da transição lingüística”.

O marco teórico do debate pós-moderno deu-se em virtude da crise da própria razão jurídica que enseja a incerteza dos fundamentos, conceitos e argumentos dos discursos de legitimação e teve como percussores imediatos Wittgenstein, Heidegger e Dewey, além da voz isolada de Nietzsche no século XIX, que, ao apresentar a enganosa de um princípio da natureza das coisas, pondo em destaque a ingenuidade moral dos filósofos (NIETZSCHE, 1983, p. 273), os quais não compreendiam que a essência nada mais é do que aparência (NIETZSCHE, 1983, p. 194), colocou em dúvida a própria finalidade do discurso racional (KARIEL, 1966, p. 26) e destacou a monstruosidade do ideal ascético, a orientar a modernidade, que nega todos os demais interesses da existência que a ele não pertencem (NIETZSCHE, 1983, p. 315-6), em direção à proposição de que o direito constitutivo do Estado deveria ter a mais ampla consideração pela efetivação de todo o humano (NIETZSCHE, 1983, p. 137), ou seja, de tudo que em existência seja demasiadamente humano. De fato, a pós-modernidade é, sem dúvida, uma postura existencial diante do mundo.

3. Crise da metafísica e o direito fundamental

O marco teórico do debate pós-moderno sobre o fundamento primeiro do direito deu-se em virtude da crise do pensamento metafísico. De fato, Heidegger já destacara que, no pensamento da verdade do ser, a metafísica está superada (HEIDEGGER, 1984, p. 56) e deve ser substituída por uma analítica existencial, fundada na idéia do dá-Se-presença (HEIDEGGER, 1984, p. 263), do existir humano, posto que, na história da ontologia, a metafísica apresentou-se como onto-teo-logia, ou seja, o conceito de homem como *animal rationale* é, de fato, conceito de homem como *animal metaphysicum* (HEIDEGGER, 1984, p. 56), estabelecendo-se uma crítica definitiva ao humanismo, como um pensamento metafísico em si, no sentido de que toda “determinação da essência humana que já pressupõe a interpretação do ente, sem a questão da verdade do ser, e o faz sabendo ou não sabendo, é metafísica” (HEIDEGGER, 1984, p. 153). Dewey (1980, p. 63-5) negou a evidência em si dos fatos e considera o significado, as idéias e o conhecimento como fenômenos existenciais, na medida em

que a observação dos fatos e a formação das idéias são sempre operacionais, isto é, a conexão entre fatos ou sentidos é sempre intencional e instrumental e decorre das circunstâncias existenciais, o que permite a Dewey (1980, p. 297) reconhecer a influência do ambiente social sobre os principais conceitos éticos, no sentido de que são tão relativos a um dado estado da sociedade que não têm preponderância em outras condições culturais. Por fim, os últimos estudos de Wittgenstein, Heidegger e Dewey, que já havia posto em dúvida a possibilidade de representação, como espelho, do mundo pela razão filosófica, conduziram Richard Rorty (1995, p. 323-350) a um processo de desmontagem da filosofia sistemática racional, ao sustentar que todo problema da justificação filosófica é metafísico, e que a filosofia jamais será capaz de dar respostas à busca de sentido, isto é, não tem condição de proporcionar uma justificativa que permita afirmar que as decisões morais sobre o que havia de fazer baseiam-se em conhecimento sobre a natureza do mundo, afirmando que a filosofia deve abdicar-se de sua pretensão de ser o tribunal da razão pura. Em sentido similar, Michel Foucault, partindo de Nietzsche, diz que a genealogia dos valores, da moral, do ascetismo e do conhecimento não poderá mais ter como ponto de partida a origem (FOUCAULT, 1982, p. 19), posto que “o verdadeiro sentido histórico reconhece que nós vivemos sem referências ou sem coordenadas originárias, em miríades de acontecimentos perdidos” (FOUCAULT, 1982, p. 29), reintroduzindo “o descontinuo em nosso próprio ser” (FOUCAULT, 1982, p. 27). Isso permite uma crítica definitiva, como obsoleta, à concepção fundacionista do direito, a qual substitui a idéia de obrigação moral, da noção Kantiana de que é racional ser moral, pelas de consenso e confiança social.

Logo, torna-se possível, de um lado, expor o problema da aceitação da sociabilidade dos princípios éticos, a partir da idéia de uma democracia constitucional, como uma doutrina política da justiça, independente de qualquer fundamento religioso ou filosófico (RAWLS, 2000, p. 202), centrando o fundamento do direito, enquanto enunciado de princípios mínimos razoavelmente aceitos por uma sociedade (RAWLS, 2000, p. 24), como problema político e não metafísico, posto que tais princípios, enquanto preceitos de justiça, não derivam, *a priori*, da razão ou são conhecidos pela intuição (RAWLS, 1999,

p. 82-3), mas expressão de um padrão mínimo de instituições políticas bem ordenadas em uma sociedade política (VILLAR BORDA, 1998, p. 21), a destacar o caráter histórico e finito dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004, p. 47-8).

De outro, compreender que o problema do direito não é mais o da consciência de uma lei moral universal, mas uma questão de progressos dos sentimentos (RORTY, 2005, p. 222) que permitem a existência humana na diversidade da sociedade ocidental – onde não se indaga mais sobre a observância dos preceitos fundamentais como obrigações morais universais, mas, sim, sobre a pertinência da necessidade da preocupação com o estranho, que, mesmo não sendo meu parente e tendo hábitos que tenho por detestáveis, eu não o considere, apesar de toda a nossa diversidade, alguém distante de mim a ponto de negar-lhe, em meus sentimentos e ações, algum atributo humano que justifique excluí-lo de minhas preocupações humanitárias ou de meu respeito para com seu direito à existência digna, como pessoa humana (ALEXY, 1995, p. 114-131).

O direito passa, assim, a ter na historicidade do consenso social e do constitucionalismo democrático (ALEXY, 1995, p. 114-131) sua justificativa plausível, e sua universalidade a ser considerada produto de uma lenta evolução dos sentimentos de dignidade, respeito e solidariedade, enquanto mérito incontestável das conquistas dos movimentos históricos e do próprio consenso cultural, como pretende Finns (1980, p. 58).

4. Linguagem e direito

O segundo problema central da filosofia moderna, que teve seu início na idéia de Descartes, de substância mental, e, posteriormente, de processo mental, em Locke, encontrando seu apogeu na teoria pura da razão de Kant (1997, p. 129-174), era o da atividade de representação que tornava possível o conhecimento. Wittgenstein (1979, p. 173-222) rompe com essa tradição e passa a se preocupar com o problema da natureza das sentenças, deslocando o problema da representação, enquanto processo mental (mentalismo), para a teoria da linguagem. Waismann, partindo do conceito de hipóteses de Wittgenstein, se-

gundo o qual uma hipótese admite múltiplas verificações independentes sem que elas ou suas combinações sejam conclusivas, formula seu conceito de textura aberta da linguagem, que permite uma crítica do sistema fechado de leis, ao reconhecer que a linguagem não está preparada para prever todas as possibilidades, e, por conseqüência, os sistemas legais estão repletos de lacunas, as quais somente podem ser verificadas e preenchidas diante de certas circunstâncias particulares (STRUCHINER, 2002, p. 23-32). Hart, ao intentar uma tese intermediária entre a tradição do formalismo de Bentham e o realismo norte-americano, ao enfrentar o problema da existência de resposta certa para a questão de direito, e ao aplicar a tese da textura aberta da linguagem no âmbito da interpretação do direito (HART, 1998, p. 160), revela que o legislador humano não pode ter o conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias com que no futuro se poderão deparar os juízes, e a linguagem utilizada pelo direito é dotada de generalidade, de modo a conduzir a lacunas de duas espécies – a ausência de previsão de uma regra determinada para tipo de caso e a existência de regras inconsistentes no repertório de regras do sistema jurídico (STRUCHINER, 2002, p. 101).

Por outro lado, Heidegger inaugura a hermenêutica ontológico-histórica, no sentido de que toda hermenêutica é uma auto-explicação da compreensão da vida, pressupondo uma prévia análise existencial (MORA, 2001, p. 332), e rompe, por definitivo, com a hermenêutica reformista, do início da modernidade, que, ao retornar e difundir a leitura da Escritura, postulava a idéia de sua reta interpretação (GADAMER, 2002, p. 361-2), a qual influenciou o jusnaturalismo moderno, em sua tentativa de efetivar uma hermenêutica que permitisse a reta interpretação do jus-natureza do homem, influência que perdurou até o século XIX, na postura exegética de fidelidade à letra e ao espírito do legislador, mantida pelo formalismo jurídico. Gadamer, desenvolvendo a ontológica de Heidegger, destaca, a partir de Humboldt, o caráter vivo, presente em um tempo e em um lugar, e finito, em face da existência de uma infinidade de diversas estruturas humanas de linguagem, em que se dá nossa experiência de mundo, a qual precede qualquer reconhecimento e interpretação de um ente (GADAMER, 2005, p. 571-631), e propicia uma interpretação construtivista que, apesar de não ignorar o caráter metodológico da her-

menêutica, nega-lhe a sua antiga pretensão de universalidade e certeza e reconhece-lhe o papel fundamental que os problemas pessoais, as experiências intelectuais, as necessidades, esperanças e angústias de uma época exercem sobre a orientação e os interesses de uma interpretação (GADAMER, 2002, p. 367-9), de modo a ser uma mediadora entre o texto e o contexto da existência. Michel Foucault (2008, p. 53), partindo da tese de que todo discurso é uma violência que se faz às coisas, impondo-lhes significado, revela que a interpretação jurídica, como qualquer discurso, não é “um jogo de significações prévias”, posto que nem as fontes do direito e nem o mundo que a ele se aplica apresentam uma face legível a ponto de permitir que seja simplesmente decifrado, isto é, nem o texto e nem o contexto são cúmplices de nossa interpretação, que de fato os viola, impondo-lhes sua própria significação. Por fim, Jacques Derrida põe em xeque a pretensão do estruturalismo, de responder a todas as questões, ao afirmar a existência de várias línguas num mesmo sistema lingüístico (DERRIDA, 1982, p. 100), e que na tradução e interpretação de um texto há, necessariamente, uma intervenção na linguagem (DERRIDA, 1979, p. 93-94), desassociada da própria língua, constituindo-se uma forma de resistência ou tensão não-analítica ou sintética, analítica ou dialética (DERRIDA, 1996, p. 40), negando qualquer concepção ontológica à interpretação de um texto, pondo fim ao mito da significação fixa.

O problema da interpretação como questão de linguagem discursiva, inerente a uma relação dinâmica e pragmática entre intérprete e o mundo conjuntural, propiciou deslocamento de uma perspectiva dogmático-analítica, que se preocupava com a interpretação, a estrutura e a análise dos ordenamentos jurídicos, como processo de representação de um significado previamente dado, para estudo do “direito em sua geração através dos processos de decisão”, que, como decisão jurídica, pretende ser uma justificada (ROBLES, 2005, p. 60-61) – Teoria da Decisão Jurídica. O problema do direito, como questão de justificação, propicia debate fecundo sobre a possibilidade de uma única resposta correta em direito.

Ronald Dworkin, ao conduzir “a cátedra de Harvard contra a de Oxford”, na qual a filosofia de Hart ainda encontrava inspiração no positivismo de Bentham e Austin (BONAVIDES, 2001, 248), afirma que o problema da controvérsia no direito tem semelhança com a

literatura e aceita, de certo modo, a tese de Hart de que o direito pertence ao mundo da linguagem, mas se recusa a admitir que nos casos difíceis não seja possível uma única resposta correta em direito². Nega a tese de Hart de que o direito pode ser incompleto (HART; DWORKIN, 1997, p. 109). Sustenta que o problema central do positivismo é sua tese de que o fundamento único para o direito é a regra jurídica (DWORKIN, 2002, p. 36), ignorando que há outros padrões tão importantes quanto as regras, como os princípios, políticas e outros tipos. Os padrões políticos são os que estabelecem um objetivo a ser alcançado no sentido da melhoria econômica, social ou política da comunidade (DWORKIN, 2002, p. 36). Os princípios são padrões jurídicos que devem ser observados, não por produzirem certos resultados sociais, econômicos ou políticos, mas por se comporem de critérios de justiça e equidade, ou outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36). Nesse particular, deu ênfase ao sentido deontológico dos princípios (HABERMAS, 2003, p. 316), negando a tese do positivismo de que somente as regras são obrigatórias e podem conduzir a uma resposta correta. Opõe-se à idéia de que o juiz apenas está desprovido de poder discricionário quando presente uma regra clara e estabelecida. Afirma que, se os princípios “inclinam a decisão em uma direção, embora não conclusiva” (DWORKIN, 2002, p. 57), isso não representa que os juízes possuem poder discricionário na aplicação dos princípios, na medida em que um conjunto de princípios pode ditar um resultado. Quando o magistrado crê que um princípio tem mais peso ou importância do que outro deve decidir de acordo com isso (DWORKIN, 2002, p. 57). De fato, ele pode errar quanto à sua avaliação dos princípios, mas também pode errar em seus juízos acerca das regras obrigatórias (DWORKIN, 2002, p. 57). O que implica, mesmo que o juiz possa errar quanto à sua avaliação sobre as normas, a possibilidade de se atingir uma melhor resposta até

2. O autor, de um lado, nega a tese do formalismo jurídico que crê na teoria do “simplesmente ali”, como se a interpretação fosse o relato de significado ontologicamente posto nos textos ou no mundo, como algo inteiramente independente de uma teoria estética (literatura) ou política (direito). Por outro, rejeita a idéia de que o julgamento interpretativo seja uma criação livre do direito, na medida em que a interpretação, de forma diversa da criação, tem um texto que exerce alguma restrição sobre seu resultado (DWORKIN, 2001, p. 252-253).

certo ponto (DWORKIN, R. 1999, p. 490-491), tanto no caso das regras quanto dos princípios.

John Finnis opõe à teoria de Ronald Dworkin, que ele considera normativa (FINNIS, 1980, p. 21), uma teoria descritiva – orientada pela razão prática, que não busca prescrever como deveria o magistrado agir, mas parte do juiz concreto, que não tem a capacidade e a paciência esperada pela teoria integrativa do direito, que exige habilidade, erudição e perspicácia sobre-humanas, não alcançadas por um juiz humano, – e formula uma teoria geral da razoabilidade jurídica, pondo o direito como um problema de escolha moral do magistrado, que afasta e torna incoerente a busca de uma resposta certa em direito nos casos difíceis (FINNIS, 1992, p. 142-3).

Aulis Aarnio (1991, p. 213) afirma que o problema da incerteza do direito é questão de aceitabilidade racional (por não ser um problema posto como verdadeiro ou falso), no sentido de que pode haver, em um mesmo caso, entre as alternativas do juízo, mais de uma decisão aceitável juridicamente, desde que se observem os seguintes requisitos: a) a decisão cabe dentro do marco legal; b) o discurso que a justifica procede de maneira racional, e c) a decisão satisfaz o código de valores dominantes (AARNIO, 1991, p. 213-288).

Em sentido semelhante, Recaséns Siches (1971, p. 499 e segs.) reformula o problema da razoabilidade da decisão jurídica. O direito e sua aplicabilidade não são questões de contexto lógico, no qual se apura a veracidade ou falsidade das preposições, posto que as regras jurídicas não se constituem em enunciados de idéias dotadas de validade intrínseca, descrição de fatos ou expressão do ser, mas fenômenos normativos que nada mais são do que instrumentos criados pela sociedade humana e manejados por indivíduos, para que produzam determinados efeitos sobre a realidade social. Nesse sentido, o problema do direito não é o da lógica formal, ou seja, o da racionalidade dedutiva ou silogística, mas o da lógica da razoabilidade, que põe o direito em sua íntima relação com valores sociais como: a justiça, a dignidade humana, a igualdade de condições, a liberdade, o bem-estar geral ou bem comum, as circunstâncias dos fatos, a eficiência e a prudência. A questão do juízo não é formulada mais como problema das condições racionais da decisão judicial – se a decisão obedece a um silogismo perfeito, visto que a aplicabilidade do direito não é questão

de subsunção do fato à lei, mas problema de razoabilidade daquela decisão, decorrente da premência de interação entre os valores que a sociedade consagra pelo direito e os efeitos que ela busca alcançar na realidade social com a promulgação deste.

Robert Alexy, por sua vez, parte da afirmação de Kart Larrenz, segundo a qual não se é possível mais afirmar, de modo sério, que a aplicação das leis nada mais é do que uma “inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados” (ALEXY, 2001, p. 17). Isso decorre, segundo o autor, da imprecisão da linguagem do direito, da possível contradição entre normas, da existência de situações que não se enquadram em nenhuma norma válida e da possibilidade de decisões que contrariam textualmente dispositivos de lei. Assim, para o autor, essa constatação da natureza da aplicação do direito conduz a uma questão essencial de metodologia jurídica: o problema de como justificar plenamente um discurso jurídico, enquanto caso especial de discurso prático racional. Isso tem importância primordial nos casos difíceis, pois as regras do discurso jurídico permitem formular justificativas racionais, sem que haja, entretanto, a estipulação de premissas normativas que devem ser adotadas (ALEXY, 2001, p. 267). Nessa hipótese, as regras do discurso não garantem que em todas as circunstâncias será possível atingir uma única resposta correta em direito (ALEXY, 1995, p. 17). As regras do discurso racional propiciam a possibilidade de que os participantes possam, conforme suas convicções e premissas, atingir soluções incompatíveis entre si, porém plenamente racionais. Contudo, o fato de existirem várias respostas não implica que todas possam ser possíveis racionalmente. Destarte, o procedimento discursivo racional desempenha função limitativa, que, no entanto, não significa a exigência de uma única resposta correta (ATIENZA, 2000, p. 263).

Por fim, Laurence Tribe e Michael Dorf, ao rejeitarem o “originalismo como forma de ler a Constituição” (TRIBE; DORF, 2007, p. 20), a des-Integração – superando a postura da teoria interpretativa analítica, que ignora plenamente que as partes dos textos da Constituição estão interligadas entre si – e a Hiper-integração – que crê na Constituição como um tipo de rede mal construída, que fala por “meio de uma voz única, simples, expressando uma visão singular de uma sociedade política ideal” (TRIBE; DORF, 2007, p. 25) – de modo a

perceber, de encontro com a teoria hermenêutica de Gadamar, que texto e norma não são equivalentes de modo a recomendar uma leitura essencialista da Constituição, negando a distinção estrutural entre casos difíceis e fáceis³, no sentido de que, em qualquer texto, é possível a existência de divergência interpretativa, mesmo naqueles em que o significado esteja suficientemente claro e preciso (TRIBE; DORF, 2007, p. 38-42), purificando a hermenêutica pós-moderna de certa dose de metafísica, posto que, sendo a interpretação um problema de compreensão, não há, de fato, casos fáceis ou difíceis em si mesmo considerados⁴.

De fato, essa nova concepção implica aceitação da tese de que as fontes jurídicas, constitucionais ou não, são textos normativos, isto é, expressam-se em uma linguagem prescritiva, composta de um “conjunto de mensagens cujo sentido intrínseco é dirigir, orientar ou regular as ações humanas” (ROBLES, 2005, p. 29). A leitura simples e superficial dos textos normativos ou de seus dispositivos escritos não implica sua compreensibilidade jurídica imediata (ROBLES, 2005, p. 53). Os textos precisam ser interpretados e o são como textos abertos (ROBLES, 2005, p. 29), que pressupõem a reconstrução progressiva de seus significados, conforme os novos contextos da vida social ou dos casos a serem solucionados no dia a dia forense. Mas os textos não são normas jurídicas, visto que estas “não são textos nem o conjunto deles, mas sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2004, p. 22). Inexiste identidade rígida entre normas e dispositivos de textos (artigos, parágrafos, alíneas): a) pode haver, em um dispositivo, várias normas ou normas de natureza distinta (regras e princípios); b) pode ocorrer que uma norma decorra da interpretação sistemática de vários dispositivos; c) podem existir normas sem imediata correspondência de dispositivo legal expresso – os princípios implícitos, ou d) podem-se encontrar

3. O pensamento jurídico pós-realista costuma falar em casos fáceis e difíceis. Os casos fáceis são aqueles “em que uma norma parece determinar o resultado”, enquanto os casos difíceis são aqueles “em que as normas não parecem exigir um resultado específico” (VANDEVELDE, 2000, p. 165).

4. Ver Lenio Luiz Streck em sua apresentação da obra de: (TRIBE; DORF, 2007, p. XXII e XXIV).

dispositivos dos quais não se pode auferir nenhuma norma imediata – dispositivos legais de natureza pedagógica, os quais não ensejam qualquer efeito jurídico.

Com efeito, o tratamento do problema da razoabilidade jurídica como questão de linguagem conduz ao reconhecimento de que os textos de direito são, em sua maioria, abertos e indeterminados (ALEXY, 2003, p. 35), sujeitos a várias interpretações, em face da incompletude de suas definições e sentidos, expondo o problema central da congruência discursiva do direito.

5. Teoria da argumentação jurídica

O problema da congruência discursiva do direito tem sido objeto de estudo da teoria da argumentação jurídica, e pode ser definida como o conjunto de ensaios que rejeitam a aplicabilidade da lógica clássica à análise do raciocínio jurídico. Os primeiros estudos sobre a argumentação jurídica surgem nos anos 50, com a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin. O aperfeiçoamento da teoria tópica do direito se deu a partir da década de 70, principalmente com os estudos de McCormick e Alexy.

A partir da obra de Vico, que contrapõe o método antigo da retórica ao método crítico cartesiano, Viehweg (1964, p. 124-130) formula sua teoria da tópica que parte sempre de um problema, o qual determina o que é justo aqui e agora. A tópica, segundo o autor, caracteriza-se por três elementos: a) é uma técnica do pensamento problemático; b) tem como chave a noção de topos ou lugar-comum, e c) consiste na busca e exame das premissas, ou seja, o raciocínio recai sobre as premissas, não sobre as conclusões (ATTENZA, 2000, p. 65). Relata Viehweg que a tópica foi largamente utilizada na jurisprudência romana e na Idade Média, sendo abandonada na Idade Moderna, quando substituída pelo método axiomático dedutivo. Porém, a utilização do método dedutivo somente é plenamente possível no campo de conhecimento sistematizável, capaz de determinar princípios (axiomas) objetivos, seguros e fecundos. Há campo do conhecimento, contudo, que não é sistema-

tizável, pela impossibilidade de alcançar, em sua esfera, princípios que sejam, ao mesmo tempo, objetivos, seguros e fecundos (VIEHWEG, 1964, p. 129). É o caso da jurisprudência, no qual somente se é provável uma discussão de problemas. Nesse contexto, a jurisprudência (ciência do direito) surge como técnica de operação tópica, que se afasta da estratégia investigatória da história e da sociologia do direito (ATIENZA, 2000, p. 69). O modelo tópico, por ele proposto, funda-se em três pressupostos: a) a jurisprudência tem a sua estrutura determinada a partir de problemas; b) a compreensão dos conceitos e proposições, que integram a jurisprudência, é decorrente do problema específico a que se destina resolver, e c) os conceitos e proposições jurídicas apenas devem ser empregados em sua implicação com o problema (VIEHWEG, 1964, p. 129-130).

A tendência de recuperação do valor da tópica no direito teve, sem dúvida alguma, a contribuição de Chaïm Perelman. Segundo o autor, enquanto a lógica dedutiva processa-se por demonstrar a veracidade ou falsidade da passagem das premissas à conclusão, a retórica trabalha com argumentos, que em si mesmo não são passíveis de demonstrabilidade – falso/verdadeiro -, mas situam-se no campo da razoabilidade ou plausibilidade das decisões ou opiniões (ATIENZA, 2000, p. 48). A retórica é para Perelman (1999, 57) o “estudo dos meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento”. Ou seja, “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses que se apresentam aos seus assentimentos” (PERELMAN, 1999, 207). O campo da retórica está diretamente ligado à correlação entre o princípio da integridade e o da dualidade. O princípio da integridade pressupõe levar em conta “a totalidade das experiências que se lhe apresenta e coordenar essa experiência, de modo que se crie uma solidariedade íntima entre os fatos dos quais ele parte e os princípios que os deve explicar” (PERELMAN, 1999, 140). No entanto, como o princípio da integridade tem caráter sistêmico, exige-se a unidade total do saber. Mas o caráter sempre incompleto deste implica o princípio da dualidade, que afirma que todo sistema de pensamento é inacabado e imper-

feito, não permitindo a explicação exaustiva de qualquer experiência futura. Isso implica incidência, sobre o da integralidade, do princípio da revisabilidade, que admite que toda proposição do sistema seja, em princípio, sujeita potencialmente à modificação de seus enunciados. A efetividade do princípio da revisabilidade necessita da incidência do princípio da responsabilidade, na medida em que toda modificação de enunciados e revisão de pensamento importa em uma escolha humana, que fica a cargo da responsabilidade de quem a adota. Como o princípio da responsabilidade é problema de escolha humana e toda escolha tem de ser justificada, e justificar é utilizar técnicas discursivas que ampliem a adesão das mentes à tese proposta; é a retórica, e não a lógica, seu instrumento metodológico (PERELMAN, 1999, 140-143). O discurso jurídico como parte da razão prática, portanto, nessa versão, não é verdadeiro ou falso, mas aceitável ou não, conforme a adesão do “auditorio universal” a tese apresentada aos assentimentos, pois “a linguagem não é um véu que basta afastar ou tornar transparente para perceber o real tal como é: ela é associada a um ponto de vista, a uma tomada de posição” (PERELMAN, 1999, 180). O que implica revisabilidade.

A concepção de Toulmin, como a dos demais, foi “uma tentativa de dar conta da argumentação a partir de um modelo que não é o da lógica dedutiva” (ATIENZA, 2000, p. 133). Mas esse intento se estende para todos os tipos de conhecimentos, inclusive a ciência em geral. Segundo o autor, é possível distinguir dois usos da linguagem: a) o uso instrumental, quando a emissão lingüística atinge seu propósito diretamente, sem necessidade de razões adicionais (como uma ordem ou um pedido), e b) o uso argumentativo, que pressupõe tenha a pretensão êxito ou fracasso conforme possa se apoiar em razões, argumentos ou provas. Os argumentos são compostos de quatro elementos: a) a pretensão, que é, de fato, ponto de partida e chegada dos argumentos; b) as razões; c) a garantia, e d) o respaldo. Inicialmente, alguém expõe um problema perante outros. Quando esses outros se opõem a sua pretensão inicial, ele deve propor razões que a apóiem. Todavia estas não são teorias gerais, mas simplesmente fatos específicos do caso. O oponente pode discutir os fatos apresentados ou, mesmo, exigir seja-lhe apresentada a passagem

das razões para a pretensão. Os enunciados que permitem essa passagem são as garantias, que dependem do tipo de argumento ou contexto da discussão, sendo formadas por regras de experiências, regras jurídicas, princípios, leis da natureza etc. Assim, enquanto as razões e fatos são os ingredientes, as garantias são as receitas que permitem obter o resultado. A distinção entre razão e garantia, no mundo jurídico, é a mesma que se estabelece entre enunciados de fato e enunciados de normas. Contudo, nem sempre a garantia do argumento é suficiente. Há momentos em que se tem de demonstrar que a garantia é válida e superior a qualquer outra para o caso. Nessa hipótese, o autor apresenta a relação entre o respaldo e a garantia, afirmando que enquanto a primeira pode se exprimir em enunciados categóricos sobre fatos, a segunda é a maneira pela qual se pode argumentar sobre os fatos (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 105-6). Um problema que surge é o da força do argumento. O elo entre pretensão e conclusão pode ter maior ou menor grau de certeza, conforme a garantia e o respaldo apresentados. Os apoios mais fracos costumam ser apresentados por meio de qualificações modais, como presumivelmente, provavelmente, plausivelmente. Esses tipos de apoios, comuns na argumentação prática, como os do direito, podem solapar a força dos argumentos, na medida em que são condições de refutação.

MacCormick, oriundo da tradição do *common law* e das obras de Hume e Hart, e Alexy, da tradição da ciência jurídica alemã e das obras de Kant e Habermas, formulam, por caminhos opostos, uma teoria da argumentação essencialmente semelhante (ATIENZA, 2000, p. 171). MacCormick parte das argumentações e justificativas das decisões das instâncias judiciárias tais como são, para, em seguida, formular uma teoria geral da argumentação prática. Alexy, por via inversa, tem como ponto de partida uma teoria geral da argumentação, construída por ele, para, na seqüência, projetá-la para a esfera do direito (ATIENZA, 2000, p. 233-4).

MacCormick visa ao meio termo entre a visão ultra-racionalista do direito – como a de Dworkin, com sua tendência à aceitação de uma única resposta correta para o caso – e o pensamento irracionalista – como a teoria realista, que crê que as “decisões judiciais são essencialmente arbitrárias” (ATIENZA, 2000, p. 172). Atienza apre-

sentada sua tese, segundo a qual a argumentação jurídica exerce, fundamentalmente, função de justificativa, mesmo quando persegue o fim da persuasão, posto que, somente se pode persuadir se os argumentos estão de acordo com os fatos e as normas jurídicas. Assim, “justificar uma decisão jurídica quer dizer dar razão que mostre que a decisão em questão garante ‘a justiça de acordo com o Direito’” (ATIENZA, 2000, p. 172). Mas a justificativa de uma decisão é uma referência a premissas normativas, produto de uma cadeia de raciocínio lógico, cujas razões dadas a favor de determinadas premissas normativas não são concludentes, por implicar relação afetiva, de dimensão subjetiva. O que faz uma pessoa aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a sua racionalidade como a sua afetividade. Nesse contexto, pessoas honestas e razoáveis podem divergir.

Admitindo-se que, muitas vezes, as justificativas apresentadas pelos juízes são de caráter dedutivo, MacCormick dá relevo à existência de casos difíceis, nos quais “a formulação das premissas normativas ou fáticas pode suscitar problemas” (ATIENZA, 2000, p. 179) de quatro ordens: a) os de interpretação, quando não há dúvida da aplicabilidade de uma norma ao caso, mas esta permite mais de uma leitura; b) os de pertinência, que é uma questão anterior à da interpretação e consiste na indagação sobre a existência e a determinação de norma aplicável ao caso; c) os de prova, os quais consistem em estabelecer “proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado” (ATIENZA, 2000, p. 180), e d) os de qualificação, quando, não havendo discussão sobre existência de um fato, indaga-se se ele pode ser subsumido a uma dada norma.

Justificar uma decisão, principalmente em casos difíceis, para o autor, significa cumprir o princípio da universalidade (a aplicação da teoria de Toulmin) e manter um sentido em relação ao sistema (requisito da consistência e coerência) e ao mundo (apresentação de argumentos consequencialistas). Com efeito, a justificativa tem de apresentar dois níveis: o primeiro é o da justificativa interna, ou seja, da coerência lógica do processo dedutivo, que permite a utilização de lógica proposicional; o segundo é o da justificativa externa. O problema-chave da justificativa de segundo nível é como justificar a escolha de determinadas normas gerais. Nesse particular,

as decisões jurídicas têm de ter sentido simultâneo em relação ao sistema jurídico e ao mundo (ATIENZA, 2000, p. 186).

A decisão, para que tenha relação com o sistema jurídico, tem de observar os requisitos: a) da consistência “quando se baseia em premissas normativas, que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido” (ATIENZA, 2000, p. 186), requisito que pode ser exposto como o dever de o magistrado não infringir o direito vigente e ajustar-se à realidade em termos de provas; b) da coerência normativa, na qual uma série de normas ou uma norma é coerente quando pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais e valores aceitáveis, e c) da coerência descritiva, que tem relação com a questão de fato e ocorre quando não é possível prova direta, sendo necessário recorrer a uma justificativa que assume, na descrição dos fatos passados, certas crenças que permitem reconstruí-los (ATIENZA, 2000, p. 187-9). A relação com o mundo é representada nas conseqüências da decisão jurídica. A conseqüência diferencia-se do resultado. O resultado de uma decisão jurídica é a produção de uma norma válida. As conseqüências são os “estados das coisas, posteriores ao resultado” e com ele relacionados (ATIENZA, 2000, p. 184). A justificativa das conseqüências implica elaboração de argumentos conseqüencialistas, decorrentes de avaliações subjetivas de valores como justiça, bem comum, senso comum, conveniência pública etc. Assim, a justificativa de segundo nível é uma questão aberta (ATIENZA, 2000, p. 186), que permite revisões, objeções e opiniões diversas, simultaneamente, aceitáveis.

Robert Alexy (2001, p.17) propõe uma questão essencial de metodologia jurídica: o problema de como justificar plenamente um julgamento jurídico, ou melhor, um discurso jurídico, enquanto caso especial de discurso prático racional. O discurso jurídico é um caso especial de discurso prático, segundo o autor, por três razões: a) as discussões jurídicas pairam sobre questões práticas; b) são questões discutidas com a exigência de que possam ser “racionalmente justificadas no contexto da ordem jurídica” (ALEXY, 2001, p.213), o que impõe adesão à tese da exigência de correção, posto que não é correto, no discurso prático em geral, afirmar algo e depois negá-lo, sem dar razões plausíveis para tanto, e c) sobre essas discussões incidem limites do tipo descritivo (ALEXY, 2001, p.212). O discurso jurídico tem

relação com a justificativa de um caso especial de afirmações normativas – as que expressam juízos jurídicos. Essa justificativa apresenta dois aspectos: a) a justificativa interna, referente à questão se a opinião apresentada segue, em termos lógicos, as “premissas aduzidas para justificá-la” (ALEXY, 2001, p. 218), e b) a justificativa externa, dedicada à correção dessas premissas.

A justificativa interna decorre da aplicação de lógica de predicado e é uma consequência natural da incidência do princípio da universalização, subjacente ao princípio da justiça formal, a qual consiste em uma regra que determina o dever de tratar “de certo modo todas as pessoas que pertencem a uma dada categoria” (ALEXY, 2001, p. 219). Contudo, a fórmula da justificativa interna, em um silogismo jurídico perfeito, é insuficiente em casos complexos, isto é, quando: a) a norma aplicável contiver afirmações normativas alternativas de fatos operacionais; b) a aplicabilidade de uma norma depender de outras normas que a esclareçam, limitem ou lhe sejam referência; c) houver mais de uma possível consequência jurídica na aplicação da norma, e d) as expressões utilizadas na formulação da norma propiciarem mais de uma interpretação (ALEXY, 2001, p. 219). Nessas hipóteses, para que se garantam as regras e formas de justiça formal, exige-se uma seqüência de passos de desenvolvimento complementar da justificativa. A função da justificativa interna é somente proporcionar certo grau de racionalidade entre as premissas (ALEXY, 2001, p. 224). Uma análise quanto à racionalidade do julgamento em si recai sobre a justificativa externa – a das premissas em si.

A função da justificativa externa é justificar as premissas usadas no processo de justificação interna. As premissas são de três tipos: regras de lei positiva, afirmações empíricas e “premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras de lei positiva” (ALEXY, 2001, p. 225). Seis são as formas de justificativa externa (ALEXY, 2001, p. 226): a) regras e formas de interpretação (estatuto; cânones de interpretação); b) argumentação dogmática (dogmática); c) uso de precedentes (precedentes); d) argumentação geral prática (razões); e) argumentações empíricas (fatos), e f) formas especiais de argumentos jurídicos (argumentos de retórica jurídica). Tais regras do discurso jurídico, apesar de permitirem a for-

mulação de justificativas racionais, não estipulam as premissas normativas adotáveis ao caso (ALEXY, 2001, p. 267), permitindo a existência de várias respostas plenamente racionais, mesmo que incompatíveis entre si.

6. Teoria dos princípios e metodologia de aplicação do direito

A teoria dos princípios⁵ teve como marco teórico os trabalhos de Josef Esser (1961, p. 36), que, nos anos 50, instituiu a terminologia distintiva entre regras e princípios. Mas foi, a partir dos anos 60, com as obras de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, dentre outros, que a teoria dos princípios propiciou importante modificação nos paradigmas da aplicabilidade do direito.

Ronald Dworkin (2002, p. 39), ao negar a incompletude do direito, dá ênfase ao caráter deontológico dos princípios (HABERMAS, 2003, p. 317-8). Os princípios jurídicos, em sentido deontológico, assim como as regras, apontam as decisões particulares relativas às obrigações jurídicas de certa situação. O fato de os princípios, de modo distinto das regras, as quais são aplicáveis à maneira disjuntiva, possuírem dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002, p. 42), o que inclina a

5. Na primeira metade do século XX, os princípios gerais de direitos já estavam presentes nos códigos ou lei de introdução aos códigos, como norma de integração do direito. A aplicação dos princípios gerais de direito, mesmo na ausência de texto legal, tornou-se clássica com a decisão de 26 de outubro de 1945, do Conselho de Estado da França (BERGEL, 2001, p. 106). Por outro lado, a partir de 1946 o constitucionalismo atinge sua máxima difusão e universalidade (BIDART CAMPOS; CARNOTA, 1998, v.1, p. 160), produzindo uma constitucionalização mais ampla dos princípios jurídicos, que ficou conhecida por segunda fase ou fase não-programática, na qual os princípios adquirem normatividade constitucional plena (BONAVIDES, 2001, p. 246). Nesse contexto histórico, Betti deu ênfase aos princípios gerais como um dos instrumentos de heterointegração do direito e reconhece o conteúdo deontológico nos princípios do direito, que os caracteriza como critérios de valoração normativa da ordem jurídica. Crisafulli reconheceu a natureza normativa dos princípios gerais e classifica-os em princípios expressos e não expressos, os quais são formulados pelo intérprete, que "busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama de espírito do sistema" (BOBBIO, 1991, p. 159). Pergolesi, por sua vez, identificou os princípios como normas de si mesmas, principalmente quando codificados ou, mais ainda, elevados à potência de normas constitucionais (BONAVIDES, 2001, p. 247). Esses trabalhos constituíram-se em precedentes importantes para o desenvolvimento posterior da teoria dos princípios.

decisão em uma direção, “embora não conclusiva” (DWORKIN, 2002, p. 57), não representa, segundo o autor, que os juízes têm poder discricionário na aplicação dos princípios. Quando “os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42). Torna-se fundamental, apesar de a mensurabilidade não ser exata, indagar que peso cada princípio tem, ou seu grau de importância (DWORKIN, 2002, p. 42-3), implicando dever de o magistrado, quando crê que um princípio tem mais peso ou importância do que outro, deliberar de acordo com isso (DWORKIN, 2002, p. 57). Assim como pode equivocar-se em seus juízos acerca das regras obrigatórias (DWORKIN, 2002, p. 57), também tem possibilidade de errar quanto à sua avaliação dos princípios. O que não descaracteriza o caráter obrigatório dos princípios, enquanto normas jurídicas.

Robert Alexy compreendeu princípios em seu sentido axiológico (HABERMAS, 2003, p. 318). De início, Alexy considera as regras e princípios espécies de normas, porque ambos falam o que deve ser e podem ser depurados por meio de expressões deônticas básicas: mandado, permissão e proibição (ALEXY, 1997, p. 83). Em seguida, nega a afirmação de que os princípios são razões para as regras e estas para os juízos, de modo que aqueles não podem ser razões imediatas para estes, pois tanto as regras podem ser razões de outras regras, como os princípios razões diretas de juízos (ALEXY, 1997, p. 102). Segundo o autor, as regras exigem uma observância plena, que lhes impõe o cumprimento ou não, conforme sejam válidas ou não, isto é, estejam ou não no interior de dado sistema jurídico (ALEXY, 2003, p. 96). O método de aplicação das regras é o da subsunção e o conflito entre elas soluciona-se pelos critérios que determinam se estão dentro ou fora de dado sistema ou regime jurídico (ALEXY, 2003, p. 97), resolvendo-se como um problema de validade normativa. Os princípios, de modo diverso do das regras⁶, são mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependentes da possibilidade real e jurídica (ALE-

6. Nas lições de Luís Roberto Barroso (2004, p. 359): “os princípios, por sua estrutura ou natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade”.

XY, 2003, p. 35). A colisão de princípios, como um problema de ponderação (ALEXY, 2003, p. 99-100), resolve-se pelo estabelecimento de uma relação de precedência entre os dois princípios relevantes, condicionada às circunstâncias do caso concreto, em observância a uma regra de colisão, segundo a qual as condições, sobre as quais um princípio tem prioridade frente a outro, constituem o suporte de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem prevalência (ALEXY, 2003, p. 101-3) em uma ponderação. Nesse sentido, os direitos fundamentais, como princípios materiais (ALEXY, 2003, p. 37), afetos aos problemas de ponderação, representam uma “ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular” (HABERMAS, 2003, p. 318), na medida em que a constituição é compreendida como uma ordem concreta de valores, sendo os princípios, como direitos fundamentais, regras axiológicas, que fixam os padrões éticos de uma sociedade.

Gustavo Zagrebelsky (1999, p. 110-1), ao enfrentar o problema da distinção regra-princípio, sugere que os princípios possuem natureza prevalentemente constitutiva da ordem jurídica, enquanto as regras se esgotam em si mesmas, ou seja, não detêm força constitutiva fora do que elas mesmas significam. As regras contêm acepção própria, sendo-lhes aplicáveis os variados e virtuosos métodos de interpretação. Aos princípios, diferentemente das regras, somente se lhes podem dar qualquer significado operativo, fazendo-se relação direta a algum caso concreto, não apropriado ao emprego dos métodos de interpretação. Com efeito, para o autor, as regras têm força constitutiva restrita ao seu próprio significado, que pode ser atingido pelos métodos de interpretação, e os princípios são normas constitutivas da ordem jurídica, que, apenas em um caso concreto, se pode entender seu alcance.

Assim sendo, pode-se concluir que: a) as regras são significados e definições de palavras e termos construídas a partir de textos legais, tarefa similar à de um lexicógrafo (SHAMAN, 2001, p. 36), que não possuem força constitutiva fora do que elas mesmas significam, mas têm significado próprio que lhes permite funcionar como critério e argumento de qualificação jurídica de todo ou parte do campo de incidência normativa de um direito (caráter instrumental das regras), por meio de uma ponderação de razões jurídicas, que formam um discurso de análise e adesão a argumentos interpretativos, prós ou contra, formulados no processo de

uma construção interpretativa instrumental – dialética discursiva, aplicáveis à solução das controvérsias fáticas, ao dar sentido às categorias normativas e verificar seus enquadramentos a situações sociais conflitantes, como tipos normativos que os qualificam juridicamente – método de categorização; b) os princípios são critérios e argumentos de justiça, de caráter obrigatório (*propriedade deontológica*) que permitem a construção da ordem jurídica (*propriedade constitutiva*), cujo significado operativo somente é percebido em relação direta a algum caso concreto, decorrendo sua efetividade, quando não há regras a delimitar o âmbito de incidência de um direito ou as regras existentes foram consideradas incompatíveis com a ordem constitucional, pela ponderação concreta dos valores subjacentes aos princípios (*propriedade axiológica*) – discursiva tópica.

Com efeito, a efetivação dos direitos decorre de duas técnicas discursivas: a) a categorização (PEREIRA, 2006, p. 234-243), que consiste em delinear os contornos aplicativos de um direito sem a necessidade de confrontá-lo com outro, por meio de categorias gerais formuladas, que qualificam juridicamente uma situação social, enquadrando-a na tipologia de uma regra jurídica que delimita o âmbito de incidência dos direitos por meio da ponderação de razões jurídicas – o problema apresenta-se como questão de emprego do método de interpretativos instrumentais de regras, ou seja, da contraposição entre argumentos interpretativos, prós e contras (discursiva dialética), na qual se delimita o sentido tipológico da categoria que qualifica juridicamente uma situação social como campo aplicativo de um direito fundamental, e b) ponderação de valores, enquanto decorrência natural da *propriedade axiológica dos princípios*; ocorre quando não há regras a delimitar o âmbito de incidência de um direito ou tais regras foram consideradas incompatíveis com a ordem constitucional, exigindo-se, tendo como ponto de partida um problema concreto, uma ponderação axiológica, em relação a outros princípios concorrentes (problemas de colisão de princípios), na qual a aplicação do princípio prevalente enseja, também, a de outros que com ele concorram, no sentido de proporcionar o mínimo de restrição à eficácia normativa dos princípios envolvidos – discursiva tópica. A categorização é taxonômica, decorre de uma distinção de tipos normativos e revela o papel instrumental das regras jurídicas. A ponderação sopesa valores, consiste em uma questão de grau e indica o caráter constitutivo da ordem jurídica que desempenha os princípios.

7. Conclusão

A pós-modernidade, que representa a crise do pensamento metafísico e da própria razão jurídica e a radicalização da transição lingüística, propiciou condições para: a) reconhecer a historicidade do consenso social e do constitucionalismo democrático como fundamento de todo o direito; b) situar o problema da interpretação e da concretização do direito no campo da linguagem e da aceitabilidade ou razoabilidade discursiva; c) a compreender, graças à teoria dos princípios, que, ao lado do direito de regra, aplicável por categorização, existem os princípios constitucionais, cujas propriedades *deontológica*, *axiológica* e *constitutiva* os transformam em vasta rede axiológica de valores comunicantes (BRITTO, 2006, p.168), funcionando como diretrizes político-constitucionais dirigidas ao poder público para a elaboração e cumprimento de leis, e aos operadores dos direitos para a solução de processos (ROSS, 2000, p. 60), no sentido de que os princípios constitucionais são dotados de eficácia plena e imediata⁷ no plano vertical e horizontal (MIRANDA, 2000, p. 345-352), e informam e constituem toda ordem jurídica.

7. Dois métodos discursivos têm sido utilizados na ponderação direta dos princípios fundamentais: o *categorical balancing* e o *ad hoc balancing*. O primeiro método discursivo é mais usual na Suprema Corte dos Estados Unidos e o segundo nas jurisdições federais alemãs (RIGAUX, 2000, p. 292). O método *categorical balancing* é uma técnica discursiva de ponderação que objetiva a harmonização e o equilíbrio entre os princípios em colisão, que permite ao intérprete-aplicador, em única decisão concreta, admitir a convivência e a conciliação entre princípios concorrentes, em um sistema de freios e contrapesos, similar à lógica do regime democrático (COELHO, 1997, p. 82). O método é construtivista e possibilita à jurisprudência estabelecer um equilíbrio entre os valores fundamentais em jogo no caso concreto, reescrevendo o texto do instrumento normativo, de modo a redefinir seu alcance normativo ou flexibilizar sua dimensão formal, criando um elo de equilíbrio e controle normativo entre os valores em conflito. O método *ad hoc balancing* é uma técnica discursiva de ponderação, na qual o equilíbrio é necessariamente rompido, fazendo com que a balança penda para um lado, em favor de um princípio e em detrimento de outro, no caso concreto, ao se reconhecer maior dimensão de peso a um que ao outro. Nesse particular, o método não reconstrói, imperiosamente, o texto do instrumento normativo, pois opta pela incidência de um dos valores fundamentais para a solução da questão concreta, sem criar um elo intermediário de equilíbrio ainda não textualizado normativamente. O método comporta três fases: a) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*), na qual se avaliam exaustivamente os elementos e argumentos do caso concreto; b) realização da ponderação (*Abwägung*), que estabelece a relação de primazia de um princípio sobre outro, definindo os elementos do objeto de sopesamento, e c) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*), onde se estabelecem as regras de relação, principalmente “de primazia entre os elementos objetos de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso” (ÁVILA, 2004,

Referências

AARNIO, A. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schilda Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALONSO, L. E. **Crisis y transformación de los nuevos movimientos sociales en un entorno posfordista**. Comportamiento Político y Electoral. Coord: Pilar del Castillo. Madrid: CIS, (578-631) 1994.

ANDERSON, P. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ATIENZA, M. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, NacCormick, Alexy e outros**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertinno. São Paulo: Landy, 2000.

p. 96). Os dois métodos discursivos, de fato, não se distanciam por completo. O método *ad hoc balancing* tem o princípio da efetividade mínima como limite corretivo, o que implica fato de que, no balanceamento e sopesamento dos valores fundamentais, ao dar primazia a um dos princípios, não se pode eliminar a eficácia do outro por completo, exigindo-se que a ponderação reserve um mínimo de eficácia ao princípio não prevalente, que lhe garanta a existência enquanto princípio vigente. O método *categorical balancing* funda-se no princípio da máxima efetividade possível dos princípios em jogo, o que não significa que, no momento de balanceamento e sopesamento dos valores fundamentais, a balança não penda mais para um lado do que para outro, como forma de melhor equacionar o sistema de freios e contrapesos, exigido no caso sob exame.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, L R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERGEL, J. L. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermentina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BIDART CAMPOS, G. J.; CARNOTA, W. F. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires: Editar, 1998, v.1.

BITTAR, E. C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da ordenação jurídica**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Editora Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRITTO, C. A. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRÜNNER, J. J. **Globalización cultural y posmodernidad**. México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

COELHO, I. M. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DERRIDA, J. **L'oreille de l'autre**. Montréal: VLB Éditeur, 1982.

_____. **Living on: border lines**. Translated by James Hulbert.

In: *Deconstruction & Criticism* (Org. Hartman, G.). N.Y.: The Seabury Press, (75-176) 1979.

_____. *Résistances*. In: *Résistances de la Psychanalyse*. Paris: Editions Galilée, (11-53) 1996.

DEWEY, J. **Experiência e natureza; lógica – a teoria da investigação; a arte como experiência; vida e educação e teoria da vida moral**. Traduções de Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme, Anísio S. Teixeira, Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

ESSER, J. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FINNIS, J. M. **Natural law and legal reasoning**. In. George Roberto p. (edit.). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____. **Natural law and natural rights**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.

FRANKENBERG, G. **A gramática da constituição e do direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GADAMER, H. G. **Verdade e método I: complemento e índice.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrolina: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

_____. **Verdade e método II: complemento e índice.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrolina: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho.** Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____; DWORKIN, R. **La decision judicial: el debate Hart – Dworkin.** Estudio preliminar César Rodríguez. Traducción Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editor; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

HARVEY, D. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.** Tradução de Adail Ubirajara Sabral; Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, M. **Conferências e escritos filosóficos.** Tradução de Ernildo Sterin. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KANT, I. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KARIEL, H. S. **Aspectos do pensamento político moderno.** Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982.

MARCUSE, H. **Eros e civilização: uma interpretação filosófica do**

pensamento de Freud. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MIRANDA, J. **Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais.** In: Estudos Jurídicos e Econômicos em homenagem ao Professor João Lumbrals. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORA, J. F. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NIETZSCHE, F. W. **Obras incompletas.** Seleção de textos de Gerard Lebrun e tradução de Rubens Rodrigues Torres Filhos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, C. **Retóricas.** Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, J. **Justiça e democracia.** Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justicia como equidad.** Traducción M. A. Rodilla. Madrid: Tecnos, 1999.

RIGAUX, F. **A lei dos juízes.** Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROBLES, G. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito.** Tradução de Roberto Barbosa Alves. Burueri, SP: Manole, 2005.

RORTY, R. **La filosofía y el espejo de la naturaleza.** Traducción de Jesús Fernández Zulaica. Madrid: Catedra, 1995.

_____. **Verdade e progresso.** Tradução de Denise R. Sales. Barueri-SP: Manole, 2005.

ROSS, A. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SHAMAN, J. M. **Constitutional interpretation: illusion and reality**. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 2001.

SICHES, L. R. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable**. México: FCE, IIF/UNAM, 1971.

STRUCHINER, N. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta de linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOULMIN, S.; RIEKE, R.; JANIK, A. **Introduction to reasoning**. Nova York: MacMillan, 1984.

TOURAINÉ, A. **Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia**. Traducido por Ricardo González. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

TRIBE, L.; DORF, M. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VANDEVELDE, K. J. **Pensamento como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VIEHWEG, T. **Tópica y jurisprudencia**. Traducción L. Díez Picazo. Madrid: Taurus, 1964.

VILLAR BORDA, L. **Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Os pontos de convergências e divergências na organização do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Tribunal Constitucional Espanhol

Erion de Paiva Maia*

RESUMO

Busca-se com este trabalho apontar as eventuais similitudes e incongruências entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Tribunal Constitucional espanhol, porquanto sendo aquele, erigido ao patamar de guardião da Carta Constitucional da República Federativa do Brasil, tem sido alvo de discussões acaloradas por parte de renomados constitucionalistas brasileiros, no que pertine ao seu verdadeiro papel de intérprete das leis, principalmente em razão da sua forma estrutural discrepar dos modelos de tribunais constitucionais europeus, instituídos, via de regra, como poderes autônomos e como tais, desvinculados do Poder Judiciário.

* Promotor de Justiça do Estado do Tocantins, Mestre em Direito. Área de Concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS –, e Professor da Faculdade de Direito de Gurupi, Fundação UNIRG.

1. Introdução

O presente ensaio tem por escopo traçar um paralelo entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Tribunal Constitucional espanhol, apontando seus antecedentes históricos, composição, estrutura de cada uma das Cortes, forma de escolha, atributos pessoais exigíveis, duração do mandato, tempo de serviço para aposentadoria, garantias, incompatibilidades, matérias de suas competências e tipos de controle de constitucionalidade, confrontando finalmente os pontos convergentes e divergentes outorgados nas Constituições de cada país, bem como em seus respectivos Regimentos Internos.

A escolha pelo Tribunal Constitucional espanhol deve-se notadamente ao fato de ser ele um dos mais renomados da Europa – não obstante ter pouco mais de vinte e cinco anos de existência¹ –, bem como em razão das similitudes históricas entre os dois países.

O enfoque busca também apontar a discussão doutrinária em torno do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo de interpretação da Constituição Federal que é, quando o assunto abordado pende de decisão de cunho eminentemente político e não jurisdicional.

A polêmica que se instalou acerca do assunto supra-referenciado, basicamente, gira em torno de dois pontos, quais sejam: o tecnicismo que o Supremo Tribunal Federal prima em suas decisões quando instado a se

1. O Tribunal Constitucional espanhol foi instituído na Constituição da Espanha de 1978, artigos 159 *usque* 165 e site.

manifestar sobre questão de inconstitucionalidade de lei e os vários modelos adotados no ordenamento jurídico pátrio, para a defesa da supremacia constitucional, causas essas de difícil solução, segundo os críticos, para quem recebeu do constituinte brasileiro o selo indelével de Corte Constitucional.

E a Corte Constitucional que seus idealizadores defendem para a nação brasileira é inegavelmente ao estilo daquela estruturada no continente europeu e elevada ao status de poder pelo professor Cezar Saldanha Souza Júnior em sua obra *O Tribunal Constitucional como Poder*².

Os grandes conflitos políticos, precipuamente aqueles que culminaram com a Segunda Guerra Mundial (1919-1936), deixaram profundas feridas. As atrocidades perpetradas por vários ditadores, com destaque para o tirano Adolf Hitler e seus seguidores – na busca da formação de uma raça pura (ariana) –, além de deixarem o mundo perplexo e sem rumo, solaparam os direitos humanos, em especial do povo judeu.

Assim, para se acautelar dos totalitarismos e dos autoritarismos, o Ocidente decidiu criar mecanismos mais eficientes e capazes de barrar tais forças. Isto significou a instrumentalização de um tribunal – o Tribunal Constitucional – independente e soberano.

Não obstante a operacionalização de tão significativo instrumento de defesa, momentos conturbados são vividos pela humanidade nos dias de hoje. Em pleno século XXI, vemos ainda, lamentavelmente, determinados governos preterindo a diplomacia e o respeito não só à Soberania de outro ente Estatal, como também a obediência aos direitos individuais dos cidadãos. Isto, muito embora cause um sentimento de revolta, evidentemente não interromperá o processo de consolidação dos Tribunais Constitucionais como verdadeiros guardiões, tornando ainda mais efetiva e concreta a jurisdição constitucional.

Com estas considerações finalizamos a parte introdutória, passando destarte à abordagem comparativa entre as precitadas Cortes, iniciando-se pelo STF, esperando que, ao final, a conclusão aponte ao operador do direito qual dos modelos oferece maior segurança jurídica aos cidadãos dos respectivos países.

2. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

2. Supremo Tribunal Federal

2.1. Antecedentes históricos

No período colonial³, a instância máxima do Poder Judiciário era a Casa de Suplicação do Brasil, instituída por força do Alvará Régio de 10 de maio de 1808, da lavra do Príncipe D. João VI.

Durante aproximadamente 60 anos de regência da Justiça no Brasil colônia, os recursos – agravos e apelações – das decisões de primeiro grau eram julgados na corte portuguesa⁴. Com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, fugida do exército de Napoleão, que invadira aquelas terras, D. João decidiu transformar a Relação⁵ do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil⁶.

No auge do Império, inspirada no constitucionalismo inglês, surgiu a

3. “O período colonial apresenta três fases distintas. A primeira corresponde à época dos donatários. Iniciando a colonização, D. João III dividiu o Brasil em doze capitanias que foram entregues a doze donatários, a título perpétuo e hereditário. Por força das cartas forais de doação, exerciam os donatários ampla jurisdição criminal, abrangendo, inclusive, a aplicação das penas de morte e de degredo. Nas causas cíveis, quando de valor além de cem mil reis, admitia-se o direito de apelação aos tribunais da Corte. A administração dessa Justiça, de feito tipicamente feudal, fazia-se por intermédio de juízes ordinários, almotacés, vereadores e outros funcionários, todos nomeados pelo donatário, competindo à autoridade pessoal deste o reexame das decisões em grau de recurso.

A segunda fase do período colonial é a das governorias gerais, quando a organização judiciária do Brasil regulava-se pelas Ordenações Filipinas. Havia os ouvidores-gerais, corregedores, ouvidores de comarca, provedores, juízes de fora, juízes ordinários, juízes de órfãos, juízes de vintena, almotacés, alcaides, vereadores e outros funcionários, uns nomeados em nome do rei e outros eleitos pelos homens bons do povo. Esse corpo de funcionários dos serviços da Justiça constituía a primeira instância de processo e julgamento. Para o julgamento dos recursos foram instalados Tribunais de Relações, um na Bahia e outro no Rio de Janeiro. Nas de valor acima de um conto e duzentos mil réis, admitia-se recurso para o Desembargo do Poço de Lisboa. Essa apelação, porém, como nos relata o historiador Armitage, raras vezes aproveitava ao apelante que não tivesse bons patronos na Corte ou que não pudesse oferecer mais valioso suborno que o seu antagonista. Com maior desenvolvimento da Colônia foram criadas ainda as Juntas das Capitanias, como tribunais irrecorríveis no julgamento dos crimes contra a paz pública.

A terceira fase do período colonial corresponde à época da transmigração da corte de D. João VI, em 1808, quando o Brasil foi elevado à categoria de Reino Unido ao de Portugal e Algarves. [...]” (MALUF, Sahid. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1984, p. 301-302)

4. Os processos seguiam para Portugal em caravanas, único meio de transporte e de comunicação à época. A prestação jurisdicional por conta disso se tornava demasiadamente difícil e lenta.

nossa primeira Carta Política, outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro I, contemplando esta no artigo 163 que, na Capital, além da Relação, haveria também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça⁷.

No entanto, somente em 18 de setembro de 1828 D. Pedro I sancionou a lei criando o precitado tribunal⁸, tendo sido instalado em 29 de janeiro de 1829⁹, sob a presidência do Ministro José Albano Frago, nomeado pelo Imperador¹⁰.

A Constituição imperial não contemplou o instituto do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Tal incumbência ficou por conta do próprio Poder Legislativo¹¹, influenciado notadamente no constitucionalismo francês que sempre conferiu o exercício do controle de constitucionalidade a ente político¹².

A Carta Política Republicana, inspirada no ideário liberalista vindo da América do Norte, instituiu um novo paradigma de Poder Judiciário¹³. Com a criação do sistema federativo que tem no Judiciário seu principal instrumento de sustentação, adquiriu este Poder o verdadeiro lugar que lhe cabe na ordem constitucional. Tornou-se, com isso, estruturado de

5. Relação significa a antiga denominação comum aos tribunais de Segunda instância.

6. A Casa de Suplicação de Lisboa era o mais elevado órgão do Poder Judiciário de então, razão essa da transformação aludida. Os demais tribunais eram os seguintes: Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens.

7. NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 1, p. 100.

8. O Supremo Tribunal de Justiça compunha-se de dezessete magistrados (intitulados de Conselheiros) e realizou sua última sessão em 21 de fevereiro de 1891.

9. A competência do Supremo Tribunal de Justiça consistia em conceder ou negar revista às causas julgadas pelas Relações, nos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória; conhecer dos delitos e erros de ofício cometidos por seus Ministros, membros das Relações, empregados do Corpo Diplomático e Presidentes das Províncias. NOGUEIRA, 2001, v. 1, art. 164, p. 100.

10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Galeria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/ministros/Breve.asp>>. Acesso em: 12 jul 2005.

11. Art. 15, inciso VIII. Nogueira, 2001, v. 1, p. 82.

12. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 34, n. 135 jul/set 1997, p. 185.

13. A Constituição de 1891, "instituiu o regime federativo, bipartindo a Justiça federal e estadual, num sistema de dualidade que permanece até hoje." SIFUENTES, Mônica Jacqueline. *O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo11.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2005.

fato para assegurar o exercício dos direitos individuais, mesmo quando igualados em face dos primordiais interesses do Executivo¹⁴.

Proclamada a República, no mandato do presidente Marechal Deodoro da Fonseca, cogitou-se a criação e composição do Supremo Tribunal Federal (Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890)¹⁵, no entanto, somente pouco menos de um mês depois é que o Decreto nº 848, de 11 de outubro, transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Enfim, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, o Supremo Tribunal Federal é definitivamente instalado, em 28 de fevereiro¹⁷, com a composição de 15 ministros, a maioria oriunda do Supremo Tribunal de Justiça¹⁸, com poderes expressos de declarar a inconstitucionalidade das leis¹⁹.

Conforme se verifica, os tribunais de última instância da justiça brasileira se resumem em três, sintetizados na brilhante pesquisa elaborada pelo Ministro Celso de Mello, da seguinte maneira:

Os órgãos de cúpula da Justiça no Brasil, em ordem sucessiva, considerada a sua precedência histórica, foram 1) a *Casa da Suplicação do Brasil* (instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10/05/1808), 2) o *Supremo Tribunal de Justiça* (Império) e 3) o *Supremo Tribunal Federal* (República). Esses órgãos de cúpula, ao longo de nosso processo histórico, desde a fase colonial (*Casa da Suplicação do Brasil*), passando pelo regime monárquico (*Supremo Tribunal de Justiça*) e chegando à República (*Supremo Tribunal Federal*), abrangem um período de 195 anos (10/05/1808 até o presente ano de 2003)²⁰.

14. MALUF, 1984, p. 303.

15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2005.

16. FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. 500 anos da Justiça Brasileira. Disponível em: <<http://www.tj.ma.gov.br/Artigos/artigos04.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2005.

17. [...] sob a presidência interina do Visconde de Sabará, João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato, quando foi eleito Presidente o Ministro João Antonio de Araújo Freitas Henriques. UMA VISITA ao Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/visitaSTF/>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

18. FERREIRA, 2005.

Ao longo da história republicana, o Supremo Tribunal Federal sofreu algumas alterações em sua nomenclatura. Com efeito, a Constituição de 1891 consagrou o órgão de cúpula com a denominação de Supremo Tribunal Federal²¹. A Constituição de 1934, no entanto, mudou seu nome para Corte Suprema²². A Carta de 1937 restabeleceu o nome tradicional, ou seja, Supremo Tribunal Federal²³. A Constituição de 1946, conservou, neste particular, o nome do órgão máximo do Poder Judiciário conforme se verifica do artigo 98²⁴.

19. "Além do Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário brasileiro, colocado no ápice da pirâmide judiciária, hoje, composto por 11 Ministros, temos 04 Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça – STJ, compondo-se de, no mínimo, 33 Ministros (um terço dentre juízes dos TRFs, um terço dentre desembargadores dos TJs e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal); o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, com 07 Ministros (03 do STF, 02 do STJ e 02 advogados); o Tribunal Superior do Trabalho – TST, com 17 Ministros (11 juízes dos TRTs, 03 dentre advogados e 03 dentre membros do Ministério Público do Trabalho); e o Superior Tribunal Militar – STM, com 15 Ministros (03 oficiais-generais da Marinha, 04 oficiais-generais do Exército, 03 oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, mais 05 civis, sendo 03 advogados e 02, por escolha paritária, dentre juízes auditores e Membros do Ministério Público da Justiça Militar).

Quanto aos Tribunais de 2º grau, temos: 1º) A Justiça da União: composta por 05 Tribunais Regionais Federais; 27 Tribunais Regionais do Trabalho (certo que haverá um em cada Estado e um no Distrito Federal); 27 Tribunais Regionais Eleitorais (devido ter um em cada Estado e um no Distrito Federal); 2º) A Justiça Estadual: compõe-se de 26 Tribunais de Justiça (temos mais um no Distrito Federal); 03 Tribunais de Justiça Militar estadual (Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul). Alguns Estados, até pouco tempo, ainda mantinham Tribunais de Alçada que eram em número de 08, a saber: 03 em São Paulo: 02 cíveis e 01 criminal; 02 no Rio de Janeiro: 01 cível e 01 criminal, 01 em Minas Gerais, 01 no Paraná e 01 no Rio Grande do Sul). A Carta Política de 1988 estabeleceu que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas civis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumário, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transcrição e o julgamento de recursos por turmas de juízes de 1º grau, bem assim, criarão Justiça de Paz composta de cidadãos eleitos, com competência para celebrar casamento e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas em lei". (Ibid., p. 2)

20. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Discurso proferido por ocasião dos 175 anos da lei que criou o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp>. Acesso em: 12 jul. 2005.

21. BALEEIRO, Aliomar. Constituições brasileiras: 1891. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 2, art. 55 "caput", p. 92.

22. POLETTI, Ronaldo. Constituições brasileiras: 1934. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 3, art. 73 "caput", p. 141.

23. PORTO, Walter Costa. Constituições brasileiras: 1937. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 4, art. 97 "caput", p. 93.

24. LIMA SOBRINHO, Barbosa et al. Constituições brasileiras: 1946. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 5, p. 87.

A Constituição de 1967²⁵, a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969²⁶, e a Magna Carta de 1988²⁷ mantiveram intocável a denominação de Supremo Tribunal Federal como órgão maior do Poder Judiciário brasileiro.

Após breve incursão acerca dos antecedentes históricos, faz-se necessária a abordagem da composição do Pretório Excelso.

2.2. Composição

Atualmente o Supremo Tribunal Federal é composto de 11 ministros. Esse número, no entanto, tem suportado modificação ao longo dos cento e dezoito anos de república. Na primeira Constituição republicana, era ele composto de quinze ministros. Aliás, esta Constituição não fez senão reproduzir o preceito insculpido no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal²⁸. A Carta de 1934 o previu com onze²⁹, assim como o fez a de 1946. O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, elevou-o para dezesseis, número esse repetido no texto constitucional de 1967. O Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, reduziu-o novamente a onze, sendo esse número mantido tanto pela Emenda Constitucional nº 1, como pela Carta Política de 1988³⁰.

É de se ressaltar que a fixação do número de integrantes da mais elevada corte de justiça é de extrema importância, porquanto evita que por interesses ocasionais ou para satisfação de ambições açodadas, ou prêmio a ministros de Estado que vão deixar os cargos, se eleve, ou para obtenção de maioria segura, diminua-se³¹.

25. CAVALCANTI, Themístocles Brandão et al. *Constituições brasileiras: 1967*. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 6, art. 118 "caput", p. 142.

26. EMENDAS constitucionais. In: *CONSTITUIÇÕES brasileiras: 1969*. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 6-A, art. 118 "caput", p. 59.

27. TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 7, art. 101 "caput", p. 147.

28. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 243.

29. A Constituição de 1934, entretanto, facultou a elevação de ministros por lei, até dezesseis, mediante proposta do tribunal, sendo, em qualquer caso, irreduzível (§ 1º, do art. 73).

30. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268.

31. MALUF, 1984, p. 313.

Sempre foi da tradição de nosso direito a previsão constitucional do número de membros do Supremo Tribunal, existindo desde a primeira Constituição Republicana, sendo, inclusive, saldada por Rui Barbosa como uma “superioridade” em relação à Constituição americana (fonte de inspiração da nossa Carta republicana), em defesa das garantias da magistratura³².

Idêntica comparação é feita pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “entendeu o constituinte ser necessário impedir que essa composição fosse ampliada por motivos políticos”³³.

O Ministro do STF, Carlos Mário da Silva Velloso, em palestra proferida no Seminário de Direito Constitucional, promovido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, instado a responder uma indagação sobre o tema, assim se manifestou:

Eu penso que aumentar o número de membros do Tribunal é a solução mais fácil para se resolver o problema, mas não é a melhor. Eu acho que, como Corte Constitucional, não pode o Supremo ter ampliado o número de seus juizes. É que a Corte decide, em Plenário, a questão constitucional. Ora, se a Corte for muito grande, as decisões serão obtidas com maior dificuldade. De outro lado, uma Corte menor será mais uniforme, será menos heterogênea, as questões podem ser discutidas com mais profundidade. [...]³⁴.

Como se percebe, o aumento do número de membros do STF não é visto com bons olhos nem mesmo por seus próprios ministros. Apesar da resistência, entretanto, na esteira da reforma do Poder Judiciário, várias propostas, dentre outras a elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil, mais precisamente pela Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário, que teve como Presidente Reginaldo Oscar de Cas-

32. BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 7-9.

33. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 465.

34. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de Guarda da Constituição. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 4, p. 1993, p. 235-236.

tro, como Coordenador Sérgio Ferraz e membros Ada Pelegrini Grinover, Antônio Nabor Areias Bulhões, José Eduardo Rangel Alckmim e Roberto de Figueiredo Caldas, a qual propugnava pela transformação do Supremo em Corte Constitucional composta de quinze Ministros, escolhidos dentre brasileiros natos com mais de quarenta e menos de sessenta e dois anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, para o exercício de oito anos, vedada a recondução³⁵.

A composição do sodalício com certeza ainda renderá muitas discussões acaloradas no mundo jurídico. Enquanto isso, mister se faz apresentar sua estrutura, o que será objeto do capítulo seguinte.

2.3. Estrutura

O Supremo Tribunal Federal sempre funcionou unicameralmente, como sendo um só corpo ou um só ente. O Decreto nº 10.956, de 1931, baixado pelo governo provisório revolucionário de 1930, o dividiu em duas turmas de cinco ministros cada uma, tendo o Decreto-lei nº 6, de 1937, confirmado tal fórmula³⁶.

A Carta Magna de 1934 apenas permitiu a divisão do tribunal em câmaras ou turmas, distribuindo entre elas o julgamento dos feitos, com recursos ou não para o plenário (art. 73, § 2º), tendo a de 1946 silenciado neste particular.

O governo ditatorial de 1964, através do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que elevou para dezesseis o número de ministros do Supremo Tribunal Federal, como dito anteriormente, desdobrou, por conta disso, em três turmas de cinco ministros cada uma (art. 6º), patamar esse incorporado ao texto originário da Carta de 1967 (§ 2º, do art. 119). O Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969 e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, mantiveram o funcionamento do Supremo dividido em turmas (art. 120).

A nova ordem constitucional não cuidou explicitamente deste assun-

35. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Tribunal Constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 7, ago. 2004, p. 123.
36. MALUF, 1984, p. 314.

to, levando a se pressupor que tal silêncio se deveu ao fato de o mesmo já se encontrar disciplinado no Regimento Interno da Corte.

2.4. Forma de escolha e atributos pessoais exigíveis

A seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não guarda qualquer semelhança com a forma eleita pelo Tribunal Constitucional espanhol.

Com efeito, os membros da nossa Corte Constitucional sempre foram escolhidos livremente pelo Presidente da República, embora restando tal nomeação condicionada à aprovação pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CF/88). A exigência insculpida no texto constitucional, por sinal de tradição secular, visa a impedir que o chefe do Poder Executivo escolha para tão nobilitante cargo pessoas inexperientes, inexpressivas ou politicamente comprometidas³⁷.

A indicação, como visto, não recai sobre qualquer pessoa. Para fazer parte do seletto quadro de Ministros do STF, o candidato ou candidata tem que preencher alguns requisitos indispensáveis. A Magna Carta de 1988 estabelece no artigo 101 que a pessoa indicada para o cargo de Ministro deve ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; ser possuidor de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A Constituição de 1891 estabeleceu que a escolha seria feita dentre cidadãos de notável saber e reputação, com os mesmos predicados de elegibilidade para o Senado (artigo 56). Sobre o tema, assevera o saudoso Pedro Lessa que, dada a função dos juízes, o saber reclamado no texto constitucional evidentemente fundava-se no conhecimento dos vários ramos do direito³⁸.

Porém, essa não era a interpretação seguida por nossos governantes, especialmente pelo segundo Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, de sorte que, não obstante a literalidade do texto que exigia notável saber e reputação, ainda assim, fizeram parte da Suprema Corte um médico – Cândido Barata Ribeiro – e dois generais do exército – Rai-

37. FERREIRA FILHO, 1986, p. 466.

38. LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 28.

mundo Ewerton Quadros e Inocêncio Galvão de Queirós –, que nenhuma competência revelaram em assuntos jurídicos, como anota o mestre e jurista mineiro.

A partir de 1934, todas as Constituições enfatizaram como requisitos imprescindíveis, o notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo o saber jurídico, para renomados constitucionalistas como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pedro Lessa e Michel Temer, entendido como sendo aquele graduado em Direito³⁹, corrigindo-se com isso as indicações de pessoas sem formação em ciências jurídicas, como ocorrera no passado.

Outrossim, em virtude dos interesses nacionais, o legislador constituinte reservou com exclusividade o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal somente a brasileiro nato (art. 12, § 3º da CF/88). Exige-se também estar em pleno gozo dos direitos políticos.

2.5. Duração do mandato

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não cumprem mandato. O cargo é vitalício, podendo nele permanecerem até os setenta anos de idade, quando então são compulsoriamente aposentados⁴⁰.

As Constituições pretéritas, entretanto, trataram a idade máxima para aposentadoria compulsória ora majorando-a, ora reduzindo-a. A CF de 1934 estabeleceu a idade máxima de 75 anos de idade (art. 74, alínea “a”). A de 1937, em 68 anos (art. 91, letra “a”). As constituições de 1946, 1967 e 1969 estabeleceram a idade em parâmetros semelhantes à de 1988, ou seja, em 70 anos (artigos 95, § 1º; 113, § 2º e 113, § 1º, respectivamente).

2.6. Tempo de serviço

Não há um limite estabelecido para a permanência de um ministro no Supremo Tribunal. A escolha é feita dentre cidadãos com mais de trinta

39. FERREIRA FILHO. *Op. cit.* p. 466. TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 175.

40. Art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

consiste no privilégio de não poder perder o magistrado o cargo senão por força de decisão judicial, permitindo-lhe, com isso, mais liberdade, independência, autonomia, imparcialidade e segurança no seu mister.

A *inamovibilidade* traduz-se na garantia de o magistrado não poder ser removido de sua sede jurisdicional sem o seu prévio consentimento. Isso não impede, entretanto, em caso de interesse público, que o magistrado seja removido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal.

Finalmente, não pode o magistrado, como forma de pressão ao livre exercício de suas competências, sofrer redução em seus subsídios.

Lembramos, outrossim, que as garantias conferidas aos magistrados não se caracterizam como privilégio pessoal, senão como meio de assegurar o seu livre desempenho, de forma a revelar a autonomia do Poder Judiciário⁴³.

2.8. Incompatibilidades

Não basta para assegurar a imparcialidade dos magistrados protegê-los contra pressões. Necessário também se faz impedir que eles estabeleçam elos a interesses outros que não o da judicatura, comprometendo, por conta disso, a sua isenção.

São a esses fatos que visam as proibições elencadas no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal: a) – *exercício de outra atividade*: a Constituição brasileira proíbe que o magistrado exerça qualquer outro cargo ou função, exceto uma de magistério, assim mesmo desde que haja compatibilidade de horário, nos termos do art. 37, XVI; b) – *receber percentagens*: obviamente se o magistrado tivesse direito a qualquer vantagem nos processos que atua, com certeza passaria a ter interesse pessoal na decisão. Isso o levaria à situação de parcialidade, fator extremamente comprometedor à boa administração da Justiça; c) – *atividade político-partidária*: a intenção do legislador com a presente vedação é assegurar a total isenção de ânimos ao Judiciário para

43. TEMER, 1990, p. 175.

decidir questões de cunho partidário, comprometendo a independência e a imparcialidade dos magistrados. As vedações ao juiz atendem às exigências da ordem ética⁴⁴.

2.9. Competências

Como é sabido, a nossa Suprema Corte se espelhou na Corte norte-americana que tem jurisdição originária e jurisdição apelada⁴⁵.

A doutrina brasileira diverge quanto à divisão da competência do Supremo Tribunal Federal. Para uns ela se divide em duas partes: originária e recursal⁴⁶. Outros já afirmam sê-la quádrupla: originária, ordinária, extraordinária e revisional⁴⁷. Para a maioria, no entanto, ela é triparte: originária, recursal ordinária e recursal extraordinária⁴⁸.

A Constituição Federal estabelece no artigo 102 as matérias de competência do Supremo Tribunal Federal. Ei-las:

2.9.1 Competências originárias

As alíneas de “a” a “q” do inciso I elencam as competências originárias. A primeira delas, inserida na letra “a”, é para muitos a mais importante, eis que lhe compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Ora! Sendo o Supremo Tribunal Federal a Corte Constitucional brasileira, não resta dúvida ser esta competência a maior e mais essencial de todas. Aliás, para o Ministro Carlos Velloso, apenas essa poria o Supremo Tribunal em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional espanhol.⁴⁹

44. MALUF, 1984, p. 311.

45. FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 2, p. 375.

46. MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 466.

47. JACQUES, 1970, p. 244; FERREIRA, 1978, v. 2, p. 375.

48. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 485; MALUF, op. cit., p. 316; RUSSOMANO, Rosah. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 301-302; VELLOSO, 1993, p. 218.

49. *Ibid.*, p. 218.

Para o ministro, é a mais importante, porque é mediante o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade que o STF realiza o controle concentrado.⁵⁰

Nas alíneas “b” e “c”, estabelece-se a competência para o processo e julgamento, originariamente, nas infrações penais comuns, do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, de seus próprios Ministros e do Procurador-Geral da República, e nas infrações comuns e nos crimes de responsabilidade, dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art.52, I, dos membros dos Tribunais Superiores, dos do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ainda, originariamente, segue-se na alínea “d” a competência para julgar o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas “b” e “c”; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

As alíneas “e” e “f” cuidam da competência para o processo e julgamento dos litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território e as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da Administração indireta.

A letra “g” trata da competência para o julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro, esclarecendo que a alínea em comento deverá ser interpretada em conjunto com o que disciplinam os incisos LI e LII do artigo 5º da Constituição, que estabelecem que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, e que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. No plano infraconstitucional, a extradição está regulada na Lei nº 6.815/80,

50. Ibid., p. 218.

com a redação da Lei nº 6.964/81.

A alínea “i” estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário, cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância. Tratando-se, no entanto, de Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Militar de Estado-membro, a competência não é do STF e sim do STJ⁵¹.

A letra “j” firma a competência do STF para o julgamento da revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados, ou seja, de todos os julgados, tanto dos relatores como do plenário e das turmas.

A alínea “l” consagra que ao STF compete julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões.

A alínea “m” firma a competência originária do STF para a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

A letra “n” confere a competência ao STF para julgar a ação em que todos os membros da Magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados. Trata-se de atribuição nova, ressaltando-se que o STF tem interpretado a disposição em tela de maneira a restringir a competência aos casos em que a intervenção do Tribunal se torne efetivamente necessária. Em suma, quando o objeto da causa contemple uma vantagem ou um direito peculiar, próprio da Magistratura.

A alínea “o” preceitua que compete ao STF processar e julgar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro Tribunal. A regra, portanto, é: o conflito de competência entre o STJ e qualquer outro Tribunal, entre Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM e TST) e entre Tribunais Superiores e qualquer outro Tribunal será julgado pelo STF.

51. VELLOSO, 1993, p. 220-221.

A alínea “p” confere ao STF competência para processar e julgar medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. Como se vê, a Constituição autoriza o STF suspender a eficácia de lei ou ato normativo federal ou estadual objeto de ação direta. Registre-se que essa competência o STF a exerce pelo seu Plenário (RISTF, arts. 5º, X e 169 e ss.).

Por derradeiro, prescreve a alínea “q” a competência do STF para processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

2.9.2. Competência recursal ordinária

Estabelece o inciso II, do art. 102 da CF/88 competência ao STF para julgar, também, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão – alínea “a” –, bem como o crime político – alínea “b”. Aqui apontamos uma grande anomalia no preceito constitucional em epígrafe. Segundo preceitua o inciso IV, do artigo 109, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes políticos. Desse modo, o recurso deveria ser para o Tribunal Regional Federal, com recurso especial para o STJ e recurso extraordinário, se presentes os pressupostos constitucionais de admissibilidade, para o STF.

2.9.3. Competência recursal extraordinária

Estabelece o inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, competir ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar disposição desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

A Constituição de 1967, no entanto, tratava o assunto de forma diferente. No sistema anterior à Carta Política de 1988, estabelecia-se que o recurso extraordinário era cabível nas decisões proferidas por outros Tri-

bunais (art. 119, III). O novo texto constitucional, como se verifica, não exige que a decisão seja oriunda de Tribunal e, assim, com a supressão do nome tribunal, surgiu a possibilidade de impetração de recurso extraordinário contra decisão de juiz de primeiro grau. Essa dedução se fortalece ante o confronto do art. 102, III, que trata do recurso extraordinário, e do art. 105, III, que cuida do recurso especial. No sentido da exposição, aliás, foi o voto do Min. Carlos Velloso, no RE 136.154-DF.

3. Controle de constitucionalidade

Na lição do renomado professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição.⁵² “Envolve tanto a verificação ‘externa’ da lei, isto é, dos requisitos constitucionais formais do ato (por exemplo, sua conformidade com o procedimento legislativo constitucionalmente estabelecido), como a dos requisitos substanciais ou materiais (exemplificando, conteúdo compatível com a disposição constitucional)”⁵³.

O controle de constitucionalidade tem por finalidade garantir a supremacia da Constituição, porquanto sendo esta pressuposto de validade e da eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado, a sua primazia deve ser tornada realidade. Daí a necessidade de uma permanente vigilância para que a Lei Suprema não tenha seus preceitos comprometidos por uma lei ou ato normativo inconstitucional.

É através da jurisdição constitucional que se busca assegurar a supremacia constitucional, supremacia que constitui, segundo abalizados constitucionalistas, a exemplo de Pinto Ferreira, a pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político⁵⁴.

Jurisdição constitucional que, no dizer de José Afonso da Silva, con-

52. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30.

53. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 34, dez. 1990, p. 27.

54. FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 90.

siste (no sentido estrito) na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição⁵⁵.

O controle de constitucionalidade, embora possa ser encontrado dois séculos antes, com Lorde Coke (em 1607)⁵⁶, foi introduzido nos Estados Unidos por construção jurisprudencial da Suprema Corte americana em 1803, em decisão célebre do Chief Justice Marshall, no caso “Marbury v. Madison”⁵⁷.

Assim, a partir dessa decisão, restou construída na doutrina clássica que todo ato contrário à constituição é nulo e não produz efeito algum, ressaltando, outrossim, que a nulidade declarada tem por escopo fulminar a norma *ex tunc*. O modelo de controle de constitucionalidade consagrado pelos Estados Unidos é o difuso, segundo o qual, a cada juiz ou Tribunal, de qualquer instância, cabe apreciar a alegação de inconstitucionalidade diante do caso concreto.

Posteriormente, já no século XX, o modelo norte-americano, denominado difuso, passou a coexistir com o sistema concentrado, manifestado na Europa continental, a partir de projetos basicamente delineados por

55. SILVA, José Afonso da. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos, São Paulo, n. 60-61, jan./jul. 1985, p. 504.

56. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50.

57. “Derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial, o então Presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juízes federais, entre os quais se encontrava William Marbury. O próprio Marshall, Secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado, com aprovação do Senado, Chief Justice da Suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo Presidente Thomas Jefferson ao seu Secretário de Estado James Madison. Marbury acionou Madison exigindo informações, num primeiro momento. Não sendo fornecida nenhuma explicação, impetrou uma nova ação, writ mandamus, com o objetivo de alcançar a nomeação. O tribunal adiou por mais de dois anos a decisão, o que gerou uma forte reação contra os juizes. Finalmente, ao anunciar a decisão da Suprema Corte, Marshall destacou duas questões: Jefferson não tinha o direito de negar posse a Marbury. Porém a Suprema Corte não poderia conceder o writ mandamus, requerido por Marbury, pois esta competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do Judiciary Act, de 1789, era contrária à Constituição, na medida em que alargava as competências constitucionais originariamente estabelecidas para a Suprema Corte. A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição. De acordo com a Constituição de 1787 as competências originárias da Suprema Corte são muito restritas, referindo-se basicamente ao julgamento de autoridades estrangeiras, e estas competências não poderiam ser ampliadas senão por emenda à Constituição”. (VIEIRA, 2002, p. 63).

Hans Kelsen e, sob sua condução, introduzidos na Constituição austríaca de 1920, precursora ao adotar tal sistema.

A competência para julgar a questão de constitucionalidade na jurisdição concentrada (ou controle concentrado) é atribuída a um único órgão, ou seja, a uma corte ou tribunal especializado (Corte Constitucional) ou mesmo a uma corte de cúpula do poder judiciário comum.

O controle de constitucionalidade alcançou extraordinário desenvolvimento – o que Mauro Cappelletti denomina “magnífico florescimento” – nos países europeus, após a segunda guerra mundial, verificando-se a sua consolidação e alargamento, onde já se introduzira, e a sua adoção onde ainda não existia⁵⁸.

O renascimento do constitucionalismo após a segunda guerra; a redescoberta da idéia de Constituição como breviário de um povo livre e a necessidade de proteger e guardar a Constituição, foram indubitavelmente as principais razões desse magnífico florescimento. É que os povos do velho mundo tinham se esquecido da Constituição. Como enfatizado no início do trabalho, sofreram, na própria carne, os desmandos do Estado autoritário: o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o franquismo na Espanha e o salazarismo em Portugal.

Este foi indiscutivelmente o marco da jurisdição constitucional no mundo contemporâneo. Depois da reabertura da Corte Constitucional austríaca em 1945, inúmeras outras foram constituídas. O sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ganhou a simpatia quase generalizada não apenas dos países capitalistas mais ricos ou tradicionais, como a Áustria que ressurgiu das cinzas em 1945 e da supressão do seu original Tribunal Constitucional pelos nazistas em 1938, conforme asseverado anteriormente, a Alemanha de 1949, a Itália de 1948/1956, a Espanha de 1978, a Bélgica de 1989 e Luxemburgo de 1996, mas também daqueles de economia marginal na Europa, como Chipre de 1960, a Turquia de 1961, Malta de 1964 e a América Latina, a exemplo da Guatemala de 1965 e do Chile de 1970/1980, Bolívia com a Emenda de 1994, Colômbia de 1991 e Peru de 1993; ou de alguns países socialistas, como a Iugoslávia de 1963, a Checoslováquia de 1968 e a Polônia de 1982/1985; e ex-socialistas a

58. CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial da constituição das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 134

partir da queda do muro de Berlim, como a Albânia de 1998, Bulgária de 1991, Bósnia-Herzegóvina de 1995, Croácia de 1990, Eslovênia de 1991, Hungria de 1989, Iugoslávia de 1992, Macedônia de 1991, Polônia de 1997, Romênia de 1991, República Checa de 1993 e República Eslovaca de 1992; além das Repúblicas que se formaram com a desintegração da União Soviética: Armênia de 1995, Azerbaijão de 1995, Bielo-Rússia de 1992, Chechênia de 1992, Estônia de 1992, Letônia de 1991, Lituânia de 1992, a Rússia e Uzbequistão de 1993. Encontramos também na Síria em 1973, Tailândia de 1997 e Taiwan de 1994. No continente africano, podemos registrar a África do Sul de 1997, Angola de 1992, Madagascar de 1992 e Ruanda de 1991⁵⁹.

Repetindo, hodiernamente se verificam basicamente dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade: o modelo americano (difuso) e o austríaco (concentrado), ressaltando-se que todas as Cortes Constitucionais supramencionadas exercem controle de constitucionalidade concentrado.

3.1. Controle de constitucionalidade no Brasil

Inspirando-se no modelo norte-americano, adotou o constituinte de 1891 o controle jurisdicional difuso, passando, assim, o STF a realizar aquilo que o Imperador de certa forma desejava: relata a historiadora Lêda Boechat Rodrigues, que, “em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: ‘Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a

59. SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2002, p. 39.

este ponto”⁶⁰. Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira não tiveram tempo de trazer ao Imperador as suas observações: quatro meses depois o Imperador era deposto. A idéia, no entanto, anota Lêda Boechat Rodrigues, “parecia estar na consciência de outros”, porquanto a Constituição de 1891, conforme dito em linhas volvidas, “outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis”⁶¹.

Com a Constituição de 1934, vão despontar, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, duas importantes e expressivas inovações que demonstram influências do modelo austríaco. É que, ao lado do controle difuso, introduz-se, agora, a “ação direta interventiva”, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo concentrado, vez que o único foro competente para julgá-la era o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, cuja decisão representava um prius para a intervenção federal no Estado-membro⁶². O único legitimado para propor essa ação era o Procurador-Geral da República, que tinha como objetivo restrito a declaração de constitucionalidade como se extrai do parágrafo segundo do art. 12.

Surgiu, também, com esta Constituição, outro instrumento inovador, vez que atribuiu-se ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A Constituição de 1937, marcada pela ditadura Vargas, trouxe retrocesso. A Constituição de 1946, além de restabelecer o estado democrático de direito, restaurou o controle de constitucionalidade e conservou as inovações introduzidas pela Constituição de 1937.

A Emenda Constitucional nº 16, de 06.12.1965, criou a ação direta genérica ou ação direta de inconstitucionalidade, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República. A presente ação tinha como alvo o controle,

60. RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. 1: 1891 – 1898. Defesa das Liberdades Cívicas, p. 1.

61. RODRIGUES, 1991.

62. FERRAZ, 1990, p. 33.

em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com tal criação passa o STF a funcionar como verdadeira corte constitucional. Passamos a contar a partir deste marco com os dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado, em abstrato. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 mantiveram os dois tipos de controle.

A Magna Carta de 1988 reproduz os modelos consagrados nas constituições anteriores e cria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no Direito Português (art. 103, § 2º) e institui a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). Além das introduções mencionadas no presente tópico, o constituinte de 1988 ampliou, destarte, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, consoante se verifica do artigo 103 “caput”.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ampliando e fortalecendo o controle concentrado⁶³.

Adotamos, portanto, no Direito Constitucional brasileiro, um sistema bastante híbrido e que denota ser inovador em relação aos adotados por outras Nações, porquanto possuímos no sistema constitucional o controle difuso e o concentrado, ambos de caráter jurisdicional.

No controle difuso, conforme ventilado alhures, qualquer juiz ou tribunal pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade, incidentalmente, isto é, como alegação de defesa, como se depreende do caso *Marbury versus Madison*. Em tais casos, a decisão só produz efeito entre as partes, lembrando, também, que a norma atacada continua valendo para as pessoas estranhas ao litígio. No controle concentrado, a competência é exclusiva da Corte Constitucional; no sistema brasileiro, ela é reservada ao STF. Este controle por ação direta é dito controle principal.

As declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade serão tomadas pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária (arts. 173 do Regimento Interno e 23 da Lei nº 9.868/99).

3.2. Suspensão da execução da lei declarada inconstitucional

63. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A renovação do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003, p. 300.

Disciplina a Carta Magna de 1988 competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”⁶⁴.

O assunto tem despertado polêmica nos bancos acadêmicos, bem como no meio dos operadores do direito. Embora alguns insistam em afirmar que não é dever do Senado Federal suspender a eficácia do ato inconstitucional, doutrinadores renomados, dos quais o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁵ preleciona ser obrigação da Câmara Alta fazer cessar a execução do ato, nas hipóteses de controle difuso, isto porque, no controle concentrado – ação direta –, ainda segundo o festejado lente, a jurisprudência do STF entende desnecessária nestes casos.

Tramita entretanto no Senado Federal um projeto de lei de autoria do senador Marco Maciel, no mínimo polêmico e que, se aprovado, pode causar mais uma crise entre os poderes Legislativo e Judiciário.

O projeto dá nova redação ao artigo 388 do regimento interno do Senado com o objetivo de enfatizar o caráter discricionário da atuação da casa no processo de suspensão da execução de leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Na prática, a proposta pretende que o Senado analise a conveniência ou não de suspender leis cuja inconstitucionalidade já foi declarada pelo STF.

Segundo o jurista Oscar Vilhena Vieira, o que se quer é “conferir ao Senado um poder discricionário que ele não tem”. O assunto, como visto, promete render acaloradas discussões, até porque, hoje, somente o STF pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei.

Com estas considerações, damos uma parada no capítulo relativo ao Supremo Tribunal Federal, retomando o tema após a explanação sobre o Tribunal Constitucional espanhol, quando então serão esboçados os pontos convergentes e divergentes porventura existentes entre as aludidas Cortes, que são o objeto deste trabalho, entremostrando, enfim, se as vicissitudes do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ocorridas ao longo da história do STF, foram suficientes ou não para a consolidação do órgão como guardião da Constituição à semelhança do que

64. Art. 52, X, da CF/88.

65. FERREIRA FILHO, 2003, p. 43.

acontece com os Tribunais Constitucionais europeus, notadamente do espanhol, apontado como um dos mais democráticos e eficientes da Europa.

4. Tribunal Constitucional Espanhol

A primeira metade do século XX foi marcada por graves embates, conforme já asseverado no início deste trabalho. Após a Segunda Grande Guerra, pôde ser percebido, precipuamente na Europa ocidental, a intensa preocupação de vários países em instituir modelos de sociedades capazes de proporcionar o pleno Estado Constitucional de Direito, garantido por governos civis e democráticos para os anos que surgiriam, haja vista que a experiência então vivenciada deixara profundas feridas de difícil cicatrização.

Se a racionalização do poder não foi suficiente para manter de pé as Constituições e os governos democráticos existentes anteriormente àqueles conflitos, contribuiu de algum modo para que o constitucionalismo passasse a entender uma gama de direitos fundamentais que não poderiam ser usurpados por inescrupulosos governantes.

E assim foram surgindo as novas constituições. Primeiramente despontou a da Áustria em 1945, seguindo-se do Japão em 1948 e da Alemanha em 1949, todos recém-saídos de regimes ditatoriais, e que portanto buscavam o mesmo desiderato, qual seja: a criação de Constituições que vinculassem e fossem rigorosamente obedecidas por todos os órgãos do Estado, independentemente da boa vontade dos protagonistas políticos. Não bastava simplesmente a criação de uma Constituição política em sentido estrito e sim de um instrumento capaz de torná-la lei suprema, de eficácia jurídica plena. A peça-chave denominou-se Tribunal Constitucional e que será objeto deste capítulo, especificamente o da Espanha⁶⁶.

Em relação ao Tribunal Constitucional Espanhol, a abordagem recairá sobre os antecedentes históricos; sua composição, estrutura, forma de

66. SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 105.

escolha dos juizes, duração do mandato, tempo de serviço, garantias, incompatibilidades, e competências. Destaque principal para o controle de constitucionalidade das leis espanholas⁶⁷ e seus pontos convergentes e divergentes com o Supremo Tribunal Federal (brasileiro). A leitura deste capítulo favorecerá o leitor na comparação da forma de atuação dos Tribunais Constitucionais brasileiro e espanhol.

4.1. Antecedentes históricos

Como sabemos, a Espanha viveu mais de 40 anos de ditadura franquista. Apesar disso, a Constituição Republicana de 1931 instituiu o Tribunal de Garantias Constitucionais, com amplos poderes para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, quando provocado por um Magistrado ou por membro do Ministério Público (lá é chamado Ministério Fiscal), ou ainda através do recurso de amparo, interposto por qualquer cidadão contra atos do poder público que violasse algum preceito constitucional. Este Tribunal, porém, teve vida efêmera.

Com o falecimento do general Franco, fato ocorrido em novembro de 1975, ressurgiu a monarquia, por sinal já revigorada desde 1947, por força da Ley de Sucesión. O trono foi ocupado por D. Juan Carlos de Borbón y Borbón, neto de Alfonso XVIII, último rei de Espanha, que foi deposto em abril de 1931. Instalado o novo governo, elegeram-se as Cortes Generales com a função precípua de elaborar a nova constituição⁶⁸.

Em 29 de dezembro de 1978, o Rei Juan Carlos, sancionou a nova Carta Política, a qual, em capítulo independente, cuida do Tribunal Constitucional (arts. 159 “usque” 165). O órgão máximo do Poder Judiciário espanhol é o Tribunal Supremo, com sede em Madri e jurisdição em toda a área territorial de Espanha, não tendo, todavia, competência em matéria de garantias constitucionais, já que esta é de exclusiva atribuição do Tribunal Constitucional⁶⁹.

A primeira composição da Corte Constitucional foi nomeada em 15

67. Art. segundo, nº 1, letra “a” da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol.

68. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Direito constitucional comparado. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 142.

69. FIUZA, 2004.

de fevereiro de 1980 e instalada em 12 de julho do mesmo ano, iniciando os trabalhos no dia 15 imediato⁷⁰.

4.2. Composição

Segundo Javier Pérez Royo, a composição do Tribunal Constitucional espanhol é uma das tarefas mais difíceis em sua definição como órgão do Estado. É difícil, continua o jurista, porque existe uma diferença em relação aos demais poderes do Estado, que existem desde as origens do constitucionalismo e que foram se amoldando e se adequando pouco a pouco organicamente à função que tinham que desempenhar, e o Tribunal Constitucional é um produto muito tardio na evolução do Estado Constitucional e é, como sabemos, um órgão “artificial”, não exigido pela própria natureza do Estado enquanto forma política. O constituinte democrático, portanto, não dispunha, no momento de sua introdução, de nenhuma referência de tipo histórico que lhe servisse de orientação⁷¹.

Reconhece, entretanto, a importância do Tribunal Constitucional que nasce para controlar e eventualmente anular os atos do órgão do Estado mais legitimado democraticamente: a lei aprovada pelo Parlamento⁷².

O Tribunal Constitucional espanhol compõe-se de doze membros que são nomeados pelo Rei, sendo quatro escolhidos por proposta do Congresso (dos deputados) – por maioria de três quintos de seus membros; quatro pelo Senado – com votação idêntica à do Congresso; dois pelo Governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário (art. 159).

4.3. Estrutura

O Tribunal Constitucional Espanhol, como asseverado anteriormente, é composto de doze membros e atua em sessão plenária ou em Sala (art. 6º.1 da LOTC). São duas salas, ou seja, turmas (Primeira e Segunda), cada uma composta de seis magistrados (art. 7º.1). Cada sala é sub-

70. FAVOREU, Luis. As cortes constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 103.

71. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 647-648.

72. Ibid.

dividida em duas seções e cada uma integrada por três membros (art. 8º).

O Presidente do Tribunal Constitucional é também o presidente da Primeira Sala (art. 7º.2 da LOTC), sendo a Segunda presidida pelo Vice-presidente do TC (art. 7º.3). Dois terços dos integrantes de cada turma devem estar presentes para que ela possa julgar.⁷³

As seções têm como atribuição precípua exarar o despacho e a decisão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade dos recursos interpostos perante o Tribunal Constitucional (art. 8º da LOTC).

4.4. Forma de escolha e atributos pessoais

Os membros do Tribunal Constitucional são escolhidos dentre magistrados, representantes do Ministério Público, professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência, com mais de quinze anos de exercício profissional e na atividade da respectiva função, todos cidadãos espanhóis (arts. 159, 2 CE e 18 da LOTC). A condição de jurista pressupõe um título acadêmico, cujo nível não se indica que deve se referir à licenciatura. A reconhecida competência é uma apreciação subjetiva⁷⁴.

4.5. Duração do mandato

Os membros do Tribunal Constitucional serão nomeados para cumprir o mandato de nove anos. A Corte, segundo preceitua o nº 3, do art. 159, é renovada de terça parte a cada três anos. Nenhum Magistrado poderá ser indicado ao Rei para outro período imediato, salvo se tiver ocupado o cargo por prazo não superior a três anos (art. 16.2 da LOTC).

73. FAVOREU, 2004, p. 105.

74. SANCHEZ AGESTA, Luis. Sistema político de la Constitución Española de 1978: ensayo de un sistema (diez lecciones sobre la Constitución de 1978). 5. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.], p. 443.

4.6. Tempo de serviço

Quando um membro do Tribunal Constitucional proceda de qualquer corpo de funcionários com direito à aposentadoria, o tempo de serviço nas funções constitucionais será computado para esse fim (art. 25.2 da LOTC).

4.7. Garantias

Os membros do Tribunal Constitucional gozam das mesmas garantias desfrutadas pelos magistrados do Poder Judiciário, consistindo estas na independência funcional e inamovibilidade durante o exercício do mandato (art. 159.5 da CE).

4.8. Incompatibilidades

A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível: 1º) – com o cargo de Defensor Público; 2º) – com o de Deputado e Senador; 3º) – com qualquer cargo político ou administrativo do Estado, das comunidades autônomas, das províncias e outras entidades locais; 4º) – com o exercício de qualquer jurisdição ou atividade própria da carreira judicial ou fiscal (Ministério Público); 5º) – com empregos de todas as classes nos Tribunais e Juizados de qualquer ordem jurisdicional; 6º) – com o desempenho de funções diretivas nos partidos políticos, sindicatos, associações, fundações e colégios profissionais e com toda classe de emprego ao serviço dos mesmos; 7º) – com o desempenho de atividades profissionais e mercantis. No mais, os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do Poder Judicial (Judiciário).

Como se verifica, os Magistrados do Tribunal Constitucional são proibidos de exercer simultaneamente qualquer um dos cargos, atividades, funções, profissões e empregos nominados no texto constitucional e na lei orgânica do tribunal (arts. 159.4 da CE e 19.1 da LOTC).

A lei orgânica do Tribunal Constitucional estabelece que, aquele que for indicado como Magistrado do TC, deverá, antes de tomar posição, deixar o emprego ou a atividade incompatível com o referido cargo. Se

não o fizer no prazo de dez dias seguintes à proposta, entender-se-á que não aceita a indicação.

4.9. Competências

Conforme já salientado antes, os Tribunais Constitucionais foram criados como escudo protetivo da Constituição em consequência dos governos tirânicos e absolutos da primeira metade do século XX. Depois dos percalços de duas ditaduras: a primeira do General Primo de Rivera nos anos vinte; e segunda do General Franco desde a guerra civil até 1975, a reação do constituinte espanhol, tanto o de 1931 como o de 1978, contra as práticas anteriores foi inequívoca eis que cuidou imediatamente de instituir em seu sistema o Tribunal Constitucional. Isto pode ser observado com especial destaque na definição de suas competências.

É obvio, portanto, que sendo o Tribunal Constitucional, desde sua origem, uma instituição de defesa do regime democrático deve, ao estabelecer suas atribuições, preservar-se das agressões mais contundentes, notadamente a fim de evitar que tornem a se produzir.

Com efeito, o artigo 161.1 da Constituição estabelece: “O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer: a) – do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei, sendo que a declaração de inconstitucionalidade afetarà a lei impugnada, respeitando-se, no entanto, a coisa julgada; b) – do recurso de amparo por violação de direitos e liberdades individuais; c) – dos conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autônomas e dos conflitos entre as próprias comunidades”.

Estas são as três únicas competências que a Constituição Espanhola atribui expressamente ao Tribunal Constitucional. É bem verdade que a numeração não é taxativa, isto porque a alínea “d” do artigo 161.1 estabelece a possibilidade de ampliação das atribuições do Tribunal através de lei orgânica.

O nº 2 do aludido artigo, estabelece, entretanto, que o Governo poderá impugnar, perante o Tribunal Constitucional, as disposições e resoluções adotadas pelos órgãos das comunidades autônomas. A impugnação, por si só, produzirá a suspensão da disposição ou resolução recorrida. Porém, o tribunal, por sua vez, deverá ratificá-la ou suspendê-la defi-

nitivamente, num prazo não superior a cinco meses.

Embora a Constituição Espanhola estabeleça no artigo 161 as matérias da competência do Tribunal Constitucional, este, de conformidade com o disposto em sua Lei Orgânica, é competente para conhecer dos seguintes assuntos:

- a. Do recurso e da questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei;
- b. Do recurso de amparo por violação dos direitos e das liberdades públicas referidos no artigo 53.2 da CE;
- c. Dos conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas, ou destas entre si;
- d. Dos conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado;
- d. bis Dos conflitos em defesa da autonomia local;
- e. Da declaração sobre a constitucionalidade dos Tratados Internacionais;
- f. Das impugnações previstas no número 2 do artigo 161 da Constituição;
- g. Da verificação das nomeações dos Magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar sem os mesmos reunirem os requisitos exigidos pela Constituição e a Lei Orgânica;
- h. Das demais matérias que lhe atribuem a Constituição e as leis orgânicas.

São legitimados para agir perante o Tribunal Constitucional: a) – para interpor o recurso de inconstitucionalidade, o Presidente do Governo (primeiro-ministro), o Defensor do Povo, 50 deputados, 50 senadores, os órgãos colegiados executivos das comunidades autônomas e, conforme o caso, as assembléias das mesmas comunidades; b) – para interpor o recurso de amparo, toda pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo ou o Ministério Público.

5. Controle de Constitucionalidade na Espanha

O modelo de controle de constitucionalidade adotado na Espanha, como se sabe, é o concentrado, no qual o objeto da discussão é a inconstitucionalidade da norma.

Esse controle é entregue ao Tribunal Constitucional que tem como

único mister esta tarefa: garantir a supremacia da Constituição frente à lei.

Não obstante tenha a Espanha adotado o controle concentrado, cuja apreciação da matéria é conferida a um Tribunal especializado, a Constituição vigente prevê a possibilidade de controle repressivo de constitucionalidade em caso concreto, quando um órgão judiciário considere, em algum processo, que uma norma com força de lei, aplicável ao caso, de cuja validade dependa a decisão, possa ser contrária à Constituição, suscitará preliminarmente a questão perante o Tribunal Constitucional, na forma e com os efeitos que a lei estabeleça, que em nenhum caso serão suspensivos (art. 163).

É de sabença curial que para garantir a supremacia da Constituição sobre as demais normas não resulta imprescindível o Tribunal Constitucional, isto porque tal missão pode ser perfeitamente desempenhada pelos juízes, como ocorre por exemplo nos Estados Unidos. Entretanto, para a existência do Tribunal Constitucional, torna-se indispensável a competência para garantir a supremacia da Constituição. Assim é que Javier Pérez Royo afirma: “No es la función la que exige el órgano, sino el órgano el que exige la función”. E arremata: “Por eso el Tribunal Constitucional es um órgano artificial”⁷⁵.

Estabelece o artigo décimo da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol que as questões de inconstitucionalidade são conhecidas através do seu órgão máximo, o Pleno.

É de se ressaltar, no entanto, que muito embora o modelo de controle de constitucionalidade adotado na Espanha seja o concentrado, há também no ordenamento jurídico desse país uma espécie de controle abstrato.

Com efeito, o recurso de inconstitucionalidade contemplado na LOTC (arts. 31 usque 34) é o remédio constitucional de que dispõem determinadas autoridades espanholas para questionar a validade de lei, disposições normativas ou atos com força de lei do Poder Legislativo. O precitado recurso poderá ser manejado dentro do prazo de três meses a partir da publicação da lei, independentemente de sua aplicação a um caso concreto.

75. PÉREZ ROYO, 1997, p. 657.

6. Pontos convergentes

Apesar das inúmeras diferenças entre os dois países, no que pertine ao presente enfoque, a começar pela forma e sistema de governos reinantes em cada um – o Brasil adota a forma republicana e sistema presidencialista, ao passo que a Espanha abraça a forma monárquica e o sistema parlamentarista –, denotamos no âmbito das respectivas Cortes Constitucionais alguns pontos convergentes. Com efeito, as declarações de inconstitucionalidade, tomadas pela maioria absoluta de seus membros em ambos os tribunais e a divisão em turmas no STF – duas – como ocorre também na Corte Espanhola, são os pontos de maior destaque na estrutura das duas Cortes Constitucionais. Embora o TC conte com um membro a mais que o STF, isto não chega a desqualificar a semelhança das Cortes nesse particular. Vale ressaltar que tanto o cargo de ministro do STF quando o de membro do TC só pode ser preenchido por cidadão nato das respectivas nações.

Finalmente, prerrogativa da inamovibilidade que consiste na garantia de o magistrado não ser removido sem seu consentimento, presente em ambas as Constituições, é também outro ponto símile na história desses Tribunais.

7. Pontos divergentes

Estruturados para defender a supremacia da Constituição, o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Constitucional espanhola apresentam inúmeros pontos divergentes. Isto se percebe não só pelo antagonismo textual do controle de constitucionalidade adotado por essas Cortes, mas também em razão dos seguintes motivos: o primeiro diz respeito à causa ensejadora da criação da Corte Espanhola. É que os Tribunais Constitucionais, a exemplo do espanhol, surgiram depois da Primeira Guerra Mundial, com o aparecimento do constitucionalismo. Por isso se diz que a anomalia histórica, que está por trás da criação desse instrumento, é a democracia, que em muitos países europeus se pagou um preço muito alto para a transição do Estado Liberal do século XIX para o Estado Democrático do século XX. Neste sentido, Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha são nações que viveram essa trágica experiência. Ao contrário disso foi a criação do Supremo Tribunal Federal, conforme enfocado anteriormente.

O sistema de escolha dos membros das respectivas Cortes, por outro lado, apresenta profunda disparidade entre uma e outra. Enquanto a indicação na Espanha obedece uma forma paritária, já que os membros são escolhidos dentre vários órgãos; no Brasil, a indicação é feita única e exclusivamente pelo Presidente da República. Outra divergência espelhada entre as duas Cortes refere-se ao mandato. No TC, como é sabido, os membros são indicados para exercerem o cargo por tempo determinado, ou seja, por nove anos, enquanto no STF, os escolhidos permanecem no posto até completarem setenta anos de idade (aposentadoria compulsória).

Outro ponto destoante entre os dois Tribunais podemos observar no âmbito das competências. Note-se que as matérias de atribuição do Tribunal Constitucional estão definidas em apenas quatro alíneas (art. 161.1/CE), ao passo que as do STF comportam vinte e um itens, nos três incisos do artigo 102/CF. Numa leitura simples, constata-se que o TC cuida unicamente de assuntos relacionados ao controle de constitucionalidade, diferentemente do que ocorre com o STF que, no extenso rol de matérias sob sua responsabilidade, grande parte não tem nada a ver com seu fim precípua, qual seja, o de guardião constitucional.

É de bom alvitre lembrar que os membros do Tribunal Constitucional Espanhol devem ter, por ocasião da indicação, mais de quinze anos de exercício profissional, cinco a mais do exigido para os ministros do STF.

Conclusão

Finda a presente abordagem, restou manifesto que o perfil dos Tribunais Constitucionais nos dias atuais não é o de resolver os conflitos particulares e sim definir o sentido e o modo de aplicação das regras constitucionais, de sorte que, a idéia de uma Corte Constitucional do tipo europeu, no lugar do atual Supremo Tribunal Federal, parece triunfar.

Vozes levantam-se a favor e contra. O Professor José Luiz Quadros de Magalhães, da Universidade Federal de Minas Gerais, citado por Carlos Velloso, leciona:

que o Brasil tem hoje um dos sistemas de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional mais sofisticados e democráticos do mundo, juntando a herança européia de controle con-

centrado hoje bastante questionável e a herança norte-americana de controle difuso e jurisdição constitucional difusa⁷⁶

Para o Ministro Carlos Velloso, a criação de uma Corte Constitucional, segundo o modelo europeu, representaria um lamentável retrocesso. Para o Ministro, a solução viável seria retirar competências do STF, *“competências que não podem mais estar ali, porque hoje o Supremo é, essencialmente, Corte Constitucional”*⁷⁷.

O jurista Dalmo Dalari destaca que, ao ser elaborada a atual Constituição, foi proposta à Assembléia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, reduzido ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição, porém, destaca o autor que o STF se manifestou contrariamente à aludida criação, sob a alegação de que perderia grande parte do prestígio de que goza desde sua instituição em 1891 e, por conta disso, fez oposição cerrada junto aos constituintes, conseguindo, impedir a criação do precitado tribunal⁷⁸.

O não menos renomado jurista José Afonso da Silva também não concebe o STF como verdadeira Corte Constitucional, uma por não ser ele o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, e outra porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que o exame da questão constitucional obedece sempre a um critério técnico-jurídico⁷⁹.

José Wilson Ferreira Sobrinho, professor de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora-MG, além de defender a criação de uma Corte Constitucional brasileira, a constitui de doze membros, sendo quatro do Poder Executivo, quatro do Poder Legislativo e quatro do Poder Judiciário, com mandato de três anos, vedada a recondução⁸⁰.

A nova composição do Supremo Tribunal Federal e a tendência de novos posicionamentos em assuntos polêmicos como o aborto, anencefalia, redução da menor idade penal, crime hediondo, célula tronco, etc., etc., certamente surgirão novos rumos para a definição do Supremo Tri-

76. VELLOSO, 2003, p. 301.

77. VELLOSO, 1993, p. 236; no mesmo sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113 e DANTAS, 2004, p. 117.

78. DALLARI, 2002, p. 112-113.

79. SILVA, 1993, p. 484.

bunal como guardião da Constituição Federal brasileira.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 2.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Galeria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/ministros/Breve.asp>>. Acesso em: 12 jul 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constituição das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão et al. **Constituições brasileiras**: 1967. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 6.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Tribunal Constitucional do Brasil**:

80. FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 155; no mesmo sentido, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da necessidade de transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/artigos/documentos/texto337.htm>> Acesso em: 15 jun. 2005. e GOMES, Ivo Ferreira. Jurisdição e Tribunal Constitucional. PENSAR, Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Fortaleza, v. 3, n. 3, p.5-190, jan. 1995.

novo paradigma do poder moderador. **Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 7, ago. 2004.

EMENDAS constitucionais. In: **CONSTITUIÇÕES brasileiras: 1969**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 6-A.

ESTEBAN, Jorge de. **Las Constituciones de España**. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 1998.

FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade.. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 34, dez. 1990.

FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. **500 anos da Justiça Brasileira**. Disponível em: <<http://www.tj.ma.gov.br/Artigos/artigos04.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2005.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 2.

_____. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Por um Tribunal Constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, n. 128, out./dez. 1995.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

GOMES, Ivo Ferreira. Jurisdição e Tribunal Constitucional. **PENSAR, Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**. Fortaleza, v. 3, n. 3, p.5-190, jan. 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Da necessidade de transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional**. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/artigos/documentos/texto337.htm>> Acesso em: 15 jun. 2005.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003.

LIMA SOBRINHO, Barbosa et al. **Constituições brasileiras: 1946**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 5.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1984,

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 1.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 3.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras: 1937**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 4.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 135 jul/set 1997.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1: 1891 – 1898. Defesa das Liberdades Civas.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1970.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

SANCHEZ AGESTA, Luis. **Sistema político de la Constitución Española de 1978**: ensayo de un sistema (diez lecciones sobre la Constitución de 1978). 5. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.]

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. **O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal**: reflexões e perspectivas. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo11.htm>>. Acesso em 12 jul. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, São Paulo, n. 60-61, jan./jul. 1985.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder. uma nova teoria da divisão dos poderes.** São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras: 1988.** 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 7.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

UMA VISITA ao Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/visitaSTF/>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Discurso proferido por ocasião dos 175 anos da lei que criou o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp>. Acesso em: 12 jul. 2005.

_____. A renovação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

_____. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de Guarda da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 4, p. 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Possibilidades de alteração do nome civil

André Ricardo Fonseca Carvalho*

RESUMO

O presente ensaio tem o propósito de analisar as principais implicações referentes às possibilidades de alteração do nome civil, fazendo-se um estudo detalhado das hipóteses previstas em lei que autorizam tal medida.

* 3º Promotor de Justiça de Colinas do Tocantins

1. Introdução

O nome é um atributo que os seres humanos, desde os tempos remotos, trazem consigo como forma de individualização e identificação das pessoas no convívio em sociedade.

Na definição do professor Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 155), o nome civil é "*elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica a grosso modo a sua procedência familiar.*"

Já nos primórdios da humanidade, verificava-se a existência do nome como sinal identificador dos indivíduos, formado por apenas uma palavra, único e individual, não se transmitindo aos descendentes, como exemplo, os históricos Sócrates, Platão, e Aristóteles.

Nos tempos modernos, adota-se o uso do nome complexo, observando-se no sistema brasileiro, de acordo com o art. 16 do Código Civil, o nome composto, que é formado pela designação do indivíduo, o chamado prenome, completado pelo nome característico da família, conhecido como sobrenome.

O prenome, também chamado de nome próprio, é a primeira parte do nome da pessoa, individualizando e diferenciando o seu portador, podendo ser livremente escolhido pelos interessados, desde que não haja exposição ao ridículo.

Pode ser simples, quando formado por apenas um elemento, como exemplo, João, Henrique, Pedro, ou ainda, pode ser duplo, como Carlos Augusto e Paulo Henrique, sem impedimento legal quanto ao fato de ser triplo ou quádruplo.

O segundo elemento principal é o sobrenome, também conhecido por patronímico ou apelido de família, sendo este a complementação do nome, comum aos membros de uma família, refere-se à procedência familiar da pessoa. Assim como o prenome, o sobrenome pode ser simples ou composto, podendo provir da ascendência paterna ou materna, ou da fusão de ambos.

É um dos principais atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade e do estado civil. O indivíduo recebe-o oficialmente com o registro de nascimento no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais, e o conserva até a sua morte. A Lei dos Registros Públicos adotou a regra da definitividade, com adoção de um nome civil definitivo. A alteração do nome, dessa forma, é excepcional, sendo permitida em casos expressamente previstos em Lei.

2. As possibilidades de alteração do nome civil previstas na lei n. 6.015/73

A regra geral, trazida pela Lei n. 6.015/73, era da imutabilidade do prenome, com previsão de alteração do nome apenas em casos excepcionais.

Esta regra apresentava justificativa na segurança jurídica, visando evitar fraudes, sobretudo, impedindo o uso deste instituto por pessoas que tivessem a finalidade de buscar possível isenção de responsabilidade civil ou penal.

A Lei n. 6.015/73 previa que o prenome era imutável. Entretanto, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.708/98, o art. 58, “caput”, da Lei dos Registros Públicos foi derogado, passando a vigorar com a seguinte redação: “*O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*”.

Com a vigência desta Lei, a regra da imutabilidade do prenome sofreu alterações, tornando-se o prenome, assim, definitivo, com possibilidade de alteração nos casos expressos em lei. Assim, pode ser acrescido a este os apelidos notórios, entretanto, verifica-se a vinculação da eventual alteração às hipóteses disciplinadas pela Lei, não podendo considerar que o prenome sofra alteração pela simples vontade do seu portador.

Toda alteração do nome, ocorrida posterior ao registro de nascimento, somente se efetuará por sentença judicial, devidamente averbada no assento de nascimento.

O procedimento para a retificação do nome será o sumaríssimo, no qual após requerimento da parte, ouvido o Ministério Público e os interessados, o juiz a ordenará no prazo de cinco dias. Em caso de impugnação, haverá produção de provas no prazo de dez dias, ouvindo-se os interessados e o órgão do Ministério Público, pelo prazo sucessivo de três dias, com decisão em cinco dias. Da decisão do juiz, caberá recurso em ambos os efeitos (art. 109 da Lei n. 6.015/73).

2.1. O erro gráfico

O erro gráfico ocorre quando há uma evidente eiva na grafia do assento de nascimento, sendo possível a retificação do registro. Pode ser citado como exemplo de erro gráfico o nome “Nerson”, em vez de Nelson.

Em qualquer caso de retificação do prenome, mesmo o mais evidente erro gráfico, deve o interessado requerer o pronunciamento judicial, não sendo válido o ato do oficial de proceder de ofício para a retificação no registro do prenome.

O art. 58, parágrafo único, da Lei n. 6.015/73, ao tratar do assunto em questão, previa que: *“Quando, entretanto, for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não o houver impugnado”*.

Com as alterações trazidas pela Lei n. 9.708/98, o dispositivo acima transcrito foi suprimido, entretanto, não houve a derrogação da parte que trata da correção do nome por erro de grafia na Lei dos Registros Públicos, subsistindo sua regulamentação no art. 213, que prevê: *“A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro”*.

O procedimento para a retificação do registro por erro gráfico processar-se-á na própria Serventia de Registro Civil, que autuará o requerimento e o submeterá ao órgão do Ministério Público, fazendo os autos conclusos ao juiz competente da comarca, e, após a sentença, o

oficial averbará a retificação à margem do registro (art. 110 da Lei n. 6.015/73).

2.2. Exposição do portador do nome ao ridículo

Questão muito polêmica é a possibilidade de alteração do nome por exposição ao ridículo de seu portador, tratando-se de matéria de difícil interpretação e solução, por se tratar de noção subjetiva.

Primeiramente, os oficiais de registro civil não deverão registrar os nomes que expõem o portador ao ridículo. Caso entendam ser o nome exótico ou ridículo, deverão submeter a questão à apreciação do Judiciário. Nesse sentido, determina o parágrafo único do art. 55 da Lei n. 6.015/73 que:

Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Ao discorrer sobre a exposição ao ridículo do prenome, ensina Walter Ceneviva (2008, p. 137) que: “É noção variável de pessoa a pessoa, subjetiva. O delegado agirá com moderação, respeitando tais convicções, só tolhendo a escolha quando aberrante da normalidade”.

De observar-se que a recusa somente poderá ocorrer em relação ao prenome, não sendo lícita eventual impugnação aos nomes de família pelo oficial.

Após o registro, verificando situação vexatória para o indivíduo, poderá este ingressar com ação judicial, pleiteando a alteração do prenome, devendo constar no pedido prova da mencionada situação.

A professora Maria Helena Diniz (1996, p. 128) enumera alguns exemplos divulgados na imprensa, cujos nomes são vexatórios, com constrangimento aos portadores:

Antonio Manso Pacífico de Oliveira Sossegado, Sebastião Salgado Doce, Amin Amou Amado, Dezêncio Feverêncio de Oitenta e

Cinco, Casou de Calças Curtas, Odete Destemida Correta, Sum Tim An, Graciosa Rodela d'Alho, Antonio Carnaval Quaresma, Luciferino Barrabás, Maria Passa Cantando, Vitória Carne e Osso, Manuelina Terebentina Capitulina de Jesus do Amor Divino, Rolando pela Escada Abaixo, João Cara de José.

Demonstrada a situação vexatória para o portador do nome, os Tribunais pátrios, em regra, determinam a retificação do nome, conforme entendimento abaixo colacionado:

003846: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRENOME. EXPOSIÇÃO AO RIDÍCULO. ART. 55 DA LEI 6015/73. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. À luz dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos apresenta-se possível, em casos excepcionais, a alteração de prenome quando este, por seu próprio significado, exponha o seu portador ao ridículo. (Apelação Cível nº 25.087-4/05 (12.881), 3ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Carlos Cintra. j. 20.10.2005, unânime, *in* CD-Rom *Juris Plenum*.- vol. 01 – edição n. 99).

2.3. A alteração do nome ao atingir a maioridade civil

O titular do nome poderá alterá-lo durante o período do primeiro ano ao atingir a maioridade, requerendo ao Judiciário a resolução da questão.

Nesse sentido, o art. 56 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) estabelece: “*O interessado, no primeiro ano após atingir a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa*”.

O interstício para a pessoa requerer a alteração do nome é no decurso do décimo nono ano de vida, ou seja, entre o primeiro dia que completar dezoito anos de idade até o último dia desta mesma idade, mesmo que a decisão seja posterior a este período.

Há divergências sobre a necessidade de intervenção judicial para

que se processe a alteração do nome após o interessado atingir a maioridade, surgindo o debate sobre a possibilidade ou não de tal questão ser resolvida na esfera administrativa.

Sobre a questão, leciona o professor Wilson de Souza Campos Batalha (1979, p. 141). que: *“Não há necessidade de interferência judicial, bastando simples requerimento do interessado, ou procurador especial. Naturalmente, se houver dúvida, poderá suscitá-la o oficial, a fim de que se pronuncie o juízo competente”*

Por outro norte, o professor Walter Ceneviva (2008, p. 108) aponta que:

A interpretação sistemática dos art. 56 e 57 pareceria evidenciar que, no período indicado pelo primeiro desses dispositivos, a pretensão poderia ser diretamente manifestada ao oficial, independentemente de atuação do juiz corregedor. Entretanto, o art. 40 deve ser examinado em conjunto, para impor a intervenção judicial.

Com razão o último doutrinador, uma vez que o art. 40 da Lei dos Registros Públicos é taxativo, devendo ser interpretado extensivamente a todos os outros artigos da Lei, não deixando dúvidas, assim, sobre a necessidade do pronunciamento do Judiciário nas questões envolvendo alteração do nome.

3. Outras possibilidades de alteração do nome civil

Tratar-se-á nesse tópico sobre outras possibilidades de alteração do nome civil que não foram trazidas inicialmente pela Lei dos Registros Públicos, discorrendo sobre os casos de alteração em virtude de adoção e sobre o reconhecimento de paternidade, delimitando as possibilidades de alteração do nome nessas situações.

Posteriormente, serão traçadas as possíveis alterações do nome advindas dos atos civis do casamento, da separação judicial, do divórcio, e, ainda, da união estável.

Finalmente, far-se-á uma análise das leis relacionadas ao tema, como a Lei n. 9.708/98 que trouxe algumas modificações na Lei dos Regis-

tros Públicos, a Lei n. 9.807/99 que dispõe sobre a proteção às testemunhas e às vítimas, mencionando-se, ainda, aspectos relevantes da Lei n. 6.815/80.

3.1. A alteração do nome pela adoção e pelo reconhecimento de filho fora do casamento

A adoção encontra-se estabelecida no Código Civil pelos artigos 1.618 a 1.629, além dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo a necessidade de o adotado crescer, ao seu nome, o sobrenome dos adotantes e a possibilidade de modificação do prenome, quando menor de idade.

Determina o art. 1.627 do Código Civil que: *“A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”*.

O registro inicial do menor será cancelado, somente podendo ser fornecida certidão de aludido registro por ordem judicial. No novo registro do adotado constará o sobrenome dos adotantes como pais, bem como a ascendência paterna destes, podendo ser alterado o seu prenome, mediante requerimento a ser formulado junto com o pedido de adoção.

A modificação do prenome será concedida pelo juiz que julgar o pedido de adoção, devendo constar no mandado judicial, não sendo lícito alterar o nome por deliberação própria no ato do registro.

Assim, a modificação do sobrenome do adotado é obrigatória, sendo inserido em seu registro de nascimento o nome de família dos adotantes, enquanto que a modificação do seu prenome é facultativa, cabendo a escolha aos adotantes.

Em comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que também trata da alteração do nome do adotado, leciona Maria Josefina Becker (1992, p. 154):

Em relação ao § 5º do art. 47, que permite a alteração do nome, deve-se salientar que não é recomendável tal alteração, a partir do momento em que a criança se identifica com seu próprio nome, o que, em geral, ocorre já nos primeiros meses de vida. De um modo geral, nesses casos, manter o nome original é uma forma de respei-

tar a identidade da criança e de manifestar a aceitação, sem reservas de sua pessoa.

O reconhecimento de filho regulado pela Lei n. 8.560/92 que prevê a investigação de paternidade dos filhos fora do casamento, também pode ser causa para a alteração do nome. O pai que reconhece o filho possui a faculdade de incluir no registro de nascimento deste o seu sobrenome, não podendo conter qualquer elemento de discriminação na certidão de nascimento.

Com efeito, a adoção do sobrenome do pai pelo filho é um direito fundado no vínculo de parentesco, trazido pela filiação, é um efeito do reconhecimento. Assim, em caso de negação ou omissão do sobrenome do pai pelo ato de reconhecimento, o filho poderá requerer judicialmente a inclusão deste ao seu nome.

Nesse sentido, ensina o professor Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 177)

Se o pai, ao reconhecer o filho no termo de nascimento, fizer ali constar, para o reconhecido, nome diverso do seu, não pode impedir que o filho venha a adotá-lo mais tarde, porque o gozo deste direito não prescreve, e a lei permite ao filho, como a qualquer pessoa, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, sendo certo que a adoção do nome paterno, longe de prejudicá-los, consistirá na sua conservação.

3.2. A alteração do nome pelo casamento, separação, divórcio e união estável

O casamento traz ao nubente a oportunidade de acrescer, ao seu nome, o sobrenome do outro. Já com a separação ou divórcio poderá o cônjuge retirar do seu nome o do ex-marido ou da ex-mulher.

O Código Civil, na parte que trata do casamento, estabelece que: *“Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”* (art. 1.565, § 1º, do Código Civil).

A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) já estabelecia a possibilidade de acrescer o nome do marido ao nome da mulher. Com a entrada em vigor do Código Civil, em 2003, verificou-se a igualdade dos direitos dos cônjuges, podendo qualquer deles acrescer ao seu o sobrenome

do outro, não fazendo a distinção apenas em relação à mulher.

A inclusão do sobrenome do nubente se fará por declaração pessoal quando da habilitação de casamento, não sendo necessária autorização judicial.

O Código Civil traz as possibilidades do uso do nome quando da separação do casal, facultando ao cônjuge a opção de conservar o nome de casado quando sair vencedor na ação de separação judicial, cabendo-lhe a opção de renunciar a qualquer momento ao direito de usar o sobrenome do outro. Poderá haver, ainda, a conservação do sobrenome do outro em se tratando de separação consensual.

Já quando o cônjuge for declarado culpado na ação de separação judicial, havendo requerimento do cônjuge inocente, aquele perderá o direito de usar o sobrenome do outro, desde que não acarrete: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. (art. 1578, *caput*, do Código Civil).

No que tange ao divórcio, a situação é idêntica, tanto que os requisitos previstos no art. 25 da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) são os mesmos estabelecidos no Código Civil. Nesse sentido, vejamos:

Art. 25 - A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar : I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido em decisão judicial.

Nesses casos, entendeu o legislador não ser prudente que o cônjuge voltasse a usar o nome de solteiro, sendo conveniente a permanência do nome de casado, mesmo com a dissolução do casamento, para evitar transtornos ou prejuízos maiores.

A Lei dos Registros Públicos autoriza que a mulher, que viva como companheira estável do homem, pleiteie judicialmente a averbação do sobrenome de seu companheiro no seu registro de nascimento, sob duas condições: a expressa concordância do companheiro e no mínimo cinco anos da união ou se já existirem filhos advindos da união. A

Lei autoriza esta modificação do nome somente quando há impedimentos entre os companheiros para o casamento decorrentes do estado civil das partes (art. 57, § 2º).

Entretanto, tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002. Dessa forma, caberá ao homem a possibilidade de inclusão do sobrenome da companheira, não se limitando tal faculdade apenas à mulher.

Ademais, devemos harmonizar a redação do artigo mencionado com os dispositivos dos artigos 1.723 e seguintes do Código Civil. Assim, não deverá haver a restrição do limite temporal para reconhecimento do pedido de inclusão do sobrenome e, ainda, deverá haver observância aos requisitos previstos no Código Civil para reconhecimento da união estável.

3.3. A adoção do apelido público e notório ao nome

A Lei n. 9.708/98 veio regular uma situação de fato muito corriqueira, principalmente nas pequenas cidades brasileiras, a de apelidar as pessoas, sendo comum algumas serem conhecidas apenas por alcunhas e jamais por seus nomes de registro.

Esta Lei autoriza a introdução das designações especiais de alguém ao nome, o modo como ficam conhecidas as pessoas no ambiente em que vivem por meio da abreviação do nome, por particularidades físicas ou morais, pelo trabalho. São as chamadas alcunhas, cognomes, epítetos ou apodos, podendo haver substituição ou acréscimo do prenome. Com a entrada em vigor da precitada Lei deu-se nova redação ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, dispondo que o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Quando ocorrer o uso reiterado de um apelido, tornando-o público e notório, havendo a identificação da pessoa, em substituição ao prenome, poderá o interessado requerer ao Judiciário a alteração do prenome pelo apelido. O professor Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 216) ensina que: *“A possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório atende à tendência social brasileira, abrindo importante brecha na*

regra que impunha a imutabilidade do prenome, que doravante passa a ser relativa”.

3.4. A alteração do nome pela lei de proteção às testemunhas e às vítimas

A Lei n. 9.807/99 tem como princípio fundamental a proteção à testemunha, à vítima e de seus familiares que colaborem com as investigações policiais ou processo criminal.

Essas pessoas, bem como as de seu convívio familiar, podem alterar por completo o nome por determinação judicial.

Estabelece o art. 2º da mencionada Lei que:

A proteção concebida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 1º - A proteção poderá ser dirigida, ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme especificamente necessário em cada caso.

E, por fim, sobre a alteração do nome dos envolvidos nesse sistema, determina o art. 9º que:

Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

§ 1º - A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

3.5. A possibilidade de alteração do nome por estrangeiro

Estabelece o “caput” do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil que: *“A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”*.

De acordo com o artigo acima citado, o estrangeiro que passa a domiciliar no Brasil terá como regra, no que tange ao nome civil, a lei brasileira.

O estrangeiro admitido no Brasil, seja na condição de permanente ou temporário, ou mesmo de asilado, deverá se registrar no Ministério da Justiça com o nome e a nacionalidade constantes no documento de viagem (art. 30 da Lei n. 6.815/80).

Para os estrangeiros que possuem língua diferente da nossa poderá ocorrer situações constrangedoras, tornando-se o seu nome exótico ou ridículo e até mesmo impronunciável.

Com o objetivo de evitar escárnio ou prejuízos ao estrangeiro domiciliado no Brasil, a Lei n. 6.815/80, dispondo sobre a alteração dos assentamentos, determina nos artigos 43 e 44 que:

Art. 43 - O nome do estrangeiro, constante do registro (art. 30), poderá ser alterado: I - se estiver comprovadamente errado; II - se tiver sentido pejorativo ou expuser o titular ao ridículo; III - se for de pronúncia e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa;

§ 1º - O pedido de alteração de nome deverá ser instruído com a documentação prevista em Regulamento e será sempre objeto de investigação sobre o comportamento do requerente.

§ 2º - Os erros materiais no registro serão corrigidos de ofício.

§ 3º - a alteração decorrente de desquite ou divórcio obtido em país estrangeiro dependerá de homologação, no Brasil, da sentença respectiva.

§ 4º - Poderá ser averbado no registro o nome abreviado usado pelo estrangeiro como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

Art. 44 - Compete ao Ministério da Justiça autorizar a alteração de assentamentos constantes do registro de estrangeiro.

De observar-se que o registro do estrangeiro e todas as alterações e arquivamentos relativos ao seu nome serão feitos no Ministério da Justiça.

4. Conclusão

No presente trabalho, tratou-se das possibilidades de alteração do nome previstas na Lei dos Registros Públicos, com a regulamentação trazida pela Lei n. 9.807/98, que autorizou a mudança do prenome por apelido público e notório. Foram analisadas, ainda, as possibilidades de alteração do nome por estrangeiro, quando da exposição ao ridículo e nas questões atinentes ao estado civil das pessoas.

Por fim, discorreu-se sobre a lei de proteção à testemunha e à vítima, dado seu interesse na proteção dessas pessoas e de seus familiares, desta forma, considerando a importância deste programa para assegurar a paz social e a sua devida efetivação, possibilitou-se aos protegidos, a alteração completa do nome, com novo registro civil.

Com efeito, as possibilidades de alteração do nome civil, via de regra, estão intimamente ligadas à dificuldade de se possuir nome que traga transtornos para a vida das pessoas. A alteração nominal consiste em remédio necessário de promoção da harmonia social, representando o retrato fiel da verdade.

Nesse contexto, a legislação pátria vem se modernizando como forma de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, com incidência de profundas mudanças na antiga regra da imutabilidade do prenome, flexibilizando o tratamento sobre a matéria com intuito de adequá-la às necessidades exigidas, como forma de garantir proteção às pessoas e ao seu sadio convívio social.

Referências

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei do registro público**. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio García (coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Instituições de direito civil**, vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Referências

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei do registro público**. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Instituições de direito civil**, vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Privê do Ministério Público no Município de Lagoa da Confusão-TO:

Localizado a 200 quilômetros de Palmas, Capital do Estado do Tocantins, encontra-se o privê do Ministério Público Tocantinense, construído às margens da lagoa que empresta o nome ao Município de Lagoa da Confusão, na gestão do então Promotor de Justiça e Presidente da Associação Tocantinense do Ministério Público-ATMP, Dr. Clenan Renaut de Melo Pereira. O terreno respectivo foi adquirido da Associação Goiana do Ministério Público, em janeiro de 1994, sendo que o objetivo primeiro era a edificação de um local fora de Palmas, mas, não muito distante, onde os primeiros integrantes do novel MP, quase todos provenientes de outras regiões do país, pudessem se reunir, juntamente com seus familiares, aos finais de semana e feriados prolongados, buscando atividades de lazer e recreação como forma de compensar a falta de parentes e amigos deixados distantes. Há notícias de sólidas amizades iniciadas naquele tempo. No local houve a construção de 04 (quatro) chalés, todos devidamente mobiliados, mister, nesse particular, atribuído a Maria Regina Bezerra de Melo Pereira, esposa daquele Presidente da ATMP, a qual cuidou, criteriosa e carinhosamente, de todos os detalhes da mobília e decoração. Foram edificados, ainda, a casa do caseiro; um quiosque de 36 m² em formato circular, contendo uma churrasqueira acoplada a uma cozinha; um guarda barco; uma churrasqueira coberta; uma área de lazer contendo duas piscinas adulto/infantil em fibra de vidro; um campo de futebol e um parque para crianças com vários brinquedos. Não se descuroou da preservação de árvores e plantas nativas, fato esse que possibilita a visita constante de pássaros e outros pequenos animais, a exemplo dos macacos, tornando aquele local um cenário paradisíaco. O Privê foi inaugurado no ano de 1996.

Realização:



MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO TOCANTINS

Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
- CESAF -

Apoio:

