

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.12	n. 16	maio 2009	p. 1-272
----------------	------------	------	-------	-----------	----------



UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor

Prof. Marcelo Palmério

**Pró-Reitor de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão**
Prof. José Bento Alves

Pró-Reitor de Ensino Superior
Profa. Inara Barbosa Pena Elias

Diretor do Curso de Direito
Prof. Pécio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Miralda Dias Dourado de Lavor – Promotora de Justiça

Revista Jurídica UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais
(Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Tiragem: 1.500 exemplares - Periodicidade semestral.

(Solicita-se permuta / exchange desired)

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do
Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG:
UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8, a numeração dos fascículos passou a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado
de Minas Gerais.

CDD: 340

Conselho Editorial

Dirce Maris Nunes da Silva
Eduardo Pimentel de Figueiredo
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Lúcio Delfino
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Sandra Maria da Silva
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE

Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Prof. Jurandir Sebastião – Coordenador Editorial da Revista

Av. Nenê Sabino, 1.801 – Bairro Universitário

CEP 38.055-500 – Uberaba-MG

Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910

E-mail: malthus@terra.com.br

Ministério Público de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Dra. Miralda Dias Dourado de Lavor

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 – Centro

CEP 38.010-140 – Uberaba-MG

Telefone (0xx34) 3313.6142 - Fax (0xx34) 3333.8996

E-mail: miralda@netsite.com.br

ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.



SUMÁRIO

ALGEMAS – SEU USO E A SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF: REGRA OU EXCEÇÃO?

Paulo Fernando Silveira..... p. 13

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – SANÇÃO DESUMANA OU MEDIDA ADEQUADA AOS PRESOS DE ALTA PERICULOSIDADE?

Antonio Carlos Barosi Junior..... p. 23

CÉLULAS-TRONCO: A CIÊNCIA, A ÉTICA E OS DIREITOS DO NASCITURO

Antônio Macena Figueiredo p. 37

OS PRINCÍPIOS E O NEO-CONSTITUCIONALISMO

Letícia Rezende Castelo Branco p. 57

DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Sandra Maria da Silva..... p. 87

CONTRATO DE ADESÃO E O CDC – ABUSIVIDADE E CONTROLE PRÉVIO

Eclair Gonçalves Gomes..... p. 97

FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA SÚMULA 195 DO STJ

Luiz Augusto de Salles Vieira.....p. 111

DO ACIDENTE DO TRABALHO AO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL: INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Fernando Rossi..... p. 121



SUMÁRIO

ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA

Cristiano Gomes de Brito..... p. 133

INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRA O MEIO AMBIENTE

Geraldo Ferreira Lanfredi p. 149

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL – A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE DEFESA

Dnieper Chagas de Assis..... p. 169

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ANÁLISE DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DE CALDAS NOVAS

Diego Alves de Oliveira..... p. 185

INTERDEPENDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E PODER JUDICIÁRIO – ALGUMAS QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

Orlando Augusto Carnevali p. 209

AS DIFERENTES FORMAS DE SILÊNCIO NO TEXTO LEGAL E SEUS SENTIDOS

Irma Beatriz Araújo Kappel..... p. 237



Para nossa alegria e também de nossos leitores, vem a lume a edição nº 16 da Revista Jurídica UNIJUS, produzida e editada pela Universidade de Uberaba – UNIUBE, em parceria, para produção intelectual, com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de seu Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba.

Como registrado em outros editoriais, a UNIJUS é espaço gráfico acadêmico, com duplo destino: *informar* e *divulgar*. No aspecto de *informar*, este periódico leva ao conhecimento dos discentes e dos docentes interessados e, em especial, dos profissionais militantes na área do Direito as alterações legislativas, assim como as correspondentes críticas e ensinamentos doutrinários. No tocante ao *divulgar*, constitui espaço gráfico de registro permanente das idéias mais lúcidas na seara do Direito, de crítica ou de vanguarda, produzidas por alunos, por professores, por advogados, por defensores públicos, por delegados de polícia, por promotores de justiça, por julgadores monocráticos ou de colegiados, ou por intelectuais outros que se debruçam sobre assuntos de natureza jurídica. Os artigos que se publicam são selecionados pelo Conselho Editorial, levando em conta, além do conteúdo em linguagem clara e correta, cortês e serena, a diversidade de assuntos, a pluralidade de origem geográfica (para não se criar um pensamento local, único), e, por fim, a oportunidade de publicação da crítica ou sugestão, com vistas ao momento histórico/social.

Repita-se, também, que a Revista Jurídica UNIJUS não é comercializada. Mas, sim, divulgada, dirigidamente: no âmbito acadêmico, a divulgação se dá por meio de permuta com a maioria das universidades brasileiras e, algumas, do exterior; no âmbito extra-acadêmico, a revista é distribuída para bibliotecas de instituições (cadastradas) e para autoridades ou *persona grata*, previamente selecionadas. Por fim, a divulgação também se faz pela *internet*.

Para adiantamento aos leitores ávidos, eis as sínteses dos trabalhos que ora se publicam:

1. No artigo *ALGEMAS – SEU USO E A SÚMULA VINCULANTE II DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REGRA OU EXCEÇÃO?*, o autor Paulo Fernando Silveira (juiz federal aposentado e autor de diversos trabalhos na área de Direito Constitucional) faz lúcida crítica a essa Súmula Vinculante, demonstrando, em consistente análise, o equívoco em que incorreu o STF ao transformar uma *exceção* da conduta ordinária dos legítimos exercentes do poder de coerção em *regra* obrigatória. Após a demonstração da inversão da lógica jurídico/hermenêutica constitucional ocorrida, mas sem olvidar a força institucional dessa Súmula, enquanto perdurar, o autor arremata: “Entendo haver, portanto, só duas soluções para tornar essa súmula sem efeito, se esse for o objetivo dos que discordam de sua aplicação: 1. O Congresso Nacional deve fazer uma emenda constitucional pela qual superará o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Para esse fim, ele está constitucionalmente autorizado. [...] 2. Os doutrinadores devem emitir comentários contra o teor da súmula, de modo a sensibilizar o Supremo Tribunal Federal a revogá-la.”

2. No artigo *REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – SANÇÃO DESUMANA OU MEDIDA ADEQUADA AOS PRESOS DE ALTA PERICULOSIDADE?*, o autor Antonio Carlos

Barosi Junior (pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal) desenvolve detida análise sobre essa especial e necessária modalidade de execução da pena, com vistas à legalidade constitucional e infraconstitucional, à dignidade da pessoa humana, e à práxis do inexorável convívio social plúrimo em âmbito de criminalidade crescente e que, por força dos fatos, posta-se acima e fora do controle do Estado. Enriquecendo o artigo, o autor registra doutrina favorável e contra, bem como sua aplicabilidade em outros países. Em coerente arremate, escreve: “Nossa Constituição cerca de garantias aquele que está cumprindo pena privativa de liberdade, todavia, garantias maiores são dadas aos cidadãos de bem, tanto que a mesma CF prevê em seu texto apenas dois crimes imprescritíveis para todo nosso ordenamento, e um deles é a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). [...] o Regime Disciplinar Diferenciado de cumprimento de pena é um “remédio amargo”, mas que deve ser ministrado nesse momento, de forma cautelosa e objetiva. Teremos sim os efeitos colaterais, como todo severo tratamento tem, mas se não estancarmos esse mal agora, estaremos pondo em risco a vida de um país inteiro diante dessa doença entranhada em suas estruturas”.

3. No artigo *CÉLULAS-TRONCO: A CIÊNCIA, A ÉTICA E OS DIREITOS DO NASCITURO*, o autor Antônio Macena Figueiredo (advogado, mestre em educação, doutorando em Ciências da Saúde, professor de Ética Profissional da UFF) desenvolve estudo sobre a evolução da ciência gênica e seu inerente debate ético, em sentido *lato*, ocorrida em nosso país e em tantos outros que relaciona, a respeito da pesquisa e da utilização de embriões humanos e de células-tronco. Ou seja, “analisa os limites da extensão do direito atribuído ao nascituro de embrião fecundado *in vitro*, com base na declaração dos direitos humanos e da biomedicina, declaração universal sobre bioética e direitos humanos, legislação internacional e no sistema jurídico brasileiro”. Como não podia deixar de ser, o estudo traz à tona o julgamento e seu desfecho em decreto de improcedência, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 de Biossegurança, ocorrido em 29 de maio de 2008. Não sem razão, arremata: “A ciência deve operar-se dentro dos limites de valores éticos, morais e legais das sociedades democráticas de direito. É inconcebível que, em nome da liberdade científica, desprezem-se as considerações de outras áreas do conhecimento humano”.

4. No artigo *OS PRINCÍPIOS E O NEO-CONSTITUCIONALISMO*, a autora Letícia Rezende Castelo Branco (juíza de direito do Estado de Minas Gerais e mestrandia em Direito) desenvolve substancial trabalho sobre hermenêutica constitucional e sua incidência na aplicação das normas infraconstitucionais. Como bem escreve, “O neo-constitucionalismo ressalta a vinculatividade da Constituição, buscando adequada solução às hipóteses de colisões normativas, empregando uma dogmática principialista. Os princípios têm posição privilegiada na pirâmide normativa, sendo a expressão suprema da normatividade que fundamenta a organização do poder. A leitura do Direito deve necessariamente passar pelo filtro axiológico dos princípios. A democracia brasileira ficará relegada a uma estatueta de destaque na prateleira constitucional se os valores éticos, políticos e jurídicos veiculados pelos princípios constitucionais não forem reconhecidos como verdadeiro direito que são. [...] O operador do direito tem o dever ético de enfrentar o desafio e encarar o universo principiológico existente no ordenamento jurídico, não com olhar de quem aprecia uma paisagem distante, mas sim com olhos de quem encontra uma ferramenta concreta e necessária para o ajuste da engrenagem do direito”.

5. No artigo *DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE*, a autora Sandra Maria da Silva (promotora de justiça em Uberaba, mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito) desenvolve estudo a respeito “do direito de filiação, enquanto direito fundamental”. Em especial, com sustento e ênfase no universo individual, no âmbito subjetivo de cada qual, enfoca “a polêmica acerca da necessidade de se comprovar, ou não, a existência de um vício de consentimento, no momento do reconhecimento da paternidade, para anular parcialmente o registro; ou se apenas a inexistência do vínculo genético, comprovada através do Exame de DNA, já é suficiente para afastar a paternidade registral, conforme recentes decisões judiciais”. Em arremate, escreve “que o direito à verdadeira filiação é garantido constitucionalmente e a manutenção de uma paternidade falsa, em última análise, prejudica os interesses das partes envolvidas, mormente do filho, cuja identidade resta obscura e inescrutável”. E que “[...] a continuação da paternidade falsa pode, inclusive, causar situações esdrúxulas e perigosas, como a possibilidade de casamento entre irmãos”.

6. No artigo *CONTRATO DE ADESÃO E O CDC – ABUSIVIDADE E CONTROLE PRÉVIO*, a autora Eclair Gonçalves Gomes (advogada, especialista em Direito Público, professora de Direito do Consumidor e Legislação Turística) desenvolve estudo sobre a abusividade que ocorre, na prática e em maioria, nos contratos de adesão ofertados ao público em geral, desequilibrando as relações de consumo, em desfavor do contratante aderente. Demonstra a autora que o CDC, não obstante suas regras destinadas ao equilíbrio contratual, não é suficiente para a proteção do hipossuficiente, nas relações massificadas. Seu arremate é preciso: “A nosso ver, importante, portanto, seria a criação Legislativa (e sequente efetivação por órgãos do Executivo) de instrumentos de aferição *prévia* dos contratos massificados, tal como ocorre no direito comparado. A liberdade de estipulação exercitada com unilateralidade e, infelizmente em grande parte, com inobservância dos elementos que compõem o Estado Social de Direito (como a boa fé objetiva, a equidade, a equivalência material, e a função social do contrato, etc.) não pode ser utilizada como espaço para abuso. Para que a utilização de contratos de adesão não seja abusiva ou não equânime é imprescindível a adoção de mecanismos próprios, coercitivos, de proteção do consumidor, sem afastamento de posterior atuação do Judiciário, se necessária. Finalizando, o prévio controle administrativo será forma ideal para impedir abusos nas relações massificadas de consumo”.

7. No artigo *FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA SÚMULA 195 DO STJ*, o autor Luiz Augusto de Salles Vieira (desembargador do TJSP e professor de Direito Civil e Processo Civil) desenvolve estudo sobre a vigência ou caducidade dessa Súmula, por ter sido editada sob a vigência do revogado CC/1916. Diz essa Súmula 195, do STJ: “Em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores”. O estudo desenvolvido passa pelo cotejo entre os dispositivos revogados, do CC/1916, com os atuais, do CC/2002, relativos aos atos nulos e atos anuláveis. Por necessária conexão, na seara processual, após distinção entre fraude a execução e fraude contra credores, o autor analisa os limites dos embargos de terceiro, o pedido reconvenicional, as legitimidades ativas e passivas, e os litisconsortes. Em conclusão, escreve: “Eventual alegação de fraude contra credores, de forma incidental, nos embargos de terceiro, não apresentaria conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa. [...] Na fraude contra credores, o ato, na sua origem, é eficaz, contrariamente a fraude na execução, em que o ato, na sua origem, é ineficaz porque o devedor, no curso da execução, em desrespeito ao Estado-Juiz, promove a transferência do bem, desfalcando a garantia do credor quirografário. Incabível, ainda, a ação declaratória incidental, em face do rito especial

não admitir. [...] Como possível solução para o problema, em face de a ação pauliana ser uma ação morosa e cara, pensa-se que a solução jurídica, para tornar a distribuição da justiça célere e segura, seja eventual alteração legislativa, no sentido de que os embargos de terceiro permitam a excepcional apresentação de reconvenção, com a participação do devedor e de eventuais terceiros. Enquanto o fato não ocorrer, somente resta às partes interessadas e ao julgador a aplicação da Súmula 195 do Superior Tribunal de Justiça.”

8. No artigo *DO ACIDENTE DO TRABALHO AO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL: INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA*, o autor Fernando Rossi (advogado e mestre em direito) desenvolve trabalho pontuando os seguintes aspectos, sobre esse tema: 1 – O acidente de trabalho é dano ambiental *individual*; 2 – O § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, estabelecendo responsabilidade *objetiva*, não se aplica ao “terceiro” isoladamente; 3 – O inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988 exige a comprovação da *culpa*, *lato sensu*, o que significa responsabilidade *subjetiva*; 4 – O § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 foi recepcionado em parte pela CF/88, remanescendo sua aplicação para ressarcimento dos danos *coletivos*. Após demonstração desses aspectos, com sustento na doutrina que registra, conclui o autor: “(IV) o dano ambiental individual do trabalho, aqui eleito *acidente do trabalho* (ou doença proveniente do trabalho), em uma concepção exagerada, *poderia* ser indenizado sob a proteção da responsabilidade *objetiva*, se não vigorasse o inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal. Por tal ordem, a culpa é fundamental para a responsabilização civil no contexto trazido ao debate. Portanto, a responsabilidade *subjetiva* se impõe”.

9. No artigo *ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA*, o autor Cristiano Gomes de Brito (advogado, professor, mestre e doutor em Direito) analisa, com sustento na doutrina e na jurisprudência que registra, o cabimento da ação rescisória, sua função e objetivos, dentro do casuísmo legal do art. 485 do CPC, cujo rol, como escreve, não permite interpretação extensiva. Em relação à natureza processual, explica o autor que “é necessário distinguir sentença *rescindível* e sentença *nula* ou *inexistente*”, uma vez que a “rescisória implica na necessidade de um duplo pedido, ou seja, o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*: o pedido de *rescisão* e o pedido de novo *juízo*. Pede-se tanto a anulação da sentença, a fim de que seja declarada insubsistente, como também o julgamento da espécie, visando modificar o decisório constante da sentença rescindenda. Daí surgem os efeitos: se a rescisória é admitida a ação ordinária se reaviva, e as partes se colocam novamente na posição anterior, até que se resolva novamente o mérito da ação originária. Contudo, se o pedido não for julgado procedente, tudo persistirá como antes, sofrendo o autor da rescisória os encargos de sua ação, inclusive os próprios danos e indenizações que dela podem ocorrer.” É, enfim, instrumento processual com o propósito de “desconstituição da sentença, ou decisão interlocutória, ou decisão singular, ou acórdão transitado em julgado com julgamento de mérito e, excepcionalmente sem julgamento de mérito, contaminados com vício anulável”.

10. No artigo *INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRA O MEIO AMBIENTE*, o autor Geraldo Ferreira Lanfredi (advogado, juiz de direito aposentado e doutor em direito) “desenvolve comentários à Lei dos Crimes Ambientais (LCA), no que diz respeito, especificamente, às infrações administrativas contra o meio ambiente, objeto do Capítulo VI, arts. 70 a 76, da Lei 9.605/98. Depois de uma síntese histórica da legislação ambiental, desde as Ordenações do Reino, em Portugal, passando pelos períodos do Império e Republicano, no Brasil, o autor aborda o conceito de infração administrativa ambiental e passa, então, a examinar e comentar,

uma a uma, as infrações ambientais”. Nas considerações finais, escreve: “Os diplomas legais que disciplinam e protegem o meio ambiente colocam o Brasil em posição de vanguarda, em matéria de legislação ambiental: a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), seguida da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e completada pela Lei n. 9.605/98 sobre crimes ambientais, [...] em que esta última dá acabamento ao círculo de controle do meio ambiente e enseja grandes inovações, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sanções com efeitos educativo-ambientais, ênfase no caráter consensual e reparatório da Justiça penal etc.” E, como advertência, arremata: “Grande parte da sociedade não está conscientizada para as questões ambientais; os órgãos fiscalizadores acham-se mal equipados e os tribunais enfrentam a morosidade do sistema judiciário. Acrescente-se a isso a vasta extensão territorial do país, a multiplicação das violações ambientais, o processo de degradação da biodiversidade, em contraste com os insuficientes recursos financeiros, técnicos e humanos.”

11. No artigo *PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL – A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE DEFESA*, o autor Dnieper Chagas de Assis (advogado e professor acadêmico) desenvolve trabalho sobre provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro e suas possibilidades no âmbito da legítima defesa. Sem meias palavras, escreve: “Na busca pela verdade, as provas obtidas de forma ilícita não podem ser, de plano, taxadas de imprestáveis ou sem valor probatório, devendo considerar sua aplicação em última *ratio* para absolvição do réu, se suficientes. Hodiernamente, os estudiosos da Ciência do Direito têm deixado claro que a Constituição Federal é um instrumento de proteção do cidadão. No atual estágio do Estado de Direito é inconcebível mantermos a idéia de que os princípios constitucionais são intocáveis, engessados e não podem, de nenhuma maneira, ser superados ou violados. Uma coisa é a proteção do inocente (e todos são inocentes até prova em contrário); outra, é o direito/dever de punir, pelo Estado, dentro das regras prefixadas, quando houver lesão aos interesses públicos. E outra, muito diferente, é a ampla defesa do acusado, a quem é lícito utilização de todos os meios de prova possíveis, inclusive os proibidos, desde que não se revistam de violência contra a pessoa para a sua obtenção. Vale a pena repetir a lição já registrada, de MIRABETE: ‘É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, p.ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude’.”

12. No artigo *UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ANÁLISE DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DE CALDAS NOVAS*, o autor Diego Alves de Oliveira (acadêmico da UNIUBE, *campus* Uberlândia) desenvolve trabalho singular sobre os princípios da legislação sobre meio ambiente aplicável, os fundamentos e a finalidade das unidades de conservação do meio ambiente, afinando o estudo no exame específico do PESCAN – Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, situado no Estado de Goiás. Com os olhos voltados para a realidade geográfica, social e econômica, pontua que após a “implantação do parque, surgiram várias denúncias de queimadas provocadas por pessoas contrárias ao cercamento da área. Os fazendeiros cujas propriedades limitam com o parque não possuem discernimento suficiente para propor métodos que evitem a propagação de queimadas, como o aceiro, e, também, a população que vive nas cidades situadas tão próximas ao parque não compreendem a necessidade da instituição de instrumentos de manutenção do parque, como a cobrança de entrada. Outros sujeitos também ainda não estão suficientemente articulados aos objetivos do parque, caso pertinente aos agentes econômicos turísticos que dependem das águas termais

como matéria-prima. Verifica-se também dificuldade para que as organizações não governamentais, que existem com o objetivo de proteger o parque, promovam ações compatíveis com a real utilização da unidade de conservação.”

13. No artigo *INTERDEPENDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E PODER JUDICIÁRIO – ALGUMAS QUESTÕES PROCEDIMENTAIS*, o autor Orlando Augusto Carnevali, advogado, desenvolve estudo sobre o instituto da arbitragem, seus percalços, entraves e conveniências, como “meio alternativo de solução de conflitos acerca de direitos patrimoniais disponíveis que os jurisdicionados podem escolher, como forma de não acentuar o acúmulo de processos que, atualmente, tramitam no Poder Judiciário”. Esclarece que aqueles “que optam pelo processo de arbitragem acham-se protegidos pelo superior pronunciamento do Poder Judiciário, não subsistindo mais as dúvidas iniciais daqueles que, por equívoco, arguíam a sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que a Lei nº 9.307/96 feriria princípios constitucionais, como o da inafastabilidade do controle judicial (CF, art. 5º, XXXV), o da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LVI), o da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF, art. 5º, LV), e o que proíbe a criação de juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), além do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LV)”. Para o autor, pelo instituto da arbitragem, “A sociedade tem à sua disposição um meio alternativo eficaz de solução de litígios e o Estado se vê livre de vultosos processos que, por sua elevada complexidade e alto custo, provavelmente abarrotariam Poder Judiciário”.

14. No artigo *AS DIFERENTES FORMAS DE SILÊNCIO NO TEXTO LEGAL E SEUS SENTIDOS*, a autora Irma Beatriz Araújo Kappel (doutora em letras e professora acadêmica), após cotejo redacional das várias constituições brasileiras, apresenta minuciosa pesquisa sobre a linguagem escrita utilizada e seus efeitos na Ciência do Direito. Daí sua afirmativa: “O Discurso Institucional Legal situa-se ambigualmente entre o monofônico e o polifônico. O sujeito enunciador, apresentando-se como enunciador de um dizer impositivo de uma verdade, apaga todas as vozes que estão por trás da elaboração textual e a tensão existente nessa elaboração. Por meio desta pesquisa, percebemos como se dá o contato entre o linguístico e o discursivo, isto é, como as representações ideológicas de determinadas formações sociais, num determinado contexto histórico se constituem na materialidade da língua. O discurso religioso enformado no texto legal sob forma parafrástica, ao mesmo tempo em que fecha o sentido, num primeiro olhar, abre à polissemia quando olhamos através das condições de produção e das vozes percebidas nas heterogeneidades e nos silêncios. Não existe lei neutra, pois as leis são práticas políticas ao manifestar e instituir concepções de sociedade e de relações sociais (individuais, de grupos, de classes), nem os silêncios são sem significados. Com este estudo, acreditamos ter contribuído para uma visão diferenciada do texto legal como enunciado representativo de um Discurso Institucional Legal composto por outros discursos e outras vozes nem sempre explícitos”.

Para finalizar, é oportuno repetir: críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, MG, maio de 2009.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



ALGEMAS – SEU USO E A SÚMULA VINCULANTE 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REGRA OU EXCEÇÃO?

Paulo Fernando Silveira¹

RESUMO:

Pode a polícia, sob as regras da Constituição, fazer uso de algemas quando prende alguém em flagrante delito ou em cumprimento de uma ordem judicial de prisão? O Supremo Tribunal Federal entende, como regra, que não. Fundamenta-se, basicamente, no direito constitucional à privacidade (ou intimidade), que proíbe a violação da dignidade e da imagem da pessoa humana, o tratamento desumano e degradante do indivíduo e desrespeito à integridade física e moral do preso. Em nível infraconstitucional, acena com vários dispositivos penais dentre os quais o que veda o emprego de força e os relativos ao abuso de poder e de autoridade. Este artigo, com a devida vênia, sustenta posição contrária, levando-se em consideração, também, fortes princípios constitucionais estruturantes de uma nação civilizada e democrática: o do direito à preservação da vida (aí inserida a incolumidade física do policial e de terceiros) e o da igualdade, ou da isonomia (em situações iguais todos devem ter legalmente o mesmo tratamento) e, administrativamente, os da eficiência e da responsabilidade do agente (o ato da prisão deve ser praticado pela autoridade de modo a evitar danos previsíveis e irremediáveis a si, ao preso, ou a terceiros).

Palavras-chave: Direito à vida (incolumidade física). Tratamento isonômico das pessoas presas. Princípios da eficiência e da responsabilidade administrativa dos agentes estatais.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Fundamentos da Súmula Vinculante – 3. Direito processual anterior – 4. Vácuo legislativo – 5. Ato discricionário conforme o costume – 6. Valores atuais a serem preservados de acordo com a Constituição Federal de 1988 – 7. Responsabilidade do agente e do Estado pela prática, com negligência, do ato prisional – 8. A prisão como único fato constrangedor – 9. O emprego de força no ato da prisão – 10. Cotejo de valores constitucionalmente protegidos – 11. O entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o uso de algemas por policiais – 12. A relevância do direito constitucional comparado – 13. O uso de algemas em países civilizados – 14. Como tornar sem efeito a súmula vinculante – 15. *Abstract* – 16. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Disciplinando o uso de algemas pela polícia, recentemente, em 22.08.2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11, do seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

¹ Juiz federal aposentado. Advogado. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

2. FUNDAMENTOS DA SÚMULA VINCULANTE

A Excelsa Corte, por seu plenário, invocou, como suporte de sua decisão, vários preceitos constitucionais, entre eles o que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e os que, resguardando os direitos fundamentais, proíbe o tratamento desumano e degradante do indivíduo, a violação da imagem das pessoas e o que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral (CF – art. 1º, III e art. 5º, III, X e XLIX).

Em nível infraconstitucional, baseou-se, entre outros dispositivos, no artigo 284, do Código de Processo Penal (*Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso*); no art.350, do Código Penal, que cuida do crime de exercício arbitrário ou abuso de poder (*Ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*); e na Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade (Art. 4º. *Constitui também abuso de autoridade: a) – ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*).

3. DIREITO PROCESSUAL ANTERIOR

Nesse passo, o Supremo Tribunal, ao impor a igualdade negativa (a de que, como regra, ninguém pode ser algemado), retrocedeu à tradição de nosso vetusto direito, sob a égide da Corte Imperial, que outorgou impositivamente, debaixo dos canhões, a Constituição de 1824 (oferecida e jurada por Sua Majestade), colocando nas mãos deste, ao lado do poder executivo, o poder moderador, fonte de privilégios espúrios para os homens ricos do país (o imperador nomeava os senadores para o exercício vitalício do cargo, nomeava e destituía os juízes de direito) e para o clero, cujos bispos eram também por ele nomeados, sendo que todos os membros da Igreja – o catolicismo era a religião oficial do Estado – recebiam remuneração estatal (padroado), como se fossem funcionários públicos (CF-1824, arts.101 e 102).

Dentro desse contexto, não é de admirar o acolhimento, na época, pelo menos na lei formal, das denúncias do marquês de Beccaria (o criminalista italiano Cesare Bonesana – 1738-1794), quanto aos cruéis tratamentos dispensados aos criminosos nos presídios, impondo-se sanção ao funcionário que conduzisse o preso “*com ferros, algemas ou cordas*”, salvo o caso extremo de segurança, justificado pelo condutor (artigo 28, do Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, que regulamentou a Lei nº 2.033, de 20.09.1871).² Já imaginou um barão, um conde, um duque ou um padre sendo algemado? Seria loucura! Além do mais, naquele tempo em que a existência da desigualdade era fato aceito passivamente, a criminalidade e a violência eram mínimas: era normal deixar as portas das casas abertas durante o dia.

4. VÁCUO LEGISLATIVO

O Supremo Tribunal Federal resolveu editar a súmula vinculante em face do vácuo legislativo, isto é, da ausência de norma específica na Constituição de 1988 e de legislação própria sobre o uso de algemas, eis que o comando, expresso no artigo 199, da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11.07.84 (*O emprego de algemas será disciplinado por decreto*

² Mirabete, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 5.ed.São Paulo: Atlas, 1993, pg.462.

federal) não foi, até o momento, cumprido pelo poder executivo.

Todavia, a meu ver, com todo o respeito, a Excelsa Corte de Justiça não foi feliz nessa sua surpreendente e inovadora iniciativa de normatização, genérica e apriorística, da conduta policial.

5. ATO DISCRICIONÁRIO CONFORME O COSTUME

Digo surpreendente porque até então, durante toda a vigência do Código de Processo Penal em vigor, que é de 1941, o uso de algemas sempre foi considerado ato discricionário do policial que efetuava a prisão. A discricção, na verdade, era de fato duvidosa. Primeiro, porque o agente geralmente não tinha algema para ser empregada. Seu uso com mais intensidade só está acontecendo nos dias atuais. Depois, porque a algema, como regra, só era aplicada na prisão de pessoa pobre, considerada *a priori* como elemento perigoso e violento, e raramente – se é que houve algum caso – em gente rica e poderosa, sempre tida como gente de bem, o que sempre causava repulsa e protesto da elite dominante, inclusive pelos veículos de comunicação de sua propriedade, quando alguém de seu meio era tocado pela polícia ou condenado pelo poder judiciário.

Coincidência ou não, a Súmula Vinculante 11, de agosto de 2008, foi editada logo após a prisão de um banqueiro e de um ex-prefeito da capital paulista, em que ambos foram algemados. Foram ignorados os surdos clamores de uma sociedade saturada de injustiças no sentido de ser implementado já, de modo sério, para valer para todos, indistintamente, o princípio constitucional da igualdade. Ao contrário, optou-se, nos moldes dos tempos imperiais, por uma igualdade negativa, de difícil, senão impossível, realização que, por isso mesmo, continua privilegiando os poderosos.

Portanto, até o advento dessa súmula vinculante, a utilização da algema, no ato da prisão, constituía ato discricionário do agente encarregado da missão. Agora, a súmula proibiu o seu emprego, exceto nos restritos casos a que se refere. Logo, presentemente, a vedação da prática do ato de prevenção e contenção constitui a regra. E a excepcionalidade da medida ficou vinculada aos parâmetros autorizados pela citada súmula. Em resumo, a discricionariedade foi extinta de vez, restando o ato vinculado apenas a casos restritíssimos, em que o policial está autorizado a algemar o preso, desde que justifique, por escrito, as razões da tomada da medida extrema.

6. VALORES ATUAIS A SEREM PRESERVADOS DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Entendo, porém, ao contrário, que – numa interpretação realística, que venha ao encontro das sentidas necessidades atuais de igualdade e de segurança da população – perante nossa constituição federal, a utilização da algema, quando da prisão em flagrante delito ou por ordem judicial, deve constituir a normalidade, figurando como exceção a sua não utilização. A meu ver, há valores maiores em jogo do que os suscitados pelo Supremo Tribunal Federal. O direito à vida e à segurança e proteção à integridade física do agente e de terceiro são garantidos pela constituição federal. O emprego da algema visa, fundamentalmente, preservar esses valores.

Mesmo no caso de comparecimento do preso a juízo – e todas as vezes que o detento estiver fora da cela, em ambiente público – também deve ser algemado. Durante a audiência, o

magistrado, se achar conveniente, pode mandar liberá-lo, ouvindo-se, antes, o agente policial sobre a periculosidade do réu.

Acrédito que o uso de algema no ato da prisão se impõe porque vivemos tempos modernos, de ostensiva violência pública, em que os marginais, isolados ou em quadrilhas organizadas, como regra, têm demonstrado pouco respeito pela vida alheia, não se podendo esperar deles que atendam, pacífica e mansamente, à voz de prisão e se disponham, sem reação, a ser conduzidos, ordeiramente, à delegacia de polícia. Mesmo os que acatam a ordem devem ser algemados para segurança e proteção sua, do agente e de terceiros.

Assim, o emprego da algema, no ato da prisão, *data venia*, se torna imprescindível por várias razões, evidentes por si, a saber: a) – para proteção e segurança da integridade física do policial encarregado da diligência contra possíveis e inesperados atos de agressão do preso; b) – para resguardar a incolumidade física de terceiros, ante atos de rebeldia do prisioneiro; c) – para evitar a fuga do preso; d) – para evitar a destruição de provas; e, finalmente, e) – para proteção do próprio preso, que pode, inclusive, em desespero, atentar contra sua própria vida (suicídio).

7. RESPONSABILIDADE DO AGENTE E DO ESTADO PELA PRÁTICA, COM NEGLIGÊNCIA, DO ATO PRISIONAL

Aliás, se o preso não for algemado e acontecer danos a terceiros, o policial responderá civil e criminalmente por negligência e o Estado por danos materiais.

Por isso mesmo, não se compreende porque, em se tratando a prisão de um ato tão perigoso, o uso de algema seja negativamente disciplinado, a priori, por quem não corre qualquer risco de vida ou de ferimento. Ocorre-me a figura do almirante que, em terra firme, quer dispor, por meio de regulamento, sobre a conveniência de o capitão de um navio – que se encontra em alto mar, em vias de naufragar, ao enfrentar uma violenta borrasca – atirar a carga ao mar ou arriar as velas.

Não se está dizendo que os eventuais excessos no uso da algema (por exemplo, a duração por tempo maior do que o necessário ou depois que o detido já estiver dentro da cela) não possam ser declarados inconstitucionais, mas isso numa análise do caso concreto, posteriormente à ocorrência do fato. Quanto à exposição do preso pela mídia, a televisão, a meu ver, pode mostrar o ato da prisão e a condução do preso algemado, desde que as tomadas sejam feitas na via pública, sendo proibidas dentro do distrito policial. Inconstitucional, também, se me afigura a permissão de entrevista do preso no recinto da delegacia, mormente sem a presença do advogado de defesa.

8. A PRISÃO COMO ÚNICO FATO CONSTRANGEDOR

É obvio que o emprego da algema constitui uma intrusão menor na privacidade do indivíduo do que o próprio ato da prisão. Este, sim, atenta contra sua liberdade, sua dignidade, sua integridade moral e sua imagem pública. Decorre daí que, se o ato da prisão for legal, seja em flagrante delito ou por ordem judicial, o uso da algema é constitucionalmente permitido, eis que, além de se tratar do uso moderado de força contra o preso, autorizada por lei, visando proteger interesses maiores, como o direito à vida e à integridade física do agente policial e de terceiros, causa muitíssimo menos constrangimento do que a própria prisão.

O interesse do Estado (agindo *publicae utilitatis causa*) de evitar risco de vida, ou de danos pessoais, de seus agentes policiais ou de terceiros – que autoriza o uso de algema – sobrepuja, de muito, o individual (*ius libertatis*), e mais ainda relativamente à pretensa ofensa – pelo só fato do emprego da algema – à dignidade e imagem daquele que é preso.

9. O EMPREGO DE FORÇA NO ATO DA PRISÃO

Há de se reconhecer que, inerente ao ato da prisão, encontra-se a autorização legal do emprego de força coercitiva necessária à sua realização – Quem pode refutar isso? – por parte do agente que o executa. Logo, o ato de algemar se insere, naturalmente, como meio moderado e imprescindível à implementação da medida, para que ela ocorra, eficazmente, sem risco de vida ou de ferimentos para o policial, para terceiros e para o próprio preso.

10. COTEJO DE VALORES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Evidentemente, o risco de vida que corre o policial que executa a diligência merece maior proteção constitucional do que uma pretensa agressão, reflexa e indireta, ao direito de privacidade (ou intimidade) do preso pelo uso da algema, quando, na realidade, o constrangimento que sofre decorre, precisamente, do ato ostensivo da prisão, em princípio legal e legítima. É o preço que o indivíduo paga para o resguardo, a proteção e o bem da sociedade. Como é a prisão que causa o constrangimento, se esta for, no futuro, tida como ilegal, o indivíduo tem direito a receber do Estado a indenização pelos danos morais que sofreu em decorrência dela. Mas não pelo fato, por si só, da utilização da algema. Todavia, se a prisão for legal, não haverá constrangimento pessoal juridicamente protegido, eis que ela decorrerá não da prisão, mas do delito praticado, do qual há fortes indícios de que o detido foi o seu autor.

Portanto, a meu ver, o uso das algemas (atividade meio), longe de ser uma agressão contra a dignidade do indivíduo, ou degradar a sua imagem – eis que ele vai legalmente, a final, ser aprisionado, isto é, ficar trancafiado atrás das grades (objeto-fim) – constitui um dever para o agente policial, que deve empregar, indistintamente, o instrumento de prevenção e de contenção em todas as pessoas, sempre que ocorrer a prisão, a fim de se dar cumprimento ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF – art.5º, *caput*).

11. O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNICOS SOBRE O USO DE ALGEMAS POR POLICIAIS

Nos Estados Unidos, a *U. S. Supreme Court*, ao julgar o caso *Muehler v. Mena* (2005)³ considerou constitucional o uso de algemas numa simples busca e apreensão domiciliar determinada pela justiça, sem especificação dos nomes dos eventuais ocupantes de uma casa, que foi indicada com precisão apenas pelo endereço.

Iris Mena foi algemada numa garagem por duas a três horas, durante o curso da diligência, enquanto dois policiais, autorizados por um *search warrant* judicial, faziam a busca de armas letais e procuravam por evidências de formação de quadrilha (*gang membership*) na residência ocupada por ela e mais quatro elementos, todos não identificados previamente.

³ *Muehler v. Mena* 544 U.S. (2005).

Falando por uma Corte unânime – os julgamentos, lá, são sempre feitos pelo plenário, de modo a tornar única e indiscutível, sem divergências de turmas, a decisão do tribunal e anunciadas como “Acórdãos da Corte”, ou seja, a posição final da Corte, e não como voto de determinado ministro, fato que valoriza muito, politicamente, o poder judiciário –, o *Chief Justice Rehnquist* enfatizou que “A jurisprudência firmada sob a quarta emenda⁴ (a que autoriza a busca domiciliar ou pessoal, semelhante à prevista nos arts. 242 a 250, do Código de Processo Penal brasileiro, também condicionada à existência de fundadas razões que a autorizem), há muito reconhece que o direito de se fazer uma prisão ou uma parada investigatória carrega consigo o direito do uso de algum grau de coerção física ou a ameaça de efetivá-la.” (*Fourth Amendment jurisprudence has long recognized that the right to make an arrest or investigatory stop necessarily carries with it the right to use some degree of physical coercion or threat thereof to effect it.*) e que “Não obstante o risco de perigo, inerente à execução de um mandado de busca por arma, ter sido suficiente para justificar o uso de algemas, a necessidade de deter múltiplos ocupantes tornaram o uso de algemas muito mais razoável.” (*Though this safety risk inherent in executing a search warrant for weapons was sufficient to justify the use of handcuffs, the need to detain multiple occupants made the use of handcuffs all the more reasonable.*)

Salientou, ainda, em sua *Opinion*, que “O uso de força pelos policiais, em forma de algemas, para efetuar a detenção de Mena na garagem, como a detenção de outros três ocupantes da casa, foi razoável porque os interesses governamentais superam a intrusão marginal (no direito de privacidade do preso)” (*The officers’ use of force in the form of handcuffs to effectuate Mena’s detention in the garage, as well as the detention of the three other occupants, was reasonable because the governmental interests outweigh the marginal intrusion.*) Finalmente, esclareceu que “Os interesses governamentais não só de deter pessoas, mas o de usar algemas, alcançam o seu zênite quando, como aqui, um mandado judicial autoriza a busca de armas e quando um procurado membro da quadrilha reside no local. Nessa situação inerentemente perigosa, o uso de algemas minimiza o risco de danos tanto para os agentes como para os ocupantes.” (*The governmental interests in not only detaining, but using handcuffs, are at their maximum when, as here, a warrant authorizes a search for weapons and a wanted gang member resides on the premises. In such inherently dangerous situations, the use of handcuffs minimizes the risk of harm to both officers and occupants.*)

12. A RELEVÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O leitor menos avisado poderia alegar que o direito constitucional americano nada tem a ver com o brasileiro e que, lá, eles seguem a *common law*, como costumeiramente se ouve falar. Esse argumento é totalmente inconsistente, porque a Constituição americana de 1787, além de ser escrita, é a mais rígida de que já se ouviu falar: está em vigor há mais de 220 anos e sofreu apenas 27 emendas. Lá, para uma emenda entrar em vigor não basta o congresso simplesmente editá-la. É preciso, em respeito ao princípio federalista (a Constituição é resultado do pacto indissolúvel celebrado entre a União e os diversos Estados-Membros, não podendo, assim,

⁴ *The Fourth Amendment to the United States Constitution provides: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”*



ser alterada unilateralmente por uma das partes) que três quartos das assembleias estaduais a ratifiquem. Com a Constituição, as leis escritas (*statutes*) do país devem guardar fina sintonia, sob pena de inconstitucionalidade, ou seja, de serem declaradas nulas, de valor nenhum. A *common law* constitui uma exceção, sendo utilizada, principalmente, nas ações de indenização por danos (*tort actions*).

Depois, porque a Constituição brasileira, desde a primeira republicana de 1891, é, em sua estrutura de divisão de poderes e de proteção aos direitos civis, uma cópia da americana. Foi uma sábia opção feita por Rui Barbosa que, abandonando o modelo francês, em que o judiciário não é poder político (o juiz é escravo da lei), e o inglês, em que o judiciário não é independente, pois está subordinado ao Parlamento (a Câmara dos *Lords* é sua última instância), resolveu libertar o fraco judiciário brasileiro, que vinha despojado de autonomia - eis que ao tempo do império, o juiz era nomeado e demitido pelo imperador, ao seu livre alvedrio - e dotá-lo, como ramo governamental não eleito, do poder político de anular leis feitas pelos poderes eleitos (Congresso Nacional e Executivo).

13. O USO DE ALGEMAS EM PAÍSES CIVILIZADOS

Costumam dizer, contrariamente ao uso de algema, que nos países civilizados, a exemplo da Inglaterra (como se os Estados Unidos não o fossem!) tal não acontece. Esse argumento não merece, *data venia*, consideração.

Observe-se que a Augusta Corte brasileira extraiu a vedação do uso de algemas de um contexto envolvendo diversos preceitos constitucionais, ignorando o costume, já quase centenário, do uso do poder discricionário da polícia na matéria. Logo, não é pertinente a comparação da medida com o costume de outra Nação. Na Inglaterra é costume o policial não portar arma de fogo, diversamente do nosso costume e das leis brasileiras.

Por outro lado, se se pretende dar execução real, de forma positiva, ao princípio da igualdade – um dos sustentáculos de nossa Constituição – a Inglaterra também não serve de base, eis que, lá, o princípio da igualdade não é aplicado em sua plenitude, havendo evidentes atenuações. Tratando-se de uma monarquia, nela há, presentemente, rei, rainha, príncipes, duques e *lords*. Eles desfrutam, em razão do costume, de diversos privilégios. Por exemplo, só pode ser membro da Câmara dos *Lords* quem for de estirpe nobre, em razão do nascimento. Assim, lá, afora a educação e a cultura do povo, não existe interesse, nos tempos modernos, em algemar, igualmente, todas as pessoas que forem presas cometendo delitos. Essa situação lembra a mesma existente aqui no Brasil no tempo do império!

Atento à diferença de costumes, a comparação, para ser válida, há de ser feita com base em fundamentos constitucionais. É de nossa Constituição, que expressa, normativamente, nossa cultura, costumes e tradições, que o STF extraiu reflexamente, de uma zona de penumbra, a proibição do uso de algemas, já que não há dispositivo claramente dispendo nesse sentido. Fora do âmbito da constituição, os costumes e tradições de outros povos servem, apenas, para efeito de outras comparações, como a sociológica por exemplo.

Diferentemente do Brasil, onde a lei rege, aprioristicamente, a conduta das pessoas (*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – CF – art.5º, II*), é de se ver que os anglo-saxões não dispõem de constituição escrita, regendo-se

por alguns éditos com força constitucional (a *Magna Carta*, de 1215, *The Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas-Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* de 1689 etc). Lá, no Reino Unido, sim, predomina o direito consuetudinário (*common law*) pelo qual o costume é que gera o direito, o qual é declarado, caso a caso, inicialmente pelo judiciário, formando o precedente (*stare decise*). A lei, se vier (não há necessidade de vir) acatará obrigatoriamente o precedente, podendo ampliar direitos.

Penso, pois, que a comparação constitucional mais própria, adequada e pertinente é a que é feita entre a constituição brasileira e a americana que é, e continua sendo, o seu mais forte, evidente e exponencial paradigma.

De todo modo, o objetivo dessas considerações, ao analisar a matéria, não é o de exaltar o direito alienígena. Procurou-se resolver a questão, efetivamente, com base na coerente e perfeita interpretação dos princípios constitucionais inseridos em nossa Carta Política, tendo-se em mente a nossa atual realidade – repleta de crimes, violências e corrupções – e as legítimas aspirações do povo brasileiro de se alcançar, de imediato, a igualdade de fato e de direito.

14. COMO TORNAR SEM EFEITO A SÚMULA VINCULANTE

Por isso que, agora, resta saber como tornar sem efeito essa súmula vinculante do Supremo Tribunal, vez que ela sintetiza a interpretação constitucional da matéria feita pela Excelsa Corte e, que, por isso mesmo, não pode – nem deve –, no momento, ser descumprida. O respeito à Instituição é mais importante do que opiniões pessoais. Afinal, queremos viver num governo de leis e não de homens!

Assim, vê-se que o governo não pode mais, a título de regulamentar o art.199 da Lei de Execuções Penais, dispor por decreto, de forma diferente. Tampouco, ao Congresso Nacional é permitido alterá-la diversamente por meio de lei. Ambos terão que se ater, compulsoriamente, às diretrizes traçadas pela Súmula Vinculante 11. A situação presente, em termos legislativos, é bem pior do que a anterior, antes da edição da referida súmula.

Entendo haver, portanto, só duas soluções para tornar essa súmula sem efeito, se esse for o objetivo dos que discordam de sua aplicação: 1. O Congresso Nacional deve fazer uma emenda constitucional pela qual superará o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Para esse fim, ele está constitucionalmente autorizado. Em virtude de nossa forma republicana de governo, o poder legislativo é, também, ao lado dos outros dois ramos governamentais – todos harmônicos e independentes entre si –, legítimo interprete do texto constitucional. 2. Os doutrinadores devem emitir comentários contra o teor da súmula, de modo a sensibilizar o Supremo Tribunal Federal a revogá-la.

15. ABSTRACT

May the police, according to the Constitution rules, use handcuffs when arresting somebody in flagrant practice of a crime or in order to enforce a judicial imprisonment warrant? The Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) says they may not, except in some cases. The opinion is basically supported by the constitutional privacy rights, as the breaking of the human being dignity and image, the degradation of the individual personality and the lacking of respect for the moral and physical integrity of the prisoner. Furthermore the law usually prohibits the use of force by the police considering it as an

abuse of power and/or of authority. Otherwise this article has a different position equally supported by other constitutional civil rights, as the right of life (the police officer has the right of doing his job safe from body harms and life dangers; even has the duty of preventing the risks of injury or death of the bystanders) and the principle of isonomy (equal justice, de fato, under the law). Besides, by force of the administrative principles of efficiency and liability the officer will take full responsibility for his action if he doesn't avoid damages beyond remedy to himself, to the prisoner and third parties.

Key words: *The life right (physical safety). Isonomic treatment of prisoners. Administrative principles of efficiency and liability of the state agents.*

16. REFERÊNCIAS

1. Abraham, Henry J. and Perry, Barbara A. **Freedom & The Court**. 6.ed. New York: Oxford University Press, 1994.
2. Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991.
3. Silveira, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
4. *The Fourth Amendment to the United States Constitution of 1787*.
5. Tribe, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2.ed. Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988.
6. Mirabete, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- 7 Rehnquist, William H. **U.S. Supreme Court: Muehler v. Mena 544 U.S. (2005)**.





REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – SANÇÃO DESUMANA OU MEDIDA ADEQUADA AOS PRESOS DE ALTA PERICULOSIDADE?

Antonio Carlos Barosi Junior¹

RESUMO:

Esse estudo tem o condão de, analisando os fundamentos do chamado Regime Disciplinar Diferenciado, investigar sua validade com base, principalmente, na doutrina nacional e internacional, além de confrontá-lo com nossa ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje. Primeiro são citadas as origens do instituto e definido seu conceito e abrangência para um amplo conhecimento do tema tratado. Posteriormente, destacam-se os argumentos doutrinários prós e contra o regime no intuito de se comparar os benefícios e prejuízos que o mesmo traz à sociedade. Por fim, analisa-se o Regime Disciplinar Diferenciado à luz de uma doutrina de origem alemã denominada Direito Penal do Inimigo, visando constatar se realmente estamos adotando essa teoria em nosso ordenamento jurídico nacional e se o Regime Disciplinar Diferenciado seria um exemplo de sua aplicação. Ao final chega-se a uma conclusão sobre a adoção desse tão polêmico instituto pelo Sistema de Execução Penal Brasileiro e se isso representaria um avanço ou um retrocesso para o país.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Direitos Humanos. Constitucionalidade. Eficácia da Sanção. Direito Penal do Inimigo.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Evolução Histórica do Regime Disciplinar Diferenciado – 3. Conceito e Conteúdo do Regime Disciplinar Diferenciado – 4. Sanção Desumana? – 5. Medida Adequada? – 5.1 Direito Penal do Inimigo – 5.1.1 Direito Penal de Terceira Velocidade – 5.1.2 O RDD como Direito Penal do Inimigo – 6. Considerações Finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Presente artigo tem o objetivo de estudar o Regime Disciplinar Diferenciado de cumprimento de pena privativa de liberdade, trazido ao Ordenamento Jurídico Brasileiro pela Lei 10.792/03² que o adicionou à nossa Lei de Execuções Penais (LEP).

Tal Regime é hoje alvo de muitas críticas por parte da doutrina por prever medidas extremamente duras aos detentos, desumanas segundo alguns, inconcebíveis em nosso atual Estado Democrático de Direito.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Analista do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal. E-mail: ze279.barosi@tre-mg.gov.br

² Texto de Lei disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm.

A verdade é que tal regime veio como uma resposta imediata à crescente evolução do crime dentro dos presídios. Autoridades viram-se acuadas, à mercê de organizações criminosas com sede nas suas próprias penitenciárias, e trouxeram ao nosso sistema um regime que, ao menos em tese, preservaria com maior eficácia a ordem nas carceragens do país, trazendo uma maior segurança para a sociedade.

É notório que o atual sistema de cumprimento de pena no país é um sistema falido. A função de ressocialização do detento inverteu-se e hoje os presídios representam mais “escolas” de aperfeiçoamento da criminalidade do que centros de reeducação. O RDD, como é mais conhecido o instituto em tela, veio para acabar com o pernicioso convício entre presos de alta periculosidade e aqueles que são ainda pequenos infratores.

Trata-se, portanto, de medida finalística, que não combate o mal em sua origem, mas apenas tenta minimizar seus efeitos, por isso é um regime tão criticado atualmente.

Entretanto, numa visão oposta, são justamente tais efeitos que devem ser urgentemente neutralizados, sob pena de nunca podermos recuperar nossas bases com medidas estruturais, ai sim, direcionadas à origem do problema. Caminharíamos, sem o RDD, para uma sociedade em que as organizações criminosas estariam no comando.

Como vemos, trata-se de uma medida polêmica, como tantos institutos no Direito o são. E o presente artigo trabalhará justamente em cima de tal polêmica, analisando os prós e contras da adoção do RDD no país. Contribuindo com isso para um maior esclarecimento e uma melhor formação de opiniões a respeito dessa realidade que vivemos nos dias atuais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Têm-se notícias de um tratamento mais gravoso imposto a presos considerados mais perigosos desde a Antiguidade na Grécia. Dos vários sistemas penitenciários conhecidos na história, o chamado Filadélfia ou Pensilvânico impunha ao preso o isolamento total em uma cela de onde nunca saía, devendo ali permanecer no mais absoluto silêncio.

No Brasil, já na época do Império, havia um tratamento prisional diferenciado conhecido como “cárcere duro”, direcionado àqueles que desobedecessem as ordens do Imperador. Todavia, foi só no século XXI que o enrijecimento do sistema de cumprimento de pena instalou-se de vez no país.

Os criminosos foram ao longo dos anos organizando-se cada vez mais, chegando ao ponto de formarem verdadeiras facções, influenciando os mais diversos setores da sociedade. Não demorou para que tais facções ingressassem nos presídios do país, mais notadamente nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo e, atualmente, é onde se encontram seus principais líderes.

O nível de organização do crime chegou ao ponto de serem coordenadas rebeliões simultâneas pelos presídios do país, além de ataques a instituições e assassinatos de autoridades. E o pior, tudo isso partindo de ordens emanadas de dentro das celas.

Diante de tal situação, o Estado de São Paulo, de forma isolada inicialmente, criou um sistema de cumprimento de pena que impunha o isolamento ao preso perigoso por até 180 dias, estendido a até 360 nas demais incursões, com direito à uma hora de banho de sol diária e visitas de 2 horas semanais. Tal atitude foi duramente criticada na época, tanto pela rigidez

de suas medidas quanto pela forma como foi criada, qual seja, uma Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado, medida meramente administrativa.

Mais tarde, no entanto, foi editada a Lei 10.792/03 que alterou a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84³) e incluiu no sistema carcerário brasileiro o Regime Disciplinar Diferenciado de cumprimento de pena privativa de liberdade, agora em âmbito nacional, criado por uma lei ordinária federal, em observância ao princípio da legalidade.

3. CONCEITO E CONTEÚDO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar carcerária imposta a determinados presos e que se consubstancia em um conjunto de regras de extrema rigidez que irá orientar o cumprimento da pena privativa de liberdade por certo período de sua duração.

São quatro as hipóteses em que um preso pode ser submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado: a) aquele que pratica falta grave dentro do estabelecimento prisional que venha a subverter a ordem interna (art. 52, *caput*, LEP); b) que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal (art. 52, §1º, primeira parte, LEP); c) que apresente alto risco para a ordem e a segurança da sociedade (art. 52, §1º, *in fine*, LEP); d) aquele sobre o qual recaia fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º, LEP).

O artigo 52 da LEP, por sua vez, traz as medidas a serem impostas ao detento incluído no Regime Disciplinar Diferenciado, quais sejam: a) recolhimento em cela individual; b) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças⁴, com duração de duas horas; c) duas horas diárias de banho de sol; d) duração máxima de 360 dias, prorrogáveis até o limite de um sexto da pena aplicada.

Todas essas medidas podem ser aplicadas tanto ao preso provisório quanto ao condenado definitivo, nacional ou estrangeiro.

A aplicação desse regime, todavia, cerca-se de maiores cautelas em comparação às demais sanções disciplinares da LEP. Trata-se da única sanção do artigo 54 a ser imposta pelo juiz, depois de requerimento da autoridade competente e manifestação do Ministério Público e da defesa (para as demais sanções basta ato fundamentado do diretor do presídio).

É possível a inclusão no regime de forma preventiva pelo prazo de dez dias, por ato do administrador do presídio, mas tal ato será submetido imediatamente ao juiz, que decidirá em quinze dias sobre a permanência ou não do preso nesse sistema.

Há discussão quanto à possibilidade da imposição do RDD de ofício pelo juiz. A lei não prevê, mas há autores que vêm no poder geral de cautela do juiz uma justificativa que permitiria a decretação de ofício⁵. Nossa opinião é de que não foi a intenção do legislador em permitir a imposição de ofício, até por que a análise do comportamento de um preso cabe, com

³ Texto de Lei disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm.

⁴ Prevalece o entendimento de que, em consonância com os preceitos do ECA, as crianças são proibidas de visitarem presos incluídos no RDD.

⁵ Nesse sentido: Gama, Guilherme Calmon Nogueira da e GOMES, Abel Fernandes. **Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 321/328.

muito maior razão, à autoridade carcerária, e a acusação pelo cometimento de uma falta grave, ou mesmo o envolvimento em organização criminosa, é atribuição legal do Ministério Público. Cabe ao juiz o papel de julgador, decidindo mediante o caso concreto.

Por fim, dispôs a Lei 10.972/03 em seu artigo 5º que, nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei 7.210/84, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o Regime Disciplinar Diferenciado, por meio de normas locais, em especial para: estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados; assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima; restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação; disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso; elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar. Portanto vemos que há uma margem de atuação do Estado Membro nas características do RDD, não se podendo falar em inconstitucionalidade por eventuais restrições trazidas dentro desse âmbito de atuação aberto pela própria Lei.

4. SANÇÃO DESUMANA?

Enorme foi a repercussão dentre a comunidade jurídica quando da implantação do RDD no Estado de São Paulo, e ainda maior quando da consagração do sistema pela LEP.

Soaram como uma voz unívoca autores, dentre os quais, Rômulo de Andrade Moreira, Carmem Silva de Moraes Barros, Paulo César Busato, Pedro Marcondes, pregando a inconstitucionalidade desse regime. Defende tal doutrina que o sistema de isolamento do preso é degradante ao ser humano, podendo lhe causar sérios danos de natureza física, moral e psíquica. Trata-se de pena desumana e cruel vedada expressamente pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, e por isso estamos diante de um instituto contaminado pela inconstitucionalidade.

Diz ainda a Constituição Federal que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e o que é o RDD senão o Estado exacerbando seu *jus puniendi* (direito de punir) e violando todos os direitos e garantias processuais consagrados na CF88. O que o Estado deve fazer é tentar minimizar ao máximo os efeitos nocivos de uma prisão, preocupando-se com a implantação de políticas de ressocialização e humanização das condições carcerárias. O penalista baiano Rômulo de Andrade Moreira enfatiza bem essa idéia:

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável

desesperança.⁶

A Lei 10.792/03, como tantas no Brasil, foi criada no pior momento para se criar leis em um país, qual seja, num momento de emoção, com mentes movidas por sentimentos gerados por fatos que chocaram a sociedade. Foi dada uma resposta aos egos feridos, de forma imediata e não de forma planejada e discutida, como deve ser a elaboração de uma lei em um país democrático. Nesse sentido, Busato, *in verbis*:

[...] é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei 10.792/03 correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro.⁷

É ainda um forte argumento dessa corrente doutrinária o disposto nas “Regras Mínimas de Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas”. Traz tal documento em seu art. 31 que “*a detenção em cela escura, a redução de alimentação bem como as penas de isolamento configuram a aplicação de uma sanção desumana, cruel e degradante*” (grifo nosso). Ora, se a pena de isolamento é uma pena cruel e se a Constituição Federal veda a pena cruel, está configurada de forma latente a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

São os principais objetivos da pena em nosso ordenamento a prevenção, a retribuição do mal causado e a reintegração do condenado ao meio social. Pois bem, o RDD isola totalmente o preso por um período de um ano ou mais no qual ele não estabelece contato com nenhuma forma de organização social, mesmo que precária ou até nociva como é a sociedade carcerária. Isso torna o preso um ser anti-social, ou seja, vemos aqui o efeito inverso: ao invés de ressocializar o RDD piora o estado de sociabilidade do condenado.

Concluindo a idéia da doutrina mais garantista, no final das contas, o RDD acabaria por gerar um resultado contrário ao que se propõe. A possibilidade de imposição de um regime de extrema rigidez leva os detentos a se revoltarem por viverem numa expectativa de a qualquer momento poderem ser levados ao isolamento. Isso aumenta consideravelmente o número de rebeliões pelos presídios do país. Na prática, a cada inclusão de um membro de uma quadrilha ou facção no RDD há uma rebelião em contrapartida. Isso sem falar nos ataques às instituições fora dos presídios, como o assassinato de juízes nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Ataques estes comandados justamente pelos incursores no RDD, sistema criado para evitar tais comandos.

Sintetiza o sentimento dessa doutrina as palavras da Procuradora do Estado de São Paulo Carmem Silva Moraes Barros:

Não é aceitável pois, a convivência de magistrados, fiscais da lei, advoga-

⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade**. Jurisprudência comentada. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

⁷ BUSATO, Paula César. “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo”, in **Revista de Estudos Criminais** n.º. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/ITEC, agosto/2004, p. 145.

dos, enfim, operadores do direito com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes, diante de tanta ilegalidade, quer por ação quer por omissão, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da administração. O RDD é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos deste país, enfim, à nossa inteligência.⁸

Estaríamos, portanto, diante de um regime inconstitucional por desumano que é, e por estar em total descompasso com os princípios básicos da Execução Penal.

5. MEDIDA ADEQUADA?

Em contrapartida à doutrina mais garantista, temos aqueles que vêem o Regime Disciplinar Diferenciado como uma medida adequada e eficaz sim, se aplicada no momento certo e contra as pessoas certas.

Pecam os garantistas quando erguem como principal bandeira o Princípio da Ressocialização do preso e esquecem que aqui tratamos de condenados irrecuperáveis. A realidade é dura mas deve ser encarada sem devaneios. Como podemos pensar na recuperação de um mega-traficante acostumado a comandar um esquema que envolve comércio internacional de drogas e armas, assassinatos e guerrilhas entre facções criminosas? Sinceramente acredita-se que um indivíduo desses pode ser ressocializado, arrumar um emprego em uma construção civil ou em uma indústria metalúrgica, constituir família e sustentá-la com um salário mínimo?

Chega um momento em que devemos “colocar os pés no chão”. Se o Estado foi incapaz de dar uma condição de desenvolvimento para esse indivíduo e isso fez com que ele se transformasse em um criminoso irrecuperável, o que se tem a fazer agora não é cercá-lo de garantias, mas preservar os demais indivíduos, ainda recuperáveis, de sua nociva influência. Enquanto acharmos que todos os criminosos podem, um dia, tornar-se cidadãos de bem como eu e você que lê esse artigo, veremos a criminalidade crescer em progressão geométrica. Se o indivíduo encontra-se no limite máximo de repressão que o Estado brasileiro pode impor a um criminoso, que é o cárcere, e ainda insiste em submeter os demais às suas ordens delinquentes, não vejo outra saída que não seja o seu isolamento.

O crime evoluiu muito ao longo dos anos e hoje está dentro de nossos presídios. Temos que assumir essa realidade definitivamente e a partir daí adotarmos medidas condizentes com a gravidade da situação em que vivemos. Fernando Capez é enfático nesse sentido:

Diante da situação de instabilidade institucional provocada pelo crescimento do crime organizado, fortemente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, de onde parte grande parte de crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio de uma sociedade cada vez mais acuada, o Poder Público tem a obrigação de tomar medidas, no âmbito legislativo e estrutural, capazes de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.⁹

Mas o principal fundamento de validade do RDD em nosso sistema é buscado no Princípio da Proporcionalidade. Em regra, um indivíduo que comete um ato infracional mais

⁸ BARROS, Carmem Silva de Moraes Barros. **O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) É um Acinte**. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/vs2> acesso em 11 de janeiro de 2008.

grave que outro merece do Estado uma resposta mais severa do que a que será dada a esse último. Todavia, devemos analisar o tema mais a fundo. Às vezes, vemos indivíduos presos pela prática do mesmo crime, só que uns possuem uma clara expectativa de recuperação, e outros são conhecidos membros de gangues criminosas. Como poderíamos aplicar apenas a estes últimos um regime mais severo de cumprimento de pena e justificarmos isso pelo princípio da proporcionalidade? Temos aqui sim uma proporcionalidade, mas não a proporcionalidade das penas, que todos conhecemos do Processo Penal. O que existe aqui é uma proporcionalidade interna, dirigida a indivíduos que já foram protegidos pela proporcionalidade das penas.

Imaginemos dois assassinos com os mesmos antecedentes, ambos condenados por homicídio qualificado pela emboscada, em crimes praticados em situações semelhantes. Muito provavelmente tais indivíduos receberão penas equivalentes em consagração ao princípio da proporcionalidade. Mas imaginemos agora tais indivíduos dentro do cárcere, um se propõe desde o início ao trabalho e participação nas atividades sociais do presídio, enquanto o outro preocupa-se em despertar nos demais detentos o sentimento de revolta, incitando-os ao motim e à prática de atos atentatórios à ordem do estabelecimento e até mesmo contra os agentes penitenciários. Estamos aqui não mais diante do princípio da proporcionalidade das penas, até por que não podemos majorar a pena desse último indivíduo, o que teremos aqui é uma proporcionalidade interna no tratamento a ser dirigido a cada condenado no período de cumprimento de suas penas (que são iguais) e isso embasado, agora sim, em dois princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito, quais sejam a Ordem e a Segurança Pública.

Em suma, o que queremos demonstrar é que o RDD ampara princípios de muito maior valia do que a proporcionalidade das penas. Estamos falando aqui de uma Proporcionalidade Constitucional, entre valores consagrados no texto maior. O que está em jogo é a Segurança Pública, a proteção à população de bem, a Ordem Pública, direitos essenciais para o convívio em sociedade. O que vale mais? A paz social dos indivíduos em seu trabalho, com suas famílias, ou a preservação de se impor um “sofrimento psíquico” a um delinquente isolado? Temos aqui o conflito entre dois direitos fundamentais, contudo sabemos que nenhum direito fundamental é absoluto, deve haver sempre um sopesamento entre eles e prevalecer o mais importante.

Na oposição aos argumentos garantistas, o autor Marcelo Lessa Bastos, manifesta-se nos seguintes termos, *in verbis*:

Sinceramente, as críticas endereçadas ao ‘RDD’ não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudino caso de desequilíbrio intelectual.¹⁰

O RDD é um regime carcerário extremamente rígido sim, por isso excepcional, aplicado em situações extremas. Mas daí a afirmar que estamos diante de um tratamento cruel, é

¹⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.319, 10 fev. 2007.

um grande exagero. Não é demasiado lembrar que estamos tratando aqui da nossa conhecida pena privativa de liberdade, prevista pela Constituição Federal, o mesmo texto que veda as penas cruéis no país. O que diferenciou-se foi o tratamento carcerário dado, uma vez que diferenciaram-se também os presos encarcerados.

5.1 Direito Penal do Inimigo

Em 1985 Gunther Jakobs inaugura uma teoria chamada Direito Penal do Inimigo¹¹, que mais tarde chamaria a atenção da comunidade penalista mundial.

Defende Jakobs a existência de dois Direitos Penais. Um voltado ao cidadão comum que, eventualmente, comete um delito e outro voltado àqueles que ele chama de “inimigos do Estado”. O primeiro com garantias penais e processuais visando principalmente a ressocialização do infrator e o último com o escopo fundamental de eliminar o perigo que tais indivíduos representam para a sociedade, sem a observância de princípios como a ressocialização.

Com base na teoria contratualista de Hobbes e Kant, a doutrina em voga vê a possibilidade de se tratar um indivíduo não como pessoa, ou como um cidadão comum, mas como um ser diferenciado, um inimigo da sociedade. Se alguém comete crimes de alta traição, dizia Hobbes, está se negando à submissão estatal e por isso não pode ser tratado como súdito, mas sim como inimigo. Kant, um pouco mais rígido dizia que não pode ser tratado como pessoa aquele que ameaça outro constantemente.

Mas quem seria exatamente o inimigo para Jakobs? Inimigo seria aquele que reincide constantemente na prática de crimes ou que cometa crimes de repercussão tal que ameace as estruturas do Estado. Um indivíduo desses não pode ter as mesmas prerrogativas que tem um indivíduo comum, que respeita as regras de convívio social, ou mesmo que, eventualmente, comete um delito, mas é punido e reeducado com o amparo de todas as garantias inerentes a um cidadão.

O Direito Penal do Inimigo visa a eliminação do perigo que tais indivíduos representam ao Estado, não se preocupando com o caráter reeducativo ou mesmo retributivo da pena. Reconhece-se como impossível a ressocialização do “inimigo”, assim como também não interessa a retribuição do mal causado à sociedade. O mais importante aqui é a adoção de medidas que eliminem o perigo representado por esse agente, sem ter que se preocupar com as garantias que um cidadão comum teria ao submeter-se às mesmas medidas.

5.1.1 Direito Penal de Terceira Velocidade

Em paralelo à doutrina de Jakobs, o penalista espanhol Jesús-Mária Silva Sánchez prega a divisão do Direito Penal em três velocidades¹²:

Direito Penal de Primeira Velocidade – é o nosso direito penal comum, com os clás-

¹¹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹² SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

sicos conceitos de crime e sanção penal, baseado essencialmente na punição pela pena privativa de liberdade cercada das garantias constitucionais inerentes a qualquer cidadão.

Direito Penal de Segunda Velocidade – reconhece a existência de uma classe diferente de infrações penais, e após propõe uma relativização das garantias penais e processuais, acompanhada da aplicação de penas alternativas em relação à privativa de liberdade. No Brasil vimos sua efetivação com a Lei 9.099 de 1995 que criou os institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais.

Direito Penal de Terceira Velocidade – seria a utilização das características dos dois sistemas anteriores, aplicando-se a pena privativa de liberdade, mas com flexibilização de garantias penais e processuais, dirigida às infrações penais de maior gravidade. Estaríamos aqui diante do Direito Penal do Inimigo de Jakobs e teríamos como principais exemplos de aplicação no ordenamento brasileiro o Regime Disciplinar Diferenciado, a vedação da liberdade provisória, o revogado regime integralmente fechado, a incomunicabilidade do preso, dentre outros institutos trazidos, por exemplo, pela Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado e a Nova Lei de Drogas.

5.1.2 O RDD como Direito Penal do Inimigo

A doutrina nacional é quase que unânime ao rejeitar a possibilidade da adoção do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento. A idéia de tratar pessoas como não cidadãos é totalmente contrária à nossa tradição de sociedade democrática e humanitária. Entretanto, inúmeras medidas existentes em nosso sistema há décadas, em uma análise mais detida, encaixam-se perfeitamente na teoria de Jakobs. Não que sejam medidas de segregação, mas são medidas que tratam de forma muito mais severa quem o Estado considera um risco à sociedade, desconsiderando inúmeras garantias individuais, apenas com o objetivo, de eliminar o perigo que essa pessoa representa.

A prisão preventiva, que visa preservar o processo ou a ordem pública da influência do preso provisório é medida de eliminação de perigo. A incomunicabilidade de determinados presos, assim como a interceptação telefônica, são medidas extremas dirigidas à apenas determinados sujeitos e têm o objetivo de preservar a sociedade do mal que representam. Todas têm em comum a desconsideração de direitos humanos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Todavia, o maior e mais questionado exemplo de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil é o Regime Disciplinar Diferenciado. Trata-se de uma medida aplicada à determinados indivíduos apontados pela lei que representam considerável perigo à sociedade, e visa, principalmente, preservá-la desse perigo. Ora, se a teoria de Jakobs diz que determinadas pessoas devem ser submetidas a medidas extremas para que a sociedade fique imune à sua maléfica influência, estamos sim diante de uma medida do Direito Penal do Inimigo. Não obstante, não falamos aqui em não-cidadãos que serão tratados sem nenhuma garantia constitucional, estamos aqui diante de pessoas inimigas sim da ordem e da paz social que, em detrimento disso, devem ser tratadas com maior rigor.

O que queremos demonstrar é que o fato de o RDD encaixar-se na descrição de Direito Penal do Inimigo de Jakobs, não o torna uma medida desumana ou cruel, de aplicação inviá-

vel no Estado Democrático de Direito em que vivemos. Trata-se de uma medida rígida, mas necessária, ainda cercada das precauções que os direitos humanos consagram. Exemplo disso é o exame prévio para constatar se o indivíduo tem condições físicas e psíquicas de suportar a imposição da medida de isolamento, ou o acompanhamento médico, social e psicológico que tem ao longo do cumprimento da sanção. Buscaram na teoria de Jakobs um argumento sensibilizador de opiniões, mas não se parou para pensar o quão impossível e impraticável seria uma rotulação do povo em cidadãos e não cidadãos. O que há é apenas uma desconsideração de alguns direitos, de algumas pessoas em casos excepcionais, em detrimento de outros direitos de muitas outras pessoas que merecem muito mais proteção que os primeiros.

A doutrina do Direito Penal do Inimigo não pode ser usada única e exclusivamente para rechaçar a adoção de medidas duras tomadas pelo Poder Público. É uma doutrina a ser estudada para que dela se extraiam também idéias e propostas para os problemas que enfrentamos hoje. Estamos diante de uma criminalidade perversa que deve ser vista dessa forma e isso demanda respostas e não críticas em cima de críticas.

É interessante ressaltar ainda a grande quantidade de opiniões existentes que se opõem frontalmente ao exposto até o momento. Há quem vê nas características do RDD excessivos cuidados com pessoas que mereceriam o total repúdio da sociedade. Quantas vezes não vemos nos telejornais críticas no sentido de que, enquanto presos provisórios encontram-se em cadeias lotadas, os chefes do tráfico estão em celas isoladas, em presídios novos com todo aparato médico e psicológico, com horários determinados e visitas periódicas? É certo que se tratam, na maioria, de opiniões leigas, mas que servem para refletir o repúdio e o medo que a sociedade tem da influência e do mal causado por esses indivíduos.

Em suma, sabemos que o RDD é uma medida duríssima, que visa eliminar o perigo que algumas pessoas representam para o Estado. Não que sejam não-cidadãos, mas são sim más influências à sociedade, e isso já basta para justificar a imposição de um tratamento diferenciado a eles. Tratamento este que não chega ao extremo de ser considerado desumano e cruel, mas apenas condizente com o mal que causam ao seio social, visto até, por alguns leigos, como brando para estes que são inimigos declarados da paz e da ordem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto fica difícil imaginarmos como é possível uma oposição tão veemente ao instituto do Regime Disciplinar Diferenciado. Se têm-se informações seguras de que delinquentes, mesmo encarcerados, insistem em comandar organizações criminosas de dentro do presídio, não há outra providência que não seja o seu isolamento. Espero ansiosamente dos críticos outra proposta para livrar a sociedade da permanente nocividade de tais indivíduos, que comandam verdadeiras atrocidades do interior do cárcere. Um grupo sem comando tende a desfazer-se e assim é com as quadrilhas que tem seus principais líderes isolados. Antes bastava a prisão, hoje ela não é mais suficiente, pois o crime, assim como a sociedade, evoluiu. Ora, se vemos as organizações criminosas desenvolverem-se e aperfeiçoarem-se cada vez mais, o Estado por sua vez não pode quedar-se inerte, deve acompanhá-las desenvolvendo, em contrapartida, seu Direito Penal e seus métodos punitivos e preventivos.

Não podemos nos prender ao caráter reeducativo da pena, isso é doutrina de gabinete, de quem está longe da realidade. Hoje existem, e não há como se negar isso, delinquentes



irrecuperáveis, cujas mentes são ocupadas integralmente por sentimentos criminosos. Assim como muitos de nós temos manias e costumes que nunca abandonaremos, temos pessoas voltadas para o mundo do crime e que nunca deixarão de sê-lo. Tais pessoas devem ser vistas com outros olhos pelo Direito Penal. Não que sejam não-cidadãos como prega Jakobs, mas devem ter um tratamento diferenciado em relação aos demais criminosos, uma vez que elas mesmas não demonstram nenhuma expectativa no sentido de se ressocializarem.

Nesse afã de críticas ao RDD querem ainda emplacar a idéia de que tal sistema viola também a ampla defesa, uma vez que restringiria o acesso do preso aos seus advogados, o que não procede. Advogados profissionais e honestos não precisam de acesso ilimitado a seus clientes na prisão, não precisam ingressar nos estabelecimentos prisionais sem serem revistados nem mesmo precisam ter contato físico com seus clientes, basta a comunicação, que pode ser através de um fone, separados por um vidro. Advogados que se alinham a tais medidas nada mais estão fazendo do que atestando que não concluíam com os crimes de seus clientes.

Vale ressaltar que não estamos aqui defendendo a tese de que o RDD seria a solução para todos os problemas penais do país. Trata-se de uma medida dura que o Estado viu-se obrigado a adotar diante da constante escalada da criminalidade. Todavia, não representa um passo dado para trás em nosso Estado Democrático de Direito, conquistado depois de muito esforço e luta. Seria sim um retrocesso se o Poder Público ficasse inerte diante das constantes incursões criminosas contra as instituições democráticas nacionais. Qual a correta atitude diante de rebeliões simultâneas, assassinatos de juízes, sequestros, enormes contrabandos de armas e drogas, tudo comandado do interior dos presídios? Repasso novamente a pergunta aos críticos do RDD e ainda os desafio dizendo que qualquer outra medida que eles pensassem seria mais dura que o mero isolamento do criminoso.

Diante de todo o exposto nesse artigo, facilmente rechaçamos a tese de inconstitucionalidade do instituto do RDD. Iniciando pelo Princípio da Proporcionalidade (não a das penas, mas a interna, entre os princípios) extraímos que comportamentos de extrema gravidade demandam medidas extremas. Tais medidas violam sim direitos e garantias do indivíduo, nunca nos negamos a isso, mas viola por um bem imensamente maior. Violamos o direito ao convívio social e à ressocialização, com o escopo de preservar o direito à vida, à integridade física, à ordem pública, à paz social... Violamos com o escopo ainda de preservar o mesmo direito ao convívio social das demais pessoas, além do direito à ressocialização dos presos recuperáveis, este último impraticável com a presença maléfica dos delinquentes irre recuperáveis. Não citamos a violação do direito à não imposição de penas desumanas ou cruéis pois, como visto, não estamos diante de tal situação. Estamos diante da nossa conhecida pena privativa de liberdade, cumprida em um regime carcerário diferenciado, qual seja, em cela isolada. Não há imposição de castigos corporais, instalação em local insalubre, imposição de trabalhos forçados, maus tratos ou coisas do gênero. Muito menos estamos diante de uma quarta espécie de cumprimento de pena privativa de liberdade, como prega alguns que classificam o RDD como o “regime fechadíssimo” de cumprimento de pena em adição ao aberto, semi-aberto e fechado.

Nossa Constituição cerca de garantias aquele que está cumprindo pena privativa de liberdade, todavia, garantias maiores são dadas aos cidadãos de bem, tanto que a mesma CF prevê em seu texto apenas dois crimes imprescritíveis para todo nosso ordenamento, e um deles é a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art.

5º, XLIV).

Longe de buscar exaurir o tema, tentou-se demonstrar, por meio desse trabalho, que o Regime Disciplinar Diferenciado de cumprimento de pena é um “remédio amargo”, mas que deve ser ministrado nesse momento, de forma cautelosa e objetiva. Teremos sim os efeitos colaterais, como todo severo tratamento tem, mas se não estancarmos esse mal agora, estaremos pondo em risco a vida de um país inteiro diante dessa doença entranhada em suas estruturas.

7. ABSTRACT:

This study has as its objective to investigate the validity of the so-called Differentiated Disciplinary Regime, through an analysis of its foundations and based in the national and international doctrine, and to compare it with the constitutional order and the Democratic State of Law in which we live today. At first, are laid the origins of the institute and the definition of its concept and scope, in order to achieve a broad knowledge of the subject. Subsequently, are brought to attention the doctrinal reasoning, both pros and cons of the regime, so that one can compare the benefits and the harm that it brings to the society. Finally, the Differentiated Disciplinary Regime is analyzed on the light of a German doctrine called Enemy Criminal Law, in order to see if we are really adopting this theory in our national law, and also if the Differentiated Disciplinary Regime could be an example of its application. At the end, its drawn the conclusion about the adoption of such a controversial institute by the Brazilian Penal Implementation System and whether this would be a breakthrough or a setback for the country.

KEYWORDS: *Differentiated Disciplinary Regime. Human Rights. Constitutionality. Effectiveness of Sanctions. Enemy Criminal Law.*

8. REFERÊNCIAS

- BARROS, Carmem Silva de Moraes Barros. **O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) É um Acinte**. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.
- BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1319, 10 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em: 19 jan. 2008.
- BUSATO, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo*, in **Revista de Estudos Criminais** nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/TEC, agosto/2004, p. 145.
- CAPEZ, Fernando. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/vs2>. Acesso em 11 de janeiro de 2008.
- _____, **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
- DELMANTO, Roberto. **Da máfia ao RDD**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 14, n. 163, p. 5, jun. 2006.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALUFY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCRIM, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora.** Obtido no site <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 56, ano 13, setembro-outubro de 2005, p. 80-112.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e GOMES, Abel Fernandes. **Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na Justiça Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 321/328.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENEZES, Bruno Seligman de. **Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.168, p. 19, nov. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O monstro RDD – É melhor chamar de Regime Disciplinar da Desesperança.* **Revista Consultor Jurídico**, obtido no site <http://conjur.estadao.com.br/>. Acesso em 18 de janeiro de 2006.

_____. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.





CÉLULAS-TRONCO: A CIÊNCIA, A ÉTICA E OS DIREITOS DO NASCITURO

Antônio Macena Figueiredo¹

Resumo:

O artigo busca ressaltar as objeções éticas que estiveram no centro das discussões sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inicia com um breve resgate sobre as justificativas éticas da utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Analisa os limites da extensão do direito atribuído ao nascituro de embrião fecundado *in vitro*, com base na Declaração dos Direitos Humanos e da Biomedicina, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, legislação internacional e no sistema jurídico brasileiro. Numa reflexão final, questiona-se a equiparação do embrião *in vitro* ao nascituro e expõe a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 de Biossegurança.

Palavras-chaves: Células-tronco. Pré-embrião. Blastocisto. Direitos reprodutivos.

SUMÁRIO:

1. Notas introdutórias – 2. Liberação de pesquisas com células-tronco: justificativas éticas – 3. Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina – CDHB – 4. Legislação internacional – 5. Lei de Biossegurança brasileira – 6. Da equiparação do embrião ao nascituro – 7. Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro – 8. Considerações finais – 9. *Abstract* – 10. *Resumen* – 11. Referências.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Historicamente os caminhos percorridos pela ciência sempre levantaram sérias questões de ordem moral na sociedade. Com os acontecimentos do final do século passado e dos primeiros anos deste Século XXI, parece não mais haver dúvidas quanto à inexistência dos limites da ciência. Também não há dúvida de que o progresso no campo da biogenética merece todo incentivo, porém há fronteiras que não devem ser ultrapassadas. Estamos falando de experimentos envolvendo células-tronco embrionárias humanas.

Poucas não são as discordâncias sobre o reconhecimento do *status* da natureza biológica, ética e jurídica dos embriões humanos *in vitro*. Polêmicas, que ganharam novos rumos a partir do julgamento histórico realizada no dia 29 de maio de 2008 pela Suprema Corte de Justiça Brasileira, onde coloca um ponto em todas as divergências ao julgar improcedente a ação de inconstitucionalidade do art. 5 da lei de biossegurança.

¹ Doutorando em Ciências da Saúde (UnB/DF). Mestre em Educação. Enfermeiro. Advogado. Especialista em Ética Aplicada e Bioética (Fiocruz). Professor de Ética Profissional da Universidade Federal Fluminense – UFF. Prof. do Curso de Especialização em Direito Médico e de atualização em Perícias Médicas da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Ex-Presidente da Associação de Direito Médico e da Saúde do Estado do Rio de Janeiro – ADIMES-RJ. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (Brasília-DF). E-mail: macenaso@unb.br; macenaso@yahoo.com.br.

Divergências entre os cientistas, religiosos, pensadores e juristas que, embora permaneçam, porém, a partir deste julgamento há um aspecto constitucional de justiça social a ser observado. As pesquisas com células-tronco foram liberadas em benefício da sociedade e daqueles que padecem de doenças graves incuráveis. Como nenhuma pesquisa pode ser realizada sem o controle social, persistem os limites impostos pela lei de biossegurança, pois a liberação das pesquisas com células-tronco não significa liberdade total.

Enquanto os cientistas se limitam a definir os primeiros estágios da vida embrionária no plano biológico, os teólogos inserem o embrião humano numa relação com Deus. Já os legisladores erguem um arsenal jurídico em defesa da dignidade do embrião, da proteção do nascituro desde a concepção e dos limites da conduta do homem na sociedade. Por fim, os bioeticistas, a partir da descrição dos fatos científicos, analisam a ilicitude da intervenção no embrião em função do papel protetor que a bioética exerce sobre a eticidade das pesquisas.

Desde o anúncio em 6 de novembro de 1998 – por meio do artigo publicado na revista *Science*, por James Thomson e colaboradores, da Universidade de Wisconsin –, do sucesso obtido no isolamento de células-tronco embrionárias a partir de blastocistos humanos de processo de fecundação *in vitro*(1), instaurou-se o debate mundial sobre as objeções éticas e as restrições legais sobre o uso de embriões para fins terapêuticos.

A par dessa nova realidade, os opositores contra a pesquisa com células-tronco embrionárias passaram a questionar a ilicitude, uma vez que o seu uso implicaria na destruição do embrião. Portanto, ofensa a um dos mais altos valores da existência humana, o direito à vida. Urge, indagar, se seria ético destruir uma vida para salvar outra. Da mesma forma que os geneticistas defendem a tese de que na fase de zigoto não há que se falar em vida, quiçá de embriões. Dessas posições há algumas perguntas para as quais ainda não se têm respostas: Estamos falando de vida ou de um aglomerado de células? Se vida, em que momento podemos falar de um ser humano? Os embriões fertilizados *in vitro* possuem a mesma proteção atribuída ao nascituro? O embrião humano é uma pessoa? Para estas questões ainda não existe consenso.

Postas essas considerações iniciais, passaremos à proposta da nossa discussão, a começar pela exposição de algumas das justificativas apresentadas pelos defensores de pesquisa com células-tronco embrionárias.

2. LIBERAÇÃO DE PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO: JUSTIFICATIVAS ÉTICAS

Células-tronco, células-mãe ou células estaminais é a primeira célula resultante da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Essas células têm a capacidade de auto-replicação, isto é, de gerar uma cópia idêntica a si mesma e com potencial de diferenciar-se em vários tecidos ou mesmo em órgãos. Elas podem ser extraídas do sangue, fígado, músculo, medula óssea, cordão umbilical de crianças ou podem ser obtidas através da clonagem humana e/ou de embriões fecundados *in vitro*.

Apesar de a clonagem humana ser uma técnica quase que universalmente condenável, sendo proibida por diversos sistemas jurídicos internacionais, há quem a defenda com o objetivo de conseguir células-tronco embrionárias, que, na fase de blastocisto, são

pluripotentes (capazes de originar qualquer tecido do organismo). Na clonagem terapêutica, segundo Mayana, a finalidade é tão somente gerar tecidos, em laboratórios, sem implantação no útero. Segundo a pesquisadora, “não há por que chamar esse óvulo de embrião após a transferência de um núcleo porque ele nunca terá esse destino.”(2)

No mesmo sentido, Schramm, ao concordar com a posição do geneticista Henri Atlan, compartilha dessa mesma convicção, afirmando que “a denominação de embrião é inapropriada quando referida a este tipo de células e a estruturas produzidas artificialmente sem fecundação, ainda que se encontrem algumas propriedades das células embrionárias, dentre as quais as totipotentes” (3) (aquelas capazes de se desenvolverem e gerarem um ser humano completo, caso seja introduzida no útero).

Deduz-se desse raciocínio que a obtenção de células-tronco por essa técnica torna-se moralmente lícita à medida que relativiza o argumento da destruição de embriões. Além disso, o objetivo é desenvolver linhagens celulares e não reproduzir cópias humanas. Mas parece-nos que existem boas razões que legitimam as restrições éticas. Entre as quais levantamos apenas três questões:

a) Não se trata de estabelecer um conceito de vida humana apoiado em concepções filosóficas que relativizam o momento em que se pode falar do respeito à vida, pois essas posições sempre se baseiam na moralidade kantiana. “O respeito, no sentido kantiano, destina-se ao agente moral, isto é, a um ser capaz de se autodeterminar, de se comportar segundo a representação que ele tem do imperativo moral. O embrião no estado de blastócito não tem a autonomia moral.”(4) Por outro lado, a este argumento se contrapõe um outro princípio moral da dignidade humana, também de Emmanuel Kant: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”(5)

A partir dessas convicções estaria justificada a criação de embriões em laboratório ou a utilização dos excedentários armazenados nas clínicas de reprodução humana para pesquisa ou outros fins.

Entretanto, parece que o conflito de cunho moral é mais delicado, uma vez que envolve não apenas o apego a determinadas convicções filosóficas, tornando-se necessário atribuir o mesmo peso às questões culturais, religiosas, jurídicas e também à realidade científica atual. Existe uma questão em aberto extremamente emblemática. Ora, se a ciência chegou ao ponto de criar embriões em laboratórios, não se pode omitir em assumir uma posição definitiva a respeito do momento em que tem início a vida humana. Este aspecto parece decisivo, por exemplo, para que o direito redefina a partir de que instante essa vida merece proteção, tendo em vista que a evolução do Direito, como Ciência Social, remonta os traços dos valores da sociedade de dado momento histórico.

b) Uma outra questão, também de natureza científica, é igualmente conflituosa quanto as de ordem moral, uma vez que revela a existência de contradições entre as posições assumidas por pesquisadores. Enquanto alguns defendem a clonagem terapêutica como uma opção para obter linhagens celulares, outros contestam a sua eficácia. Embora seja possível conseguir linhagens de células totipotentes ou pluripotentes, advertem os próprios cientistas sobre a ineficácia dessa tecnologia. De acordo com Fagot-Largault, uma equipe coreana recolheu 242 ovócitos de mulheres, “sobre os quais foi praticada uma transferência

de núcleo; cerca de trinta embriões foram obtidos, os quais se desenvolveram até o estado de blastocisto, e um só desses embriões produziu linhagens celulares que puderam ser cultivadas”(4).

c) Por último, os opositores desse tipo de clonagem alegam que os blastocistos introduzidos no útero serão susceptíveis de gerar um ser humano, podendo ainda abrir caminho para a clonagem reprodutiva.

De todo modo, sejam obtidas por meio da transferência de núcleo ou de embriões fertilizados *in vitro*, grande parte dos cientistas defendem a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias. De acordo com Mayana, uma das mais conceituadas geneticistas brasileiras, “as 63 academias de ciência do mundo que se posicionaram contra a clonagem reprodutiva defendem as pesquisas com células embrionárias para fins terapêuticos.”(2)

Em relação às objeções éticas sobre a destruição de “embriões humanos”, esclarece a geneticista (2) que se trata de “cultivo de tecidos – ou, futuramente, órgãos –, a partir de embriões que nunca serão inseridos em um útero. Sabemos que 90% dos embriões gerados em clínicas de fertilização e inseridos no útero de uma mulher não geram vida.” Questiona a pesquisadora: é justo deixar morrer uma criança ou um jovem afetado por uma doença neuromuscular letal para preservar um embrião cujo destino é o lixo?

Pela exposição, a alternativa ética mais viável seria utilizar os embriões que se encontram armazenados nas clínicas de fertilização, já que o seu destino será o descarte. Entretanto, não podemos esquecer que o artigo oitavo, inciso quarto, Art. 13, parágrafo 3º, inciso terceiro da revogada Lei 8.964 de 5 de janeiro de 1995, proibia expressamente a produção ou armazenamento de embriões humanos destinados a servir como material biológico indisponível. Em nossa interpretação, as clínicas estavam impedidas de armazenar embriões, no entanto, a lei foi completamente ignorada. A prova é que atualmente existem milhões de embriões crioconservados nas dezenas de clínicas brasileiras. Será que o desrespeito à lei não foi proposital? Afinal, os milhões de embriões acumulados nas clínicas seriam uma forma de pressionar o governo a tomar uma atitude.

Por isso, justifica-se que os embriões no estágio de blastocistos, abandonados nas clínicas de fertilização por seus genitores, possam ser destinados à pesquisa, em vez de se destruí-los. Ademais, durante os debates sobre a aprovação da atual lei de biossegurança brasileira, renomados cientistas estiveram presentes, entre os quais a geneticista Mayana, a qual arguiu que “pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida.”(6) Patrícia Pranke posiciona-se no mesmo sentido ao afirmar que “o pré-embrião, até o décimo quarto dia, não apresenta as células do sistema nervoso central, o que poderia ser comparado com o parâmetro utilizado para determinar a morte encefálica.”(7) De modo que estas justificativas têm por objetivo defender a hipótese de que o melhor caminho será a doação, no lugar do descarte.

Com relação às outras formas de obtenção de células-tronco, também não existem consenso entre os próprios cientistas, uma vez que ainda há dúvidas em relação à sua capacidade de diferenciar-se. Argumenta-se que as células-tronco adultas só teriam a potencialidade para diferenciação em um órgão ou um tipo de tecido e, além disso, são raras.

A geneticista Mayana (2) afirma textualmente que existem células-tronco em vários tecidos do corpo humano. “Entretanto, a quantidade é pequena e não sabemos ainda em que tecidos são capazes de se diferenciar.”

De fato, estima-se que 1 em 10000 células da medula óssea seja células-tronco hematopoiética (8). Outra limitação apontada por Mayana (2) na técnica do autotransplante é que não serviria para portadores de doenças genéticas. Entretanto, várias pesquisas apontam outras perspectivas. Num trabalho publicado em julho de 2002 no jornal *Nature*, uma equipe da Universidade de Minnesota anunciou o resultado de um estudo sobre células-tronco obtidas da medula óssea de adultos, no qual concluiu que essas células fazem os mesmos efeitos que as embrionárias (9).

Num artigo publicado por Nakage e Santana, demonstrou-se que recentes estudos “em humanos têm revelado a plasticidade das células-tronco hematopoiéticas, que podem se diferenciar em células não hematopoiéticas de vários tecidos, incluindo células do fígado (Alison et al., 2000), sistema nervoso central (Mezey et al., 2000; Jin et al., 2002), rins (Kale et al., 2003), pâncreas (Janus et al., 2003), pulmões (Theise et al., 2002), pele (Badiavas et al., 2003), trato gastrointestinal (Okamoto et al., 2002), coração (Orlic et al., 2001) e músculo esquelético (Ferrari et al., 1998)”(10).

O sangue do cordão umbilical e da placenta, embora seja rico em células-tronco, ainda não se sabe “qual é o potencial de diferenciação dessas células em diferentes tecidos.” No entanto, ressalta Mayana, “se as pesquisas com células-tronco de cordão umbilical proporcionar os resultados esperados, isto é, se forem realmente capazes de regenerar tecidos ou órgãos, esta será certamente uma notícia fantástica, porque não envolveria questões éticas.” Restaria pendente o problema de compatibilidade entre as células-tronco do cordão doador e do receptor. Para isto, será necessário criar bancos de cordão públicos, à semelhança dos bancos de sangue, conclui a pesquisadora.(2)

As últimas notícias sinalizam para novos horizontes. Um grupo de pesquisadores do Japão e dos Estados Unidos mostrou que as células humanas ordinárias da pele podem ser convertidas em células-tronco, com todas as propriedades das embrionárias humanas, por um processo denominado reprogramação direta. Isso abre novas esperanças porque eliminariam os problemas éticos relacionados à criação de embriões para fins de pesquisa, destruição de embriões humanos ou ao uso de ovos humanos.(11). No final da década passada, a comissão de bioética do presidente Clinton, constituída em 1999 para avaliar as pesquisas com embriões humanos, concluiu que a destruição do embrião só se justifica moralmente se nenhuma alternativa existir.(11)

Feitas estas ponderações, passaremos à análise dos diversos aspectos relacionados aos limites da extensão do direito atribuído ao nascituro aos embriões fecundados *in vitro*, a começar pelas objeções éticas descritas na Declaração dos Direitos Humanos e da Biomedicina do Conselho da Europa e da legislação dos países da Europa sobre pesquisas científicas envolvendo embriões humanos para fins terapêuticos.

3. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E DA BIOMEDICINA – CDHB

Antes de apresentar o núcleo do estatuto ético e jurídico do embrião *in vitro* proposto pela CDHB, cumpre esclarecer o conceito genérico atribuído ao termo “embrião”. De acordo com Herman, “em embriologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se ‘zigoto’, em vez de embrião”(12). Desse modo, a palavra mais adequada para a designação do conceito nos primeiros 14 dias de desenvolvimento antes da implantação no útero seria “zigoto”. O embrião seria a designação dada a partir da implantação no útero até oito semanas depois da fecundação. Após esse período, o embrião entra na fase fetal – designado feto. O termo *nascituro*, por fim, é atribuído ao ente ainda não nascido.

Assim sendo, as expressões “destruição de embriões”, “embriões excedentes”, “embriões congelados” ou “doações de embriões” são inapropriadas, uma vez que estamos falando de “zigoto”. Desse modo, a expressão “pré-embrião”, usada para substituir o termo “zigoto”, também vem sendo questionada. Essa terminologia foi utilizada pela primeira vez por membros da *European Science Foundation* 1985 para definir o pré-embrião como a “coleção de células que se dividem até o aparecimento da linha primitiva” (13). Posteriormente, apareceu nas conclusões do Relatório Warnock para definir o ser humano no espaço de tempo que vai da fecundação à nidação (14). O artigo 43 desse Relatório²¹ defende que a legislação deve estabelecer esse período como limite para permitir as pesquisas com embriões. Essa disposição deixa claro que os experimentos com embrião até o 14º ou 15º dia seria legítimo. Assim sendo, não se reconheceria o caráter humano do embrião, sobretudo porque estaria subordinado à vida adulta.

O Grupo de Trabalho criado para preparar o Protocolo para a Proteção do Embrião e do Feto, a ser anexado à Convenção de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, adotou, para fins do protocolo, uma definição semelhante:

Zigoto – é uma célula única, na última fase de fecundação, quando já estão unidos os dois conjuntos de cromossomos, um proveniente do gameta masculino; o outro, do gameta feminino.

Embrião – este termo aplica-se ao zigoto e às fases sucessivas do seu desenvolvimento até o fim do processo de implantação.(15)³²

No entanto, estas terminologias vêm recebendo críticas dos defensores dos direitos do nascituro desde a concepção, por entenderem que seria um artifício para justificar a eticidade de experiências com embriões nos primeiros estágios de desenvolvimento embrionário.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da

² O Art. 43 do Relatório Warnock deixa margens para esse entendimento: “Legislation should provide that research may be carried out on any embryo resulting from in vitro fertilization, whatever its provenance, up to the end of the fourteenth day after fertilization, but subject to all other restrictions as may be imposed by the licensing body.” Cf. Warnock M, A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology.

³ Em 22 de maio de 1984, o Comitê Consultivo Nacional de Ética francês (CCCNE) propôs a seguinte definição para o embrião humano: “o embrião ou feto deve ser reconhecido como uma pessoa humana potencial que está ou esteve viva e cujo respeito se impõe a todos”. O Comitê entende por embrião ou feto “todos os estágios do desenvolvimento do zigoto desde a fecundação do óvulo até o estágio da maturação que permite uma vida autônoma, isto é, até o 6º a 7º mês após a concepção, por volta da 25ª semana de gestação.” (BOUGUETE, 2002:89)

Europa (CDHB), assinada em 4 de abril de 1997, em Oviedo, Espanha, e em vigor na ordem internacional desde 1º de dezembro de 1999 (16), é atualmente reconhecida como um dos documentos éticos de maior prestígio na comunidade europeia. Representa um ponto de partida para a construção de um marco legal internacional. Seu objetivo é salvaguardar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana contra o uso inadequado das biotecnologias médicas.

Muito embora exista um conjunto de normas éticas internacionais de proteção ao embrião humano, dentre estas a CDHB é a que mais se aproxima das questões éticas relacionadas ao uso de células-tronco de embriões fertilizados *in vitro*, uma vez que proíbe explicitamente a criação de embriões para fins de investigação. Vejamos alguns das posições éticas.

O artigo 2º afirma textualmente: “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”. Esta disposição cria um marco ético de orientação tanto de proteção do embrião humano como na ponderação dos limites das investigações científicas, uma vez que coloca os interesses e o bem-estar do ser humano acima de qualquer outro interesse. Ademais, a realização dessas experiências remonta o princípio da moralidade médica, que, segundo Claude Bernard, consiste em nunca efetuar uma experiência que possa, de algum modo, ser prejudicial a outrem, mesmo que os resultados possam ser altamente vantajosos para a ciência ou para a sociedade (17).

Quem defende a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas utiliza o raciocínio moral de que o interesse da ciência sempre está acima do bem-estar daqueles que sofrem de doenças incuráveis, sobretudo em se tratando de embriões, porque muitos geneticistas não reconhecem o status de ser humano nos primeiros estágios do desenvolvimento embrionário.

Entretanto, há quem pense diferente, por entender que a proteção do bem-estar do ser humano é extensiva ao embrião, uma vez que pertence à mesma natureza biológica – à da espécie humana. A esse respeito, Serrão pondera: “o embrião humano, *in vivo* ou *in vitro*, tem natureza biológica humana, desde a fase de zigoto até o término do processo de implantação, e sua natureza biológica não se altera pelo fato de os observadores externos passarem a chamar-lhe feto, recém-nascido, criança, jovem, adulto ou velho.” A natureza biológica, em sua opinião, “é adquirida quando o zigoto está constituído e não é ampliada nem diminuída ao longo do tempo de desenvolvimento biológico que só termina com a morte” (15).

No capítulo V da CDHB está anunciado, de forma mais explícita, a proteção à integridade, dignidade e identidade genética, posto que restringe as pesquisas com embriões humanos *in vitro* e proíbe a criação para fins de investigação. O Art. 18, nº 1 vincula qualquer tipo de pesquisa envolvendo embriões à regulamentação de lei. Isso implica que, para a liberação de qualquer investigação científica, é imprescindível um amplo debate com os diversos segmentos da sociedade. No nº 2, estabelece o limite da tolerância ao emprego das biotecnologias médicas quando proíbe a criação de embriões humanos com fins de investigação. *Verbis*:

“Art. 18. Pesquisa em embriões *in vitro*. 1 – Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião. 2 – A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.”(16)

Essas posições deixam claro o conceito ético de que o embrião não é algo de que se possa dispor livremente, não é uma coisa ou material biológico que pode ser destinado à pesquisa segundo o livre arbítrio de pesquisadores. Da interpretação do nº2 do Art. 18, extrai-se o entendimento de que a intervenção no embrião só será ilícita quando estiver em jogo o seu próprio benefício. Conforme estabelece o Art. 14, a utilização da técnica de procriação assistida para escolha do sexo só será permitida para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Entretanto, diante da pluralidade cultural entre os estados-membros, no âmbito da aplicação desses parâmetros éticos, obstáculos existem, sobretudo entre os que defendem que o ser humano é merecedor de toda proteção desde a concepção e aqueles que pensam que esses direitos são adquiridos progressivamente com o desenvolvimento do embrião ao nascimento (16).

Do mesmo modo, há ainda quem dê uma interpretação diversa às disposições do Art. 18 da CDHB. Casabona(18), por exemplo, entende que a CDHB autoriza as pesquisas com embriões humanos *in vitro*. Em sua opinião, a investigação com embriões obtidos de clínicas de reprodução assistida é lícita. Assim como diz haver uma contradição no item 1 do Art. 18, pois exige a previsão de garantias para uma proteção adequada do embrião, sabendo-se que a investigação implica, por si só, em sua destruição. De acordo com o autor,

a ambiguidade do artigo 18.1 tem merecido críticas por parte dos analistas da CDHB pois que, de uma parte, constitui uma contradição exigir a previsão de garantias para uma proteção adequada do embrião se a investigação implica, por si só, na sua destruição.⁴³

Quanto às reservas legais admitidas no primeiro parágrafo do mesmo dispositivo, em respeito à pluralidade moral de cada cultura, designa aos estados membros do Conselho da Europa a decisão sobre a liberação ou não de pesquisas envolvendo embriões humanos. Essa concessão, no entanto, deverá ser prevista em legislação específica, cuja finalidade é evitar o uso impróprio dos recursos da biologia, como é o caso de alguns países onde é proibida a derivação de linhagens de células-tronco a partir dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*. O que está em jogo, em meio a essa ordem de idéias, não é a moral individual nem o julgamento da decisão social em si, mas o fato de que nenhuma pesquisa poderá ser liberada sem que haja um amplo debate entre as instituições sociais. Este debate é essencial à passagem da ética individual para a ética socialmente aceita, cujo respaldo da sociedade será traduzido em normas morais positivadas, pois são elas (leis) que vão estabelecer os valores sócio-culturais que não podem ser ultrapassados.

Quanto à proibição imposta pelo parágrafo segundo do Art. 18, em nosso entendimento, é extensiva às diversas técnicas utilizadas para obtenção de embriões com fins de investigação, como, por exemplo, criação de embriões para se extrair linhagem celular através da técnica de clonagem terapêutica. Desse modo, qualquer meio artificial que tiver este propósito, em tese, segundo os princípios da CDHB, será ilícito.

Num esforço de apresentar o núcleo jurídico das recomendações da CDHB sobre

⁴ “La ambigüedad del artículo 18.1 ha merecido críticas por parte de los analistas del CDHB puesto que, a la postre, constituye una contradicción exigir la previsión de garantías para una protección adecuada del embrión si la investigación implica, de por sí, su destrucción.” Cf. Casabona CMR, Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal em Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas. Revista Brasileira de Bioética. 2006: 2 (1):39-62.

o tratamento que se deve dar ao embrião em *in vitro*, Casabona (18) resume o conjunto das prescrições que podem ser extraídas da Convenção, entre as quais destacamos apenas cinco recomendações, por estarem mais diretamente envolvidas com este tema. Vejamos:

1. Proíbe-se, de forma absoluta, qualquer intervenção que tenha por finalidade criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano vivo ou morto, assim como a formação de embriões clonados *in vitro*, com fins reprodutivos.
2. Proíbe-se a criação de embriões humanos *in vitro*, com fins de experimentação, qualquer que seja a técnica utilizada para a produção dos mesmos (Art. 18.2).
3. Admite-se expressamente que os Estados-partes podem autorizar a investigação com embriões *in vitro*, desde que permitida por lei. Essa lei tem que garantir uma proteção adequada (18.1).
4. Permite-se a criação de embriões humanos com fins reprodutivos, por meio de técnica de reprodução humana assistida, que não consista em clonagem (Art. 18.1. e Art. 1. protocolo)
5. Só será permitida a intervenção nos embriões *in vitro* por razões preventivas, diagnósticas (diagnóstico preimplantatório) ou terapêuticas (Art. 12 e Art. 13).

Por último, na interpretação do autor, a “Convenção, à medida que reconhece a existência de um marco jurídico protetor do embrião humano *in vitro* ao mesmo tempo deixa abertas algumas portas em direção a investigações e tratamento de enfermidades.”⁽¹⁸⁾

Assim sendo, dentro da política da União Européia, os países signatários da CDHB consideram lícitas as pesquisas com embriões *in vitro*, para terapias com células-tronco ou outros fins. Somente devem permiti-las dentro de um marco regulatório em que prevaleçam os interesses do embrião humano sobre os interesses da ciência e da sociedade.

4. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A situação relacionada à pesquisa com embriões *in vitro* vem sendo tratada diversamente pelos sistemas jurídicos internacionais. Há países que proíbem a criação de embriões, outros que realizam pesquisas em embriões *in vitro* e outras bastante liberais, permitindo inclusive a clonagem terapêutica. Contudo, as exigências restritivas são rigorosas. Diretamente relacionadas com pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias, Leroy Walters distingue seis tipos de políticas públicas:

1. Países que proíbem qualquer pesquisa com células-tronco embrionárias e embriões (Áustria, Irlanda, Itália, Noruega e Polônia).
2. Países que só admitem pesquisa com células-tronco embrionárias, mas não em embriões (adotado pela Alemanha e Estados Unidos).
3. Países que permitem a pesquisa com embriões excedentes provenientes da fertilização *in vitro* que não serão mais implantados (adotado pela maioria das legislações européia, como, por exemplo, Espanha, Holanda, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Hungria, Rússia, Japão, Austrália e Canadá).
4. Aqueles que permitem a pesquisa tanto de embriões excedentes como

embriões criados para a pesquisa através do método de fertilização *in vitro* (caso da Inglaterra e Singapura).

5. Aqueles que permitem a pesquisa com embriões excedentes e embriões criados, especialmente, por meio da técnica de clonagem (desenvolvida por Wilmut e colaboradores e adotado por Inglaterra e Israel e Singapura).

6. Países que, além da opção acima, permitem a transferência de núcleo de células somáticas em óvulos não humanos (caso, por exemplo, da China) (19) e outros que apesar de permitir a pesquisa não possui legislação específica – caso da França.

Como se vê, não somente o panorama europeu, como o de outros países, é muito diversificado. Muitas nações têm tradições morais, religiosas e convicções ideológicas bastante distintas. Por isso, algumas delas não aderiram aos princípios da CDHB, exemplo da Grã-Bretanha, Alemanha, Bélgica e outros. Isso se verifica também nos países extra-europeus, como os Estados Unidos, nos quais cada Estado é independente para legislar sobre a retirada de células-tronco embrionárias. Entretanto, apesar da diversidade de opiniões, observa-se que existe uma tendência na maioria dos países de aceitar pesquisas com embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

Na Grã-Bretanha, no começo da década de 1980, as delicadas questões surgidas com o sucesso da técnica de fertilização *in vitro* levaram o governo inglês a criar uma comissão de estudo, presidida por Mary Warnock, a qual resultou na orientação para a aprovação de uma lei pelo Parlamento em 1990 (*Human Fertilization and Embryology Act*). De igual modo, em 1999 criou-se nova comissão para examinar o campo de pesquisa com células-tronco embrionárias. A comissão foi presidida por Liam Donaldson e concluída em 2000, resultando no relatório intitulado *A pesquisa com células geminais: progresso médico com responsabilidade*. O relatório sugere que a lei de 1990 seja modificada para permitir a técnica da transferência de nuclear somática, não somente como já estava prevista para pesquisa de terapias de doenças genéticas, como também para estudar os mecanismos de reprogramação das células geminais:

A criação de embriões por meio da técnica da transferência nuclear é essencial para compreender os mecanismos que governam a reprogramação de um núcleo adulto por parte de um óvulo sem núcleo. Essa linha de pesquisa pode dar lugar, numa perspectiva em longo prazo, ao desenvolvimento de técnicas capazes de reprogramar células adultas, sem precisar recorrer ao embrião, e de afastar qualquer problema de rejeito tecidual.(20)

5. LEI DE BIOSSEGURANÇA BRASILEIRA

Antes da edição da atual legislação sobre biossegurança brasileira, os procedimentos realizados em embriões, provenientes das técnicas de fertilização *in vitro*, eram regulados pela Lei 8.974/1995. Essa lei proibia expressamente a manipulação genética de células germinais humanas, a produção e o armazenamento de embriões humanos destinados a servir como material biológico (Art. 8.º, II e IV). Elevava à condição de crime, penalizando com reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos quem infringisse essa norma. Já na nova lei a pena máxima aplicada refere-se à proibição da clonagem humana – reclusão de até 5 (cinco) anos.

Em relação ao destino dos embriões pré-implantatórios para fins de pesquisa, a atual lei pouco ajudou. Desde sua promulgação, tem recebido severas críticas de diversos segmentos da sociedade. Redigida numa linguagem imprecisa, confusa, ambígua, de valor semântico demasiadamente amplo, mescla temas extremamente relevantes, polêmicos e controversos, como, por exemplo, a questão da produção de sementes transgênicas, a disponibilização de embriões humanos para pesquisa, clonagem humana e terapia com células-tronco.(21) De qualquer modo, com a aprovação dessa lei pelo Congresso Nacional, o Brasil entrou na lista dos países em que os cientistas podem realizar pesquisas com células-tronco embrionárias.

Os incisos I e II do Art. 5º, da nova lei de biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), fixam os parâmetros da autorização dos embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia com células-tronco:

Art. 5º – É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões **inviáveis**; ou

II – sejam embriões congelados há **3 (três) anos** ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no Art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Fica proibido (Art.6º):

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no Art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação [...] (21)

Como se vê, a nova lei não definiu o destino dos embriões pré-implantatórios armazenados nos botijões de nitrogênio líquido nas mais de 100 clínicas de reprodução

humana do Brasil. Em outros países, a legislação permite o congelamento de embriões durante um determinado período. Vencido o prazo, obriga-se à sua destruição. Na presente legislação não foi fixado esse tempo. Depois de três anos, os que não forem destinados a pesquisas continuarão estocados nas clínicas de fertilização ou serão descartados? Essa pergunta permanece em aberto. Além disso, em qualquer caso exige-se consentimento. Caso os progenitores tenham abandonado seus embriões, seja porque não interessa mais ao projeto parental, seja porque os cônjuges faleceram, qual o destino que as clínicas devem dar a esses embriões? Somam-se a essas questões outras:

Qual o exato sentido do termo “inviáveis”?;

Qual a extensão do direito à vida assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil aos embriões *in vitro*?

Os embriões são inviáveis porque foram abandonados nas clínicas? Por ter um potencial baixo para gerar vida? Como dizem os cientistas, embriões são de má qualidade? Por possuir alguma anomalia? Ou por estarem congelados há mais de três anos? Afinal, qual o sentido da expressão? Nesse contexto, Rocha indaga:

[...] como classificar a inviabilidade dos embriões? Por acaso seriam aqueles padecedores de anomalias genéticas ou defeitos congênitos resultantes da fertilização *in vitro*? Ou seriam aqueles que, já restando excluídos da chance de integração em projeto parental, por motivos econômicos, também restaram excluídos da possibilidade de criopreservados? [...] Pelo subjetivismo interpretativo que encerra, chega-se à conclusão de que qualquer hipótese poderia ser facilmente configurar uma inviabilidade!(21)

Oito meses após a promulgação da lei, o Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005 define o alcance legal do termo *inviáveis*. Entretanto, outras questões foram levantadas, pois sendo considerados inviáveis por possuírem alterações genéticas, qual o grau de risco para as pessoas que submeterem-se a terapias com embriões com defeitos genéticos? De acordo com o decreto são embriões inviáveis

aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião; [...].

Ademais, por ofensa aos direitos e às garantias relacionadas à proteção da vida humana, o Art. 5º da Lei de Biossegurança foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 3510), interposta pelo procurador geral da República Cláudio Lemos Fontinele, no Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 2005, onde contestou o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Considera que a destruição de embriões congelados é uma ofensa ao direito à vida, assegurado no caput do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Evidentemente, é irrefutável que o objeto da tutela jurídica é o direito à vida humana, posto que constitui o arcabouço jurídico de onde emanam todos os demais direitos. Por isso, é considerado a fonte primária de outros bens jurídicos. De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais se não erigisse a vida humana acima dos demais direitos.(22). A esse respeito, assegura Santos:

Tal direito é inviolável Embora o texto constitucional não se refira expressamente ao nascituro, tudo está a indicar que sua vida é um bem que a Constituição se obriga a proteger de forma a que não sofra qualquer violação. Protege-se, assim, também, a vida humana intra-uterina (...). Em qualquer dos estágios, zigoto, mórula, blástula, conceito, embrião, feto, recém-nascido há apenas um ‘continuum’ do mesmo ser.(23)

Sob esse aspecto jurídico, não se pode esquecer que o Brasil é signatário do Tratado do Pacto de São José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana dos Direitos Humanos, sendo subscrito em 26 de maio de 1992 e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto Executivo nº 678 em 25 de setembro desse mesmo ano. Esse Tratado é taxativo ao afirmar logo no seu Art. 1º, § 2º que “pessoa é todo ser humano”. Mais adiante, o Art. 4º §1º esclarece que a vida começa, em geral, desde a concepção⁵⁴, portanto não se faz qualquer distinção entre a vida humana intra ou extra-uterina. Além disso, ressalta que a pena de morte é condenável tanto para o nascituro quanto para o já nascido.(30) Por outro lado, não esqueçamos que o direito à vida não é absoluto. Em todos os sistemas jurídicos há exceções – caso, por exemplo, do aborto para salvar a vida da gestante, em decorrência do estupro, da pena de morte, da legítima defesa dentre outras.

6. DA EQUIPARAÇÃO DO EMBRIÃO AO NASCITURO

Outra discussão de relevo é a demarcação do momento em que se inicia a personalidade jurídica⁶⁵ do ser humano no ordenamento jurídico brasileiro. Esse momento é decisivo para determinação dos direitos do nascituro e sua consequente extensão ao embrião *in vitro*.

Existem no Brasil duas vertentes teóricas que se contrapõem: a teoria natalista e a concepcionista. Alguns doutrinadores ainda dividem a teoria concepcionista em dois ramos: a concepcionista da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

Para os defensores da teoria natalista, a personalidade jurídica da pessoa começa desde o nascimento com vida. O fundamento jurídico está baseado na interpretação literária da primeira parte do Art. 2º do novo Código Civil brasileiro, que estabelece: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo,

⁵ “Artigo 4º – Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” C.f. Mello CM, Fraga TAE. Direitos Humanos: coletânea de legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; 2003. p. 117/118.

⁶ “A vida humana constitui o elemento primordial e estruturador da personalidade jurídica, na medida em que a unifica e lhe permite desenvolver-se. Assim, a vida deve ser considerada em sua totalidade biológica, desde a concepção até a morte. E a tutela da personalidade humana individual implica na proteção, quer da vida humana pré-natal, quer da vida humana pós-natal, incluindo, nesse caso, toda a fase de crescimento e maturidade, até a morte”. C.f. CATÃO MDÓ. Biodireito: transplante de órgãos humanos e Direitos de Personalidade. São Paulo: WVC; 2004, p. 155-6).

desde a concepção⁷⁶, os direitos do nascituro”. A partir da concepção, tanto o embrião *in vitro* como o nascituro adquirem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos de personalidade, consagrado também na constituição brasileira, apenas a personalidade material, ou seja, para ser titular de direitos patrimoniais, é adquirida com o nascer com vida. Tanto é assim que a tese de que o nascituro somente adquire a personalidade se nascer com vida é questionada, porque seria ilógico conceber direito enquanto mera expectativa. Supõe-se que, para a concessão de direito, deve existir um sujeito. E não poderia ser de outra forma, o nascituro é um sujeito de direito, posto que a ele é assegurado o direito à curatela, segundo o Art. 1.779, parágrafo único do CC e Art. 878, parágrafo único do CPC, direito da posse em seu nome (Arts. 877 e 878 do CPC).⁸⁷

Por outro lado, para os adeptos da teoria concepcionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção. Sendo assim, “tendo o nascituro direito, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direito, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica”. Reconhecendo direitos do nascituro, obrigatoriamente reconhece-se a qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. E “pessoa, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito”.(24)

É com clareza que esta evidência torna-se transparente no atual Código Civil. Enquanto o antigo Art. 4º referia-se ao termo “homem”, na condição de espécie, no Art. 2º do novo Código Civil a palavra utilizada é “pessoa”. Assim, afirma a condição de pessoa do nascituro na lei civil. Por outro lado, a punição do aborto como crime contra a pessoa constitui mais um sinal de que o nascituro no Direito Brasileiro tem personalidade civil e é pessoa.

Quanto à distinção entre as teorias da personalidade condicional da verdadeiramente concepcional, reside no fato de que a primeira reconhece a personalidade desde a concepção, porém sob a condição de o *infans conceptus* nascer com vida. Ao passo que a segunda sustenta que a personalidade começa da concepção, sem qualquer condição. Logo, a partir desse momento, o nascituro é considerado um ser humano, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua condição humana. Apenas os efeitos de alguns direitos, como os direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida.(24)

Embora a teoria tradicional adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro seja a natalista, há quem entenda que o Direito Civil Brasileiro deveria se pautar pela teoria concepcionista. Para Rocha, a teoria natalista “foi elaborada em época na qual a ciência ainda não havia comprovado o que hoje já é uma realidade científica incontestável – que o conceito humano, desde a concepção, é um indivíduo autônomo e autogerenciador do seu próprio desenvolvimento.”(21)

O aparecimento de um novo ser começa com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem a uma nova identidade genética distinta do óvulo e do

⁷ “ Não há razão para dúvida quanto ao início da vida, visto que o que assinala o início legal desta é a penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher (...).” C.f. CATÃO MDÓ. Biodireito: transplante de órgãos humanos e Direitos de Personalidade. São Paulo: WVC; 2004, p. 162.

⁸ Novo Código Civil: “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.” Código de processo Civil – “Da posse em nome do nascituro: Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.”

espermatozóide que, não mais se altera nas demais fases da vida humana. Os embriologistas Moore e Persaud (25) são incisivos ao afirmar que três pontos estão bem definidos:

1. O desenvolvimento humano começa na fertilização; 2. o zigoto e o embrião são organismos humanos vivos; 3. durante a oitava semana, o embrião adquire características típicas humanas, tais como a perda da cauda e o aspecto do rosto.

De fato, na esteira do que afirmou Rocha, a posição de juristas como Eduardo Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros, por entender que o ser humano não separado de ventre materno é considerado parte de suas vísceras (24), baseava-se na concepção do Direito Romano. Naquela época, o feto era considerado parte da mãe, *portio milieris vel viscrum*, e não uma pessoa, um ente ou um corpo (26). Em defesa desse posicionamento, recorda Meirelles que o Art. 4º do antigo Código Civil reflete o direito romano, marcado pela função intermediadora do direito português, que influenciou a codificação do direito brasileiro (27).

Contrariando essa tese, a professora Silmara J. A. Chiavelato e Almeida, baseada no antigo Art. 4º do Código Civil Brasileiro (atual Art. 2º do Novo Código Civil), afirma que, na verdade, o Código Civil consagrou a teoria concepcionista e não natalista (28).

Se no antigo Código Civil Brasileiro de 1916 havia alguma dúvida quanto ao estado da condição de filho do nascituro, na interpretação de seu Art. 338, no novo Código de 2002 isso resta claro, de acordo com o Art. 1.597, posto que, havidos, inclusive por meio de fecundação artificial, embriões excedentários, esses se presumem filhos. Vejamos o que dizem os incisos IV e V:

Art. 1.597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

IV– havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V– havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ora, se são presumidos filhos os embriões excedentários fruto da concepção artificial, por essa linha de raciocínio os direitos do nascituro equiparam-se aos dos embriões *in vitro*, sobretudo o direito à vida, à integridade genética e à sua dignidade. De onde deduzimos que a pesquisa com células-tronco embrionária não encontra amparo legal, uma vez que implica na destruição do embrião.

Por fim, de acordo com Rocha (29), não há como negar que uma nova vida se inicie com a concepção, tampouco se pode negar a natureza humana dessa vida incipiente, que passará pelo nascimento e só termina com a morte, sem haver qualquer alteração em seu código genético. Essa constatação é, por si só, suficiente para que se lhe reconheça a necessidade da outorga de proteção jurídica em todas as etapas da vida humana, a qualquer momento e onde quer que ela se encontre: zigoto, embrião, feto, nascituro, criança, jovem, adulto e velho.

7. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

O direito à vida, por ser um direito fundamental, coube à Corte Suprema do Brasil

a decisão final da liberação com células-tronco. Num julgamento histórico, realizado em dois momentos, no primeiro, realizado em 5 de março de 2008 a seção foi suspensa por um pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e, no segundo, nos dias 28 e 29 de maio do mesmo ano a Corte Suprema rejeitou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, decidindo por seis votos a cinco liberar as pesquisas com células-tronco na forma expressa pelo art. 5º da lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) sem nenhuma restrição.

O Ministro Carlos Alberto Menezes, que pertence à União dos juristas Católicos do Rio de Janeiro, justificou o pedido de vista, argumentando que sua posição não era religiosa, mas sim técnica. Fez um relato detalhado de como se realiza a fertilização *in vitro* nas clínicas especializadas. Quanto às pesquisas com as células-tronco embrionárias, o ministro salientou que elas ainda não apresentam resultados práticos, por isso acredita ser precoce qualquer sugestão de aplicação prática dos resultados das pesquisas com células-tronco embrionárias. Frisou que as pesquisas com células-tronco adultas já apresentam resultados que estão sendo usados em terapias. (31)

Dentre os argumentos defendidos pelos Ministros que acompanharam o voto do relator, destacam-se o fato de que vários países já permitem a pesquisa com células e que o destino dos embriões congelados nas clínicas de fertilização no Brasil seriam a sua destruição – o lixo. Como ilustração destaca-se o voto do Ministro Marcos Aurélio que frisou: “os embriões congelados não teriam a mais remota chance de ser implantados e certamente seriam destruídos de qualquer maneira”. Além disso, argumentou que em muitos países a pesquisa é liberada. E, os relaciona:

África do Sul – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. É o único país africano com legislação a respeito.

Alemanha – Permite a pesquisa com linhagens de células-tronco existentes e sua importação, mais proíbe a destruição de embriões.

Austria – Lei aprovada em Dezembro de 2006 permite o clone terapêutico, a união do DNA de células da pele em ovos para produzir células, também conhecidas como células embriões, capazes de produzir todos os tecidos do corpo humano. Os embriões clonados não podem ser implantados no útero e precisam ser destruídos em 14 dias. O Parlamento autorizou os cientistas a extraírem células-tronco de embriões divididos para fertilização *in vitro*, mais baniu a clonagem de células.

China – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Cingapura – O país se proclamou com um centro internacional para a pesquisa em células-tronco, atraindo cientistas de diversas partes do mundo, incluindo os cientistas britânicos que clonagem a ovelha Dolly. São fornecidos incentivos robustos para a pesquisa em células-tronco, incluindo a clonagem de embriões humano.

Coréia do Sul – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Espanha – Em maio de 2006, o Parlamento votou para expandir o número de embriões disponíveis para a pesquisa em células-tronco, de forma a incluir qualquer congelamento até 14 dias de concepção. Antes, os pesquisadores apenas poderiam usar os embriões congelados anteriormente a julho de 2003. A lei também permite aos pais de crianças com doenças incuráveis a conceberem novos embriões e escolherem um saudável para servir como doador de tecidos, em casos em que todos os demais tratamentos falharam.

Estados Unidos – proíbe a aplicação de verbas do governo federal a qualquer pesquisa envolvendo embriões humanos, a exceção é feita para 19 linhagens de células-tronco derivadas antes da aprovação da lei norte-americana. Mas Estados como a Califórnia permitem e patrocinam esse tipo de pesquisa inclusive a clonagem terapêutica

França – Não tem legislação específica, mas permite a pesquisa com linhagens existentes de células-tronco embrionárias e com embriões de descarte.

Índia – Proíbe a clonagem terapêutica, mas permite as outras pesquisas.

Israel – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Itália – Proíbe totalmente qualquer tipo de pesquisa com células embrionárias e sua importação.

Japão – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Mas a burocracia para obtenção de licença de pesquisa é tão grande que limita o número de pesquisas.

México – Único país latino-americano além do Brasil que possui lei permitindo o uso de embriões. A lei mexicana é mais liberal do que a brasileira, já que permite a criação de embriões para pesquisa.

Reino Unido – Tem um das legislações mais liberais do mundo e permite a clonagem terapêutica.

Suíça – Os eleitores aprovaram a pesquisa em células-tronco embrionárias mediante um referendo nacional ocorrido em Novembro de 2004, autorizando apenas o uso de células-tronco embrionárias não utilizadas em processo de fertilização in vitro. A lei proíbe a clonagem humana e a criação de embriões para a pesquisa em células-tronco.

Rússia – permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Turquia – Permite pesquisas e uso de embriões de descarte, mas proíbe a clonagem terapêutica como no Brasil. (32)

Neste diapasão, entende o Ministro relator Carlos de Ayres de Britto que há um perfeito paralelo entre o art. 5º da Lei de Biossegurança com o direito à vida assegurada pela Constituição Federal Brasileira. Resumidamente, entre os argumentos apresentados para justificar a improcedência da Ação de Inconstitucionalidade, destaca:

[...] Não se nega que o início da vida humano só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. A regra da lei de transplante de órgão, lei nº. 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispõe que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo com divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras ‘desta vida de aquém-túmulo’. O paralelo com o art. 5º da lei de biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidade de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de uma cérebro humano em gestação. Numa palavra não há cérebro. (33)

Em suma, “vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.” “O embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente

incapaz de qualquer resqúicio de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a constituição é de ser plena e rechaçada.” (33)

Com estas convicções se julgou improcedente a Ação interposta pelo Eminent ex-procurador geral da República. “Com base voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, foram vencidos parcialmente os votos dos senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Ministro Gilmar Mendes.” (34)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir destas breves considerações, certamente incompletas e passivas de questionamentos, pode-se afirmar que a grande parte dos sistemas jurídicos das diversas nações, ainda impõe severas objeções à utilização de embriões humanos como fonte genuína para obtenção de células-tronco para fins terapêuticos.

Como as novas descobertas científicas sempre provocaram reações na sociedade, o diálogo dos cientistas com os demais segmentos das instituições sociais é indispensável, pois a história nos ensinou que, em nome do progresso da ciência, muitos abusos já foram praticados. Assim, toda cautela é necessária, pois se sabe que muitos interesses podem estar por trás do *marketing* atualmente feito em torno da liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Evidentemente, o sofrimento humano é inquestionável, qualquer esforço da ciência será sempre válido para minimizá-lo, contudo a ciência deve operar-se dentro dos limites de valores éticos, morais e legais das sociedades democráticas de direito. É inconcebível que, em nome da liberdade científica, desprezem-se as considerações de outras áreas do conhecimento humano.

Observa-se que quem defende a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas recusa reconhecer o *status* de ser humano nos primeiros estágios do desenvolvimento embrionário. No entanto, baseados nos conhecimentos científicos atuais, inúmeros documentos éticos e jurídicos nacionais e internacionais reconhecem que a vida humana merece proteção desde a concepção. Embora, com ressalva-se que o direito à vida não é absoluto, a exemplo, das legislações que permite o aborto.

Em resumo e repetindo, embora a utilização de células-tronco implique na destruição de embriões, à Corte Suprema do Brasil decidiu pela liberação com células-tronco. Num julgamento histórico, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo ex-procurador geral da Republica, decidindo por seis votos a cinco liberar as pesquisas com células-tronco na forma expressa pelo art. 5º da lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) sem nenhuma restrição.

9. ABSTRACT

STEM CELL: FROM BEGINNING TO END THE CONTROVERSY IN BRAZIL. END?

The article aims to highlight the ethical objections that were the focus discussions about the research with embryonic stem cell. It starts with a brief redemption of the ethical justifications the use of embryonic stem cell for therapeutical proposals. It analyzes the limits of the extension of the right attributed to the unborn child to the embryo fecunded in vitro based in the Declaration of Human Rights and Biomedicine, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, international legislation, Law of Biosecurity and in the Brazilian legal system. In a final reflection, it questions the equalization of the embryo in vitro to the unborn child and displays the decision of the Supreme Brazilian Court who judged unfounded the Right Action of Unconstitutionality of art. 5º of Law n. 11,105/2005 of Biossegurança.

Key words: *Stem cells. Pre-embryo. Blastocyst. Reproductive rights.*

10. RESUMEN

CÉLULAS MADRE: DE PRINCIPIO A FIN LA CONTROVERSIA EN BRASIL. FIN? El artículo busca resaltar las objeciones éticas que estuvieron el centro de las discusiones sobre las pesquisas con células tronco embrionarias. Comienza con una breve rescate sobre de las justificativas éticas de la utilización de células tronco embrionarias para fines terapéuticos. Analiza los límites de la extensión del derecho atribuido al nascituro, al embrión fecundado in vitro fundamentado en la Declaración de los Derechos Humanos y de la Biomedicina, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, legislación internacional, Ley de Bioseguridad y en el sistema jurídico brasileño. En una reflexión final, cuestiona la equiparación del embrión in vitro al nascituro y expone la decisión del Supremo Tribunal Federal Brasileño que juzgó improcedente la Acción Derecha de Inconstitucionalidad del art. 5º de la Ley n. 11.105/2005 de Bioseguridad.

Palabras clave: *Células-tronco. Pre-embrión. Blastocisto. Derecho reproducible.*

11. REFERÊNCIAS

1. Thompson, J A et al. Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts 1998. *Science* 282: 1145-7.
2. Mayana Z. Clonagem e células-tronco. *Est Av* 2004; 51(18):251.
3. Schramm, FR. Palestra de abertura do V Encontro de Bioética do CREMERJ: Bioética da proteção no uso de células-ronco [citado em 02 jan. 2007]. 23-24 julho 2004. Disponível em: URL: < <http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco>>.
4. Fagot-Largault A. Embriões, células-tronco e terapia celulares: questões filosóficas e antropológicas. *Estudos avançados* 2004; 18(15): 227-45.
5. Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret; 2004. p. 59.
6. Mayana Z. “**Início da Vida**” no STF. Ministros do Supremo Tribunal Federal ouvem vinte e dois especialistas sobre o tema “Início da vida” para tomar decisão sobre a constitucionalidade – ou não – do artigo 5 da Lei de Biossegurança. [citado em 02 jan. 2008]. Disponível em: URL: < http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm> capturado em 20/01/2008.
7. Pranke P. “**Início da vida**” no STF. Ministros do Supremo Tribunal Federal ouvem vinte e dois especialistas sobre o tema “Início da vida” para tomar decisão sobre a constitucionalidade – ou não – do artigo 5 da Lei de Biossegurança. [citado em 20 jan. 2008]. Disponível em < http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm>.
8. Weissman IL. Stem cells: units of development, units of regeneration and units’ evolution. *Cell* 2000; 100:157-68.
9. Jiang Y, Jahagirdar BN, Reinhardt RL, Schwartz RE, Keene, CD, Ortiz-Gonzalez XR, Reyes M, Lenvik T, Lund T, Blackstad M. et al. Pluripotency of mesenchymal stem cells derived from adult marrow. *Nature* 2002. 418(6893):41-9.
10. Nakage APM, Santana AE. Células-tronco hematopoéticas em cães. *Ciência Rural* 2006; 36(1): 325-9.
11. Condit ML. Getting Stem Cells Right. *Academic Research Library* 2008; 180:10-2.
12. Herman N. Experiências com embriões. In: Casabona CMR (org.). *Biotechnology, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey; 2002. p. 175.
13. Bouguete V. O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Edições Loyola; 2002. p. 59.
14. Warnock M. *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*. Oxford: Blackwell; 1985.
15. Serrão D. Estatuto do embrião. *Rev. Bioética. Conselho Federal de Medicina. Brasília-Brasil*. 2004; 11 (2): 109-116.

16. Neves MCP. Comissões de ética: das bases teóricas à atividade quotidiana. 2ª ed. Coimbra (Portugal): Gráfica Coimbra; 2002.
17. Cascals AF. A experimentação humana e a crise da auto-regulação da biomedicina. Rev Análise Social 2006; XLI (181): 1011-1. *Apud* Bernard C. Introdução à Medicina Experimental. Trad. de M. J. Marinho. Lisboa: Guimarães Ed.; 1978 [1865].
18. Casabona CMR. Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal em Europa sobre la investigación com células embrionárias humanas. Revista Brasileira de Bioética. 2006; 2(1):39-62.
19. Walters L. Human embryonic stem cell research: an intercultural perspective. Kennedy Institute of Ethics Journal 2004;14(1): 3-38.
20. Néri D. A bioética em laboratório: células-tronco, clonagem e saúde humana. Trad. de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola; 2004. p. 129.
21. Rocha R. O direito à vida e a pesquisa com células tronco: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Campus jurídico; 2008. p. 141.
22. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2006, p. 198.
23. Santos MCL. O equilíbrio do pêndulo: a Bioética e a Lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora; 1998. p. 152.
24. Mello CM, Fraga TAE. Direitos Humanos: coletâneas de Legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; 2003. p. 118.
25. Semião SA. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: DelRey; 1998, p.35.
26. Moore K. L., Persaud TVN. Embriologia clínica. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2000, p. 2.
27. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 18º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.144.
28. Meirelles JML. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. São Paulo: Renovar; 2000, p. 58.
29. Almeida SJA. Chiavelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. Revista de Informação Legislativa. n. 97, Brasília, p. 185/186, *apud* SEMIÃO, Sérgio Abdalla. p. .37.
30. Rocha R. O direito à vida e a pesquisa com células tronco: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Campus jurídicos; 2008.
31. BRASIL. ADI/3510. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Carlos Alberto Menezes. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>> capturado em 20 de junho de 2008.
32. BRASIL. ADI/3510. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Ministro Marcos Aurélio. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510MA.pdf>> capturado em 20 de junho de 2008.
33. BRASIL. ADI/3510. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Ministro relator Carlos de Brito. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia/noticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>> capturado em 20 de junho de 2008.
34. BRASIL. ADI/3510. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão final. Improcedente a Ação de Inconstitucionalidade (ADI/3510) em 29/05/2008. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Capturado em 20 de junho de 2008.



OS PRINCÍPIOS E O NEO-CONSTITUCIONALISMO

Letícia Rezende Castelo Branco¹

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo proceder a uma breve análise da crise por que passa o Direito no atual momento histórico pós-moderno e as nuances apresentadas pelo neo-constitucionalismo. Para atingir tais objetivos, procurou-se demonstrar as implicações no mundo do Direito trazidas pela globalização, os aspectos do pós-positivismo, enfocando, dentro da hermenêutica constitucional, a aplicação dos princípios como norma jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Neo-constitucionalismo. Globalização. Pós-Modernidade. Pós-Positivismo. Hermenêutica Constitucional. Princípios.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Da Modernidade às Turbulências da Pós-Modernidade – 3. O Fenômeno da Globalização e a Constituição de 1988 – 4. Uma Nova Percepção da Constituição – O Neo-constitucionalismo – 5. Do Declínio do Positivismo – 6. Panorama Histórico da Conquista da Normatividade dos Princípios – 7. Coexistência dos Princípios e das Regras no Ordenamento Jurídico – 8. Distinções entre Princípios e Regras – 9. Hermenêutica Principiológica – 10. Ponderações acerca da Aplicação dos Princípios – 11. Eficácia Jurídica dos Princípios e Regras – 12. Conclusão – 13. *Abstract* – 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nas atribuições e atribuições do dia-a-dia, distanciamos-nos da dimensão histórica em que vivemos. No espaço fragmentário de nosso universo, apenas percebemos uma inquietante desordem entre valores antes aceitos e hoje repudiados.

Essa inquietude evidenciada por uma crise de valores é um dos sintomas do atual estágio histórico pós-moderno em que vivemos.

Apenas se nos distanciarmos do objeto em foco, poderá ser possível identificar, de forma mais lúcida, o atual período histórico e suas implicações no universo jurídico e pessoal.

Após essa inserção holística, é possível nos encontrarmos ainda mais perplexos e inquietos do que no momento fragmentário anterior, uma vez que o estágio atual é turbulento e os conceitos ainda se encontram suspensos no vai-e-vem das ondas do pós-positivismo.

Ao meio de indefinições, tem-se uma certeza: não se pode mais ignorar o grito silencioso de um país instável que tem sede de Democracia.

¹ Juíza de Direito do Estado de Minas Gerais. Defensora Pública no Estado de Minas Gerais de junho de 1998 a maio de 2005. Graduada pela Universidade de Uberaba – UNIUBE no ano de 1996. Pós graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Mestranda em direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe incontrolável euforia. Esperava-se que, como em um passe de mágica, esta fosse o remédio para as feridas sociais de um povo sofrido e ignorado.

Ultrapassado o momento inicial de êxtase, percebeu-se que seria necessário mais do que um texto recheado de boas intenções para alcançar respostas efetivas. A euforia foi substituída por uma indistigável frustração.

Atualmente, de forma mais equilibrada e racional, a força da Constituição vem resurgindo da apatia. A Constituição vem sendo compreendida como ferramenta fundamental no processo de superação da ilegitimidade do poder político e da instabilidade institucional.

Esse novo olhar em direção à Constituição faz surgir o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais. Antes relegados a meros enunciados recheados de boas intenções, despidos de efetividade prática, os princípios Constitucionais passam a ser faróis com potencial de iluminar os meandros do ordenamento jurídico, clareando a trajetória em busca de efetiva justiça social.

O caminho a ser percorrido ainda é incerto e turbulento. Mas não há dúvidas de que esta nova leitura da Constituição, atrelada à efetividade dos princípios constitucionais, faz possível transmutar a utopia positivada em realização da democracia.

2. DA MODERNIDADE ÀS TURBULÊNCIA DA PÓS-MODERNIDADE

Imperava nos séculos XVII e XVIII a filosofia racionalista que contribuiu para a eclosão da Revolução Francesa e perdurou como base do pensamento dominante durante toda a Idade Contemporânea, fundamentando todas as mudanças que ocorreram ao longo dos séculos XIX e XX no campo jurídico, social e político.

Justamente para conter as arbitrariedades dos monarcas e para garantia das liberdades conquistadas, viu-se a necessidade de codificar as leis, elaborando-se o Código Civil para positivar o “Direito Racional”, enaltecendo as virtudes da lei.

Nesse período, nascia a Teoria da Plenitude da Lei e o chamado *fetichismo legal*, limitando-se a interpretação das normas ao plano gramatical.² O papel do juiz era o de mero aplicador das leis, mediante a subsunção dos fatos à norma, sendo a interpretação gramatical a única admitida, justamente para não invadir a esfera reservada ao legislador e transmutar o sentido explícito da norma.

O aquecimento da economia industrializada alterou as relações socioeconômicas, evidenciando a disparidade entre as leis e a nova realidade.

Fortaleceu-se o liberalismo, abrindo-se caminho para surgir, já no século XX, o Estado Social no plano econômico e a noção de Estado de Direito, no plano jurídico. Passou-se do Estado Legalista, em que se confundia a lei com proteção do direito, para o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucionalista, em que o foco principal passou a ser o indivíduo, em um primeiro plano e, em segundo, a sociedade como um todo.

² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3ª edição, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

Nesse cenário, foram surgindo os contornos do que se tem denominado de pós-modernidade. O termo “pós-modernidade” indica uma condição sociocultural e estética do capitalismo contemporâneo, pós-industrial.

Para David Wilson de Abreu Prado ³, a pós-modernidade pode ser conceituada como um “movimento que se identifica por exercer uma radical crítica à Razão”, que se afirma a partir da negação do Iluminismo. Essas idéias configuram uma proposta nova de pensar o Direito e o próprio Estado.

As transformações por que vem passando o mundo atual, sentidas principalmente após a Segunda Guerra Mundial, fizeram com que se deslocasse o eixo da modernidade para a pós-modernidade, significando o alargamento das fronteiras nacionais, ampliando, também, o conceito de poder político, Estado, e de poder jurídico, Direito.

Não há dúvidas de que o período é conturbado e ainda sem contornos definidos, mas já se delinearam algumas formas pelas quais é possível vislumbrar o quadro atual em que vivemos.

Como sintomas desses ‘novos tempos’, umbilicalmente decorrentes do processo de globalização, percebe-se uma erosão da propalada soberania nacional que se encontra pulverizada entre outras forças e, ainda, uma gritante necessidade de buscar por um pluralismo jurídico a abarcar os anseios atuais – fato esse que leva a uma ruptura positivista.

A perda da soberania dos Estados nacionais pode ser atribuída, segundo Jurandi Borges Pinheiro,⁴ a rupturas, tais como: a incapacidade do Estado de garantir segurança aos cidadãos; a mundialização da economia; a internacionalização do Estado; e o desenvolvimento do Direito Internacional.

Os Estados nacionais, principalmente aqueles em desenvolvimento, veem diminuindo seus âmbitos de atuação e comprometidas as próprias razões de sua existência. Sofrem a formidável pressão e colonização das forças financeiras e das empresas transnacionais que, em última análise, “apoderam-se direta ou indiretamente dos centros decisórios da vida estatal, atuando como se fossem o povo dessas Nações”.⁵

Inexiste, ainda, uma clara identificação acerca de qual é o novo papel dos Estados nacionais. Mesmo diante de indefinições, a deteriorização de seu poder de intervenção política e de regulação jurídica é sentida, sem que seja possível identificar com clareza quem virá a ocupar o seu espaço com eficácia.

Essa crise de identidade e autoridade do Estado leva, inexoravelmente, a uma reestruturação do constitucionalismo moderno.

³ Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Novos Conceitos, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Silvio Dobrowolski, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 268.

⁴ Perspectivas do Constitucionalismo Moderno sob os influxos da Globalização, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Silvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, pp. 283/284.

⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um Instrumento Efetivo de Cidadania, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 572.

3. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É árdua a tarefa de analisar a atual fase histórica em que vivemos, principalmente porque a globalização é um processo ainda em marcha. Não obstante, é fundamental buscar uma compreensão acerca do momento atual da sociedade para podermos entender as alterações por que vem passando nosso ordenamento jurídico.

A Constituição é a base e, paradoxalmente, o topo da pirâmide de nosso ordenamento jurídico. A Constituição da República de 1988 assegura a todos direitos e garantias fundamentais, com previsão exaustiva de direitos sociais.

Elaborada sob a influência de um modelo normativo do pós-guerra e na esteira dos esforços para a redemocratização, recheada de boas intenções e preocupações sociais, levou ao limite a idéia das Constituições dirigentes ou intervencionistas.

A idéia de Constituição dirigente, desenvolvida por Canotilho, diz respeito a legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional, buscando um meio de vincular o legislador à Constituição. Sob a nomenclatura de ‘Constituição dirigente’, o autor defende a mudança da realidade pelo direito, emprestando força e substrato jurídico para a mudança social. Aposta no futuro através da força revolucionadora das normas constitucionais.⁶

Não obstante as previsões constitucionais, a Constituição não conseguiu, por óbvio, alterar a realidade social do país. Diversamente do que esperavam alguns entusiastas, a Carta Magna não demonstrou ter poderes mágicos para reformular a própria realidade.

Em meio a essa “decepção”, carregou o Estado junto para a mesma sensação de impotência, com o agravante de que é o Estado, em última instância, o sujeito implementador das normas constitucionais.

Entre a realidade e o texto da Constituição previdente, formou-se verdadeiro abismo. Abismo de proporções aparentemente insuperáveis.

Como consequência, foi gerado um contraste gritante entre o Direito posto e o Direito aplicado. Em outras palavras, uma distância enorme entre o Direito válido e a realidade social.

Interessante notar que, para Eros Roberto Grau,⁷ existe uma forma jurídica imanente à infra-estrutura, como pressuposto interior à sociedade civil. Essa relação jurídica que preexistia, como direito pressuposto, transmuda-se ao direito posto, que é o direito positivo, quando o Estado põe a lei. Assim, “o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto – direito positivo –, mas este modifica o direito pressuposto”.

Com efeito, dentro dessa linha de raciocínio, o direito posto, talvez por almejar o inatingível, distanciou-se de tal modo do direito pressuposto a ponto de perder a capacidade de alterá-lo.

Não se nega aqui a necessidade de previsão expressa no texto Constitucional de metas

⁶ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição, in *Constituição Federal 15 anos Mutações e Evolução*, coord. André Ramos Tavares e Outros. São Paulo: Método, 2003, pp. 26/27.

⁷ *Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

e ideais a serem alcançados, até mesmo como norte para direcionar a ação do legislador. Não há dúvidas de que a cenoura amarrada em uma vara, posta à frente do burro, o impele a seguir em frente, sempre tentando alcançar o alimento.

Destarte, é certo que precisamos de diretrizes, objetivos, metas. Não obstante, é necessário que essas metas sejam coerentes com a realidade social, cultural, do povo que as estabelece e em consonância com o momento histórico, sob pena de se tornarem inatingíveis, a ponto de gerar um sentimento de impotência e cansaço, que dá espaço ao descrédito e a uma inércia generalizada.

De fato, como consequência, verificou-se que a aplicação da Constituição não vinha, na prática, conseguindo tratar de forma coerente e racional os problemas reais da sociedade.

Percebeu-se que a esperança trazida com o novo texto constitucional não melhorou as condições de vida. O resgate de nossa dignidade operada pela Assembléia Constituinte não perdurou durante muito tempo.

Pode-se afirmar que existem incompatibilidades gritantes entre a Constituição e o mundo atual, o que nos coloca na contramão do processo de globalização inspirado pelo neoliberalismo.

O excesso de regulamentação, a casuística trazida para o texto Constitucional, o apego ao Estado de bem-estar social coloca-nos a par dos movimentos da globalização.

A respeito, Roberto Campos⁸ assevera:

“Que contribuição trará a nova Constituição para inserir o Brasil nessa onda modernizante? Rigorosamente, nenhuma. O Brasil está desembarcando do mundo. Em vez da ‘desregulamentação’, o Estado fará planos globais e normatizará a atividade econômica. Em vez de encorajar o Poder Executivo a intensificar a privatização, amplia-se o monopólio da Petrobrás, nacionaliza-se a mineração, a União passa a ser proprietária e não apenas administradora do subsolo, os governos estaduais falidos terão o monopólio do gás canalizado. Enquanto a Inglaterra, o Japão e a Espanha, entre outros, privatizam suas grandes empresas telefônicas, o Brasil transforma em monopólio estatal todas as telecomunicações, inclusive a transmissão de dados. Na sociedade de informação isso representa enorme concentração de poder nas mãos da ‘nomenklatura’ estatal, sujeita a frequentes perversões ideológicas”.

Diante da realidade globalizada, a frustração ante a inefetividade constitucional intensificou-se, mostrando-se ainda mais evidente.

O processo de globalização exige intervenções rápidas e efetivas, não encontrando consonância nos meandros da burocracia utópica constitucionalizada, em que o Estado, além de se mostrar amarrado a interesses pequenos, não demonstra capacidade de acompanhamento do ritmo veloz em que se transita hoje.

⁸ *O Século Esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990. p. 197.

A respeito, J. J. Gomes Canotilho⁹ afirma que, se a Constituição programática fosse tão somente o rosto normativo da utopia, não adviria grande mal ao mundo. O fato é que, subjacente ao programa constitucional, está toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido poderá conduzir à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas.

O fato é que o dirigismo constitucional assentado no dogma Estado-soberano faz pretender que a Constituição seja verdadeira “alavanca de Arquimedes”, com força para transformar o mundo, sem perceber que está cercada por outros mundos.

Como mencionado, a internacionalização, o Mercado Comum Europeu, o Mercosul, a globalização da economia tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais. Existe e se desenvolve hoje um Direito à margem do Estado, conforme mencionou André- Jean Arnaud.¹⁰

Diante desse quadro, a força normativa das constituições terá de se adequar aos esquemas regulativos globalizados.

Como consequência, construções doutrinárias acerca da eficácia contida ou limitada das normas constitucionais não se sustentam.

Em virtude desta nova realidade, deve ser conferido efeito imediato às normas constitucionais, sob pena de convivermos com a idéia de uma constituição simbólica, uma simples “folha de papel”.¹¹

A necessidade ilimitada de criar emendas constitucionais é um dos reflexos do processo de globalização, fruto de retrocessos e perda do significado de certos direitos, substituídos por outros direitos, outros valores, outras necessidades, outros conflitos.

Uma Constituição afinada com o momento pós-moderno clama por mudanças que apenas são possíveis a partir de rupturas. Uma dessas rupturas pôde ser sentida no campo da aplicação efetiva dos princípios constitucionais como ferramenta imprescindível ao operador do direito, fazendo-se, desta forma, uma releitura da Constituição, adaptando-a às nuances da realidade atual.

Importante ressaltar que, com a globalização, a “redução dos espaços políticos faz com que o único elemento clarificador do horizonte político, segundo Pedro de Vega García, seja a Constituição”.¹²

Diante da complexidade social, não há como pretender que a Constituição regule integralmente as sociedades complexas da atualidade, devendo se limitar a fixar “a estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política, como os direitos e liberdades fundamentais”¹³

⁹ Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo reflexivo”, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo, 1996.

¹⁰ *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹¹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*, trad. De Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2004.

¹² BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição, in *Constituição Federal 15 anos Mutações e Evolução*, coord. André Ramos Tavares e Outros, São Paulo: Método, 2003, p. 16.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. *Ob. cit.*, p. 16.

Insta salientar que, com a passagem do século XX para o século XXI, vem surgindo o que alguns denominam de direito reflexivo, que tem natureza mais preventiva do que repressiva, e que se constitui em uma “tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social, outorgando ao Estado e ao Direito um papel de guia (e não de direção) da sociedade”¹⁴.

Mencione-se que, com a crescente importância das normas supra-nacionais, o Estado Nacional vem perdendo o monopólio de promulgar regras, o que leva a uma crescente internacionalização e a uma ‘privatização’ da regulação jurídica, que está presente em um direito reflexivo, onde o Estado exerce um papel de “guia” apenas.

O Estado e o Direito têm se mostrado incapazes de se adaptarem à evolução da complexa sociedade contemporânea em que vivemos. Assim, segundo os adeptos do direito reflexivo, tem restado ao Estado apenas o papel de guia da sociedade, tornando-se ator como qualquer outro no discurso de interesses, representando os interesses generalizáveis e controlando a conformidade dos procedimentos de negociação.

4. UMA NOVA PERCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO – O NEO-CONSTITUCIONALISMO

As mudanças de paradigmas vêm criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica.

Segundo definição de Canotilho, citado por David Wilson de Abreu Prado¹⁵, “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.

Como exposto, antes da Segunda Guerra Mundial vigorava, na maior parte da Europa, a supremacia do Poder Legislativo. No pós-guerra, os ventos da época indicavam a necessidade de garantir direitos fundamentais, avassalados durante a guerra.

Surgiu a necessidade de constitucionalização dos direitos fundamentais, visando protegê-los do processo político dominante.

Não obstante a integração dos direitos fundamentais no texto Constitucional e, principalmente, de todos os novos direitos conquistados ao longo da segunda metade do século XX, a mencionada distância existente entre a realidade crua do Brasil e as garantias asseguradas pela Carta Magna acarretou inicialmente uma perda da força normativa da Constituição.

Essa perda de força foi sentida principalmente no campo dos direitos sociais, que muitas vezes carecem de executoriedade plena, o que fez com que minassem a sua força e jogassem ao descrédito o sentimento de âncora da Constituição. Instalou-se verdadeira tensão entre a letra da lei e a realidade.

Não obstante a crise política da Constituição, o constitucionalismo, enfraquecido pela esperança inatingível, não sucumbiu. Paradoxalmente, fortaleceu-se. Contudo, dentro de um novo prisma.

¹⁴ PRADO, David Wilson de Abreu. *Ob. cit.*, p. 258.

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 263.

O neo-constitucionalismo decorreu de uma mudança no paradigma positivista então existente. Criou-se uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica, atribuindo-se mais valor aos princípios do que às regras.

A nova leitura do Direito Constitucional surgiu com mais ênfase na Alemanha e Itália, já que o cenário do pós-guerra clamava por um novo Direito de cunho social, diante das mazelas políticas e ideológicas que os seus governos estavam cultivando.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, chegou-se ao ápice do processo de superação do positivismo jurídico, dando-se espaço para o surgimento do pós-positivismo, retornando-se à idéia de valores. Voltou-se a reconhecer que “o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos”.¹⁶ Com efeito, não existe Direito sem direitos.

No Brasil, a realidade mostrou-se um pouco diversa, mesmo porque as consequências do pós-guerra não atingiram de forma avassaladora o país, como ocorreu nos países europeus.

O neo-constitucionalismo no Brasil viu-se delineado pela Constituição da República de 1988. Essa Carta foi capaz, ainda que de forma tímida, de despertar um sentimento constitucional no País.

No dizer de Luís Roberto Barroso,¹⁷ “[...] uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”. Ainda que perdurasse um sentimento de impotência entre a realidade e o texto constitucional, não se pode olvidar que a Constituição foi capaz de despertar um desejo de mudança.

Esclarece o mesmo autor que dentro do espectro do neo-constitucionalismo é identificado um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, podendo ser assinalados, como marco *histórico*, a formação do Estado Constitucional de Direito (século XX); como marco *filosófico*, o pós-positivismo; e, como marco *teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

As conquistas do neo-constitucionalismo hoje sentidas no mundo jurídico moldam e fazem ressurgir a força da Constituição, antes esquecida e desacreditada.

A idéia da Constituição como instrumento de governo, envolvida com a declaração dos núcleos de direitos de defesa inderrogáveis do indivíduo, mas indiferente aos problemas sociais, tornou-se passado.

Hoje, a leitura que se faz do Direito passa, necessariamente, pela lente da Constituição. Nenhuma lei pode ser considerada válida se colidir frontalmente com a própria Constituição do país.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

¹⁷ Neo Constitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 15, n.58, jan-mar/2007, Diretor Celso Bastos, Coordenadora Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.142.

A respeito, Kelsen já afirmava que o ordenamento jurídico tinha estrutura piramidal, asseverando que “as normas superiores fundamentavam as inferiores sob o aspecto dinâmico-formal, sendo que as normas eram mais gerais e abstratas quando se aproximavam do topo, e mais específicas e concretas quando se aproximavam da base da Pirâmide”¹⁸.

Conforme Juventino de Castro Aguado e Antonia Ap. Mendes de Salles Cunha¹⁹, “a Constituição é vista como um sistema aberto constituído por normas e princípios que se orientam por valores jurídicos, e também éticos, suprapositivos e supraconstitucionais, onde as idéias de justiça, além do estritamente jurídico, desempenham o papel central e a Constituição aparece como o princípio maior de todo este sistema”.

A Constituição passa a ser sentida como uma fonte irradiadora que ilumina todo o universo jurídico, deixando de ser entendida como mero documento de boas intenções políticas, sem força de direito. De carta política, passa a norma de direito.

A normatividade constitucional não se endereça apenas aos órgãos do Estado, exigindo abstenções. Ela também vincula os órgãos estatais à ações positivas; à produção de políticas públicas em todas as vertentes, tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica. Ainda, a normatividade da Constituição não se limita ao Estado, vincula também os particulares numa normatividade constritora, inclusive do Direito Privado.²⁰

Desta forma, a Constituição, “como um grande Código da vida comunitária de uma nação, estabelece os principais valores de organização da vida em sociedade; fixa as normas de organização, investidura e exercício do poder; determina as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos, dos grupos e movimentos organizados. E esses valores éticos, políticos e jurídicos, vem mediados em forma de princípios e regras constitucionais, que são espécies do gênero norma constitucional”²¹.

Dentro desse espectro, a Constituição passa a ser compreendida não apenas como uma Carta estruturante da sociedade e referência do controle da legitimidade das leis, atos administrativos e decisões judiciais. Passa, na realidade, a ser ferramenta essencial e imprescindível dos operadores do direito.

5. DO DECLÍNIO DO POSITIVISMO

Como reflexo do neo-constitucionalismo, o império do domínio das leis viu-se abalado. O estágio vigente revelava uma indiferença recíproca entre Direito e sociedade. O Direito positivo estatal perde autoridade institucional sobre a sociedade e, por consequência, o Direito positivo vai se tornando progressivamente incapaz de controlar a sociedade.²²

¹⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁹ Os princípios Constitucionais, as lacunas do Direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos, in *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, nº 79, set/out 2006, São Paulo: Thomson, p. 142.

²⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Constituição como Garantia da Democracia: O Papel dos Princípios Constitucionais, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 4, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 489/490.

²¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel *Ob. cit.*, p. 491.

²² PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do Constitucionalismo Moderno Sob os Influxos da Globalização. *A Constitucionalização no Mundo Globalizado*, org. Silvio DOBROWOLSKI, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 291.

Constata-se uma incapacidade do Direito positivo de definir seu próprio discurso, perdendo a característica de conferir autoridade e coerência a sua própria lógica interna.

Com efeito, o Estado e o Direito tradicionais mostram-se inadaptados à evolução social, não conseguindo caminhar na velocidade desta.

E para superar essa ‘crise’ foi necessário o desenvolvimento de uma nova racionalidade jurídica.

O novo paradigma do Direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é incompatível com o processo cego do silogismo e com a velha teoria das fontes.

Para Lenio Luiz Streck,²³ em consonância com as idéias de Habermas, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio, e a velha interpretação subsuntivo-dedutiva vem dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Os esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, a idéia da redução do Direito a enunciados linguísticos, a busca pela vontade do legislador empregada como técnica de interpretação, a concepção do juiz como mero instrumento de aplicação da lei ao caso concreto pela subsunção são, de início, rechaçados e repensados.

O horizonte do Direito passa a não se sustentar mais com o estreito âmbito positivista. A realidade multifacetária, fruto da globalização, e a necessidade de novas respostas diante da diversidade de questões que atualmente se colocam fizeram premente a necessidade de novas soluções, novas respostas.

Ernildo Stein, na apresentação do livro *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, de autoria de Lenio Luiz Streck, enfoca os sentimentos conflitantes na mudança do paradigma positivista para o fenomenológico hermenêutico:

A utilização do paradigma fenomenológico hermenêutico no campo da decifração da crise e do encontro de um novo caminho causa, num primeiro momento, uma espécie de benéfico mal-estar. Era preciso ter a coragem de mostrar que a filosofia, no sentido radical de Hegel, é o mundo invertido, isto é, ela nos liberta da ingenuidade de encontrar um âmbito de totalidade junto ao positivo, junto ao universo da fatualidade²⁴.

Como asseverou Lenio Luiz Streck,²⁵ “o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”.

Não encontra espaço, atualmente, a sobrevivência de posturas, adormecidas e enclausuradas na segurança do conhecido, dos operadores do Direito. É preciso resgatar uma consciência desperta para a nova realidade. É preciso que os juristas desvendem os olhos para

²³ Da interpretação de textos à concretização de Direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 567/568.

²⁴ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. XIV.

²⁵ Hermenêutica e Concretização da Constituição. As Possibilidades Transformadoras do Direito, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 682.

poder vislumbrar o novo.

Interessante assinalar que Philipp Heck ²⁶, influenciado por Ihering, já dizia que “o juiz deveria ater-se não à literalidade da lei, mas ao juízo de ponderação de interesses nela pressuposto, de modo que a sentença seria vista como um instrumento de harmonização de interesses, uma diagonal em um paralelograma de forças”.

As respostas têm surgido decorrentes de um novo olhar sobre a Constituição, olhar que põe em evidência a força dos princípios. Passam os valores a ser as idéias centrais das Constituições, sob a forma de normas-princípios.

O ganho de normatividade dos princípios é “consequência clara de sua migração dos Códigos jurídicos para a inserção nas Constituições, marcando o tratamento juspublicista destes por oposição ao tratamento jusprivatista típico da fase positivista.”²⁷

Até então, a aplicação dos princípios apenas era admitida como última opção em face de uma omissão legal.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, quando a lei for omissa, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim, apenas quando o caso concreto não pudesse ser solucionado pela aplicação de uma lei existente, o intérprete deveria primeiro se valer da analogia. Em não havendo no ordenamento jurídico lei semelhante para aplicação naquele caso, buscar-se-ia, então, a resposta focando-se nos costumes e, apenas se não fosse possível encontrar uma solução, recorreriam aos princípios gerais do direito.

É inegável que o esquema da subsunção da lei ao fato concreto dota o sistema jurídico de maior segurança. Segurança essa que foi imprescindível nos séculos XVIII, XIX, até meados do século XX, principalmente porque era necessária a própria afirmação da lei diante de um modelo novo de sociedade, fruto do iluminismo e das revoluções políticas e econômicas da época, lembrando-se que o século XIX foi conhecido como o século das revoluções.

Com o movimento decorrente da Revolução Francesa, foi primordial assegurar expressamente os direitos das classes emergentes frente ao monarca. Assim, a necessidade de garantir o reconhecimento dos direitos dos homens em face de qualquer ato ditatorial fez com que o sistema se dotasse de instrumentos necessários e suficientes para efetiva aplicação do Direito.

Em virtude desse panorama histórico, a subsunção da lei ao fato concreto era recebida como solução mais segura e eficiente para os problemas daquela época, negando-se a juridicidade dos princípios justamente para salvaguardar o modelo teórico, sem correr os riscos de uma interpretação mais livre.

Contudo, como exposto, com o passar dos tempos esse modelo foi se mostrando insuficiente para solução da problemática que foi surgindo.

Deve-se ressaltar que, não obstante a segurança encontrada na aplicação das regras,

²⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, *ob. cit.*, p. 49.

²⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 129.

para Lenio Luiz Streck²⁸, paradoxalmente, o mundo das regras, ao invés de proporcionar a previsibilidade que daria a segurança jurídica, poderia dar azo a “uma espécie de delegação hermenêutica em favor do poder da interpretação judicial, que desfrutará de ampla liberdade para resolver os ‘casos difíceis’.”

Eros Roberto Grau²⁹ recusa a concepção da interpretação como mera subsunção, afirmando que “a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica – um dever-ser. Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma criação de direito”.

Em um sistema que tem como base a supremacia das normas constitucionais, não há como privilegiar o império da lei em detrimento dos princípios albergados pela Carta Magna.

Interessante salientar que um dos motivos que levou à “desmistificação da lei” ocorreu “após o aparecimento de ditaduras amparadas pela legalidade”³⁰, momento em que se percebeu a necessidade de proteção aos direitos, mesmo diante das leis, já que em nome dessas legitimaram-se barbáries.

Assim, observa-se que a solução dos litígios pela aplicação cega da lei já não se sustenta por si só. Não se trata de relegar a aplicação das leis a um segundo plano. Trata-se primeiro de fazer uma releitura da lei pelas lentes constitucionais e também de conferir força hermenêutica à Constituição, reconhecendo-se a força normativa dos princípios na solução dos litígios.

6. PANORAMA HISTÓRICO DA CONQUISTA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

A superação da crença de que os princípios tinham apenas uma dimensão ética, sem eficácia jurídica, não eclodiu no mundo jurídico de uma só vez. A trajetória que conferiu juridicidade aos princípios, *status* de norma jurídica, foi marcada por três fases distintas.

A primeira fase a respeito da natureza dos princípios é encontrada no Jusnaturalismo. Essa fase, que começou a se formar a partir do século XVI, dominou até o surgimento da Escola Histórica do Direito, no século XIX.

Nesse período, havia um consenso acerca da existência de valores e de pretensões legítimas decorrentes de um direito natural, não emanadas do Estado.

Não era reconhecido aos princípios caráter jurídico. Não obstante, tinham um grande peso ético e “eram vistos como axiomas jurídicos dotados de um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”³¹.

Os princípios eram considerados como expressão dos valores filosóficos e políticos do Estado Liberal. Traduziam um ideal próprio de Justiça, sendo considerados verdadeiras normas que “tinham valores deduzidos pela ‘reta razão’ e, por isso, pairavam em um nível abstrato,

²⁸ Da interpretação de textos à concretização de Direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Diretor Paulo Bonavides, Del Rey: Belo Horizonte, 2005, p. 566.

²⁹ *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

³⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Ob. cit.*, p. 60.

³¹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 100.

valorativo, meramente informador e carente por completo de juridicidade – mero extrato de valores informadores da ordem jurídica”³².

Com o advento do Estado Liberal, houve grande movimento de codificação, surgindo a segunda fase, denominada Juspositivismo ou Positivismo, que perdurou até a metade do século XX.

O direito natural, antes aclamado, passa a ser considerado anticientífico, ficando à margem da história, dando lugar ao positivismo, que se sustenta em virtude da crença no poder do conhecimento científico. A ciência do Direito funda-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.³³

Nessa época, os princípios passaram a figurar nos Códigos e nas leis, convivendo ao lado das demais normas como fonte normativa subsidiária. Justamente em virtude da positivização, não poderiam mais ser considerados como instância supra-legal, parte do Direito Natural.

Eram denominados de princípios gerais do direito, considerados fontes normativas secundárias, com finalidade meramente supletiva. Integram o ordenamento jurídico no mais baixo grau de hierarquia, já que sua função se reservava a impedir o vazio normativo na ausência de regra escrita.

O Positivismo representou, assim, uma etapa intermediária no reconhecimento da juridicidade dos princípios.

A idéia de que a obediência cega ao texto legal significaria a resposta acertada aos anseios da sociedade estremeceu principalmente em decorrência da roupagem legalista em que se envolveram os movimentos políticos e militares nazistas e fascistas, nas primeiras décadas do século XX. Como mencionado, em nome da lei e por intermédio dela cometeram-se atrocidades.

Já ao fim da Segunda Guerra Mundial, “a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”.³⁴

Após a desilusão do positivismo, surgiram, a partir da metade do século XX, reflexões sobre a função social do Direito e sua interpretação. Nesse novo período, denominado genericamente de Pós-Positivismo, e identificado aqui como terceira fase, vêm-se buscando novas relações entre valores, princípios e regras, reaproximando-se o Direito do sentido de Justiça.

Apenas nesta fase é que os princípios passam a ter força normativa, sendo tratados como direito, com hegemonia axiológica acentuada na Constituição.

Os princípios passaram a ser conteúdo obrigatório nas Constituições criadas após a Segunda Guerra Mundial. Atingiram o caráter de norma constitucional, obrigando a uma

³² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 127/129.

³³ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 2, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ob. cit.* p. 174.

releitura do sistema jurídico.

No atual período pós-positivista, podem ser identificadas duas etapas distintas no alcance da normatividade dos princípios. Na primeira, denominada de programática, os princípios passam a ter aplicabilidade diferida e são encarados como programas normativos a serem concretizados em passos lentos pelos operadores jurídicos. Nesta etapa, a normatividade dos princípios é mínima. Na segunda etapa, denominada de não programática, os princípios passam a ser considerados de forma objetiva, tendo aplicação direta e imediata.

Atualmente, os princípios têm por proclamada sua normatividade, com o reconhecimento de sua positividade e concretude. A consagração dessa modificação na Teoria da Norma Constitucional pode ser atribuída principalmente a Robert Alexy e Ronald Dworkin.

7. COEXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A dogmática atual admite que as normas em geral possam enquadrar-se tanto na categoria dos princípios, como na das regras.

Como exposto, a realidade contemporânea demonstrou a impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras, já que estas se mostraram insuficientes para a solução de casos complexos e colidentes.

Por outro lado, não seria também possível admitir um sistema formado apenas por princípios, ante o elevado grau de abstração e indeterminação destes.

A necessidade dos novos tempos passou a exigir um sistema jurídico em que as regras e os princípios possam ser empregados na solução dos casos concretos, complementando-se. As regras desempenhando papel fundamental à segurança jurídica, com a previsibilidade e objetividade das condutas, e os princípios, por sua vez, tornando possível a realização da justiça do caso concreto, ante a sua flexibilidade.

Diante da complexidade da sociedade contemporânea em que vivemos, apenas com o surgimento de um novo enfoque do sistema constitucional é que se vem podendo reafirmar a eficácia da Constituição.

Celso Fernando Campilongo³⁵ afirma que,

[...] em contextos sociais tensos e fragmentados como o brasileiro, a rigidez do modelo positivista de Constituição conduz à oscilação entre duas alternativas: ou a perda da eficácia da ordem constitucional ou o alargamento de suas bases pelo recurso a fórmulas mais flexíveis e abertas.

A respeito, Kildare Gonçalves Carvalho³⁶ afirma que um modelo constituído exclusivamente por regras conduziria a um sistema legislativo de limitada racionalidade prática, com uma disciplina legal exaustiva e completa. Acrescenta que, “embora dotado de segurança jurídica, o sistema constitucional assim concebido não proporciona espaço livre para a sua complementação

³⁵ As lacunas no direito constitucional. *Revista de informação legislativa*, nº 90, abril/junho, Brasília, 1986, pp. 94/95.

³⁶ *Ob. cit.* p. 252.

e desenvolvimento do sistema, já que é ele necessariamente aberto.”

Já o sistema baseado apenas em princípios levar-nos-ia a um modelo inseguro, ante a inexistência de regras precisas e a coexistência de princípios conflitantes ou, ao menos, indefinidos.

É certo que as regras são fundamentais para a segurança jurídica justamente por fixar parâmetros claros de convivência. Lado outro, os princípios também são imprescindíveis para o equilíbrio e harmonia do sistema jurídico e para a solução de eventuais conflitos de normas, já que espalham clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais intrincadas que sejam.

Justamente em virtude de sua referência a valores como a idéia de justo, de direito, é que os princípios têm função normogenética e sistêmica, conferindo coesão a todo o sistema constitucional.

Paulo Ricardo Schier³⁷ assevera a respeito que,

[...] superadas as concepções jusnaturalistas e metafísicas, bem como aquelas que os tinham como simples fonte normativa subsidiária, os princípios passaram por uma fase de positivação constitucional: as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta-se todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

As novas Constituições têm por base axiológica os princípios. Com uma força diretiva, os princípios iluminam os meandros da realidade onde a aplicação das regras mostra-se incapaz de promover justiça.

A Constituição passa, então, a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, “permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”³⁸.

Paulo Bonavides³⁹ afirma que os princípios constitucionais desempenham três importantes funções na ordem jurídica, quais sejam, fundamentadora, interpretativa e supletiva, representando o alicerce da norma e orientando a interpretação dos textos legais.

Por intermédio dos princípios constitucionais, foram positivados valores éticos, como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o princípio constitucional garantidor da vida (art. 5º, *caput*) e o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inciso IX); valores políticos, como, por exemplo, o princípio democrático (art. 1º) e princípio do pluralismo político (art. 1º, V), e ainda valores jurídicos, como o devido processo legal, princípio do contraditório e o da ampla defesa.⁴⁰

³⁷ *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf. Acesso: 19/08/07.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ob. cit.*, p. 236.

³⁹ *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001,.

⁴⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Constituição como Garantia da Democracia: O Papel dos Princípios Constitucionais, *in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 4, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 493.

Os princípios constitucionais cumprem variados papéis na ordem jurídica, vinculando-se na elaboração de leis, sentenças e atos administrativos. Concretizam-se por meio do processo legislativo, administrativo e judicial e ainda na aplicação e interpretação privada.

O pós-positivismo, fruto do neo-constitucionalismo, vem, assim, afirmando a força normativa e vinculante dos princípios, reconhecendo-os como valores jurídicos supremos, devendo ser observados não só pelo aplicador do Direito, mas também pela Administração Pública, Legislador e toda a sociedade.

Os princípios devem ser perseguidos pelos governantes e pelos governados, sendo necessário que esses valores “possam ter eficácia imperativa, possam ter efetividade vinculante; possam ser reclamados frente a órgãos que garantam a sua aplicabilidade e respeitabilidade; possam ser defendidos contra atos que queiram contradizer seus comandos”⁴¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² define princípio como

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico.

Assim, verifica-se que no estágio atual do Estado de Direito os princípios apresentam-se como verdadeiros filtros constitucionais na aplicação do Direito ao caso concreto, fundamentais em virtude da exigência de justiça requerida diuturnamente pela realidade que vivemos.

8. DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O Direito manifesta-se por intermédio da linguagem. Os enunciados escritos são criados para poder regular as condutas que presumidamente possam vir a ocorrer no meio social.

Os enunciados podem veicular regras ou princípios. Esses enunciados interpretados a partir de um caso concreto ensinam a criação da norma a ser aplicada.

Regras e princípios coexistem no texto constitucional e não diferem sob o aspecto de coercitividade e vigência. Ambos são comandos normativos vinculantes, imperativos e, em sentido *lato*, são normas constitucionais, conforme reconhecimento hoje por parte da maioria dos constitucionalistas.

À vista do princípio da unidade da Constituição, não há que se falar em hierarquia entre princípios e regras, sendo certo que desempenham funções distintas no ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin e Robert Alexy, precursores do reconhecimento da força normativa dos princípios, afirmam que a distinção entre princípios e regras é de caráter lógico.

A tese mais difundida no Brasil é a que defende que a distinção entre princípios e regras é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentabilidade.

⁴¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Ob. cit.*, p. 494.

⁴² *Curso de direito administrativo*. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

Por outro lado, cumpre mencionar que alguns doutrinadores rejeitam a possibilidade ou utilidade da distinção entre regras e princípios.⁴³

A distinção entre regras e princípios em alguns casos é intuitiva. Em outros, é preciso recorrer-se a critérios.

Ana Paula de Barcellos⁴⁴ enumera os critérios mais utilizados pela doutrina para distinguir os princípios das regras, a saber: a) conteúdo: os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, formando uma exigência de justiça, já as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral; b) origem e validade: a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, as regras derivam de outras regras ou de princípios; c) compromisso histórico: os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se pela relatividade de seu conteúdo, dependendo do tempo e lugar; d) função no ordenamento: os princípios conferem unidade e ordenação ao ordenamento jurídico, não guardando as regras essa característica; e) estrutura linguística: os princípios são mais abstratos e, por consequência, aplicam-se a um número indeterminado de situações; f) esforço interpretativo exigido: os princípios dependem de atividade argumentativa para sua aplicação, ao passo que as regras aplicam-se de forma direta; g) aplicação: as regras ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas, isto é, valem ou não juridicamente, já os princípios admitem aplicação mais ou menos amplas, de acordo com as possibilidades físicas ou jurídicas existentes.

Observa-se assim que as regras são específicas, contendo relato mais objetivo, enquanto os princípios são comandos genéricos. As regras estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação, restringindo sua incidência às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios, por sua vez, não obrigam a uma decisão em particular. Para aplicação das regras, basta interpretá-las, já os princípios carecem de concretização.

Quando há contradição entre regras, deve ser afastado o dispositivo colidente, caso não seja possível uma interpretação que dê a ambas sentido compatível. Os princípios, por outro lado, comportam avaliação, não se excluindo um ou outro, havendo acomodação, ponderação com a prevalência de certo princípio no caso concreto.

Destarte, o sistema de princípios é aberto e tem como característica a coexistência dos valores por eles anunciados, dependendo da realidade concreta para a devida ponderação axiológica. Podem incidir sobre uma pluralidade de situações.

Diversamente dos princípios, as regras são ou não válidas, uma vez que a existência do conflito leva à declaração de invalidade de uma delas pela utilização de critérios como o hierárquico e o cronológico.

Assim, as regras submetem-se a parâmetros de validade e vigência. Se válidas, devem ser cumpridas na medida exata de suas prescrições.

A colisão de princípios se restringe ao campo da valoração, e não da validade. Os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção, *in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 1, jan./jun., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 609.

⁴⁴ *Ob. cit.*, pp. 47/51.

de outros princípios aparentemente colidentes, possibilitando encontrar soluções ante situações ambíguas ou mesmo conflitantes.

Assim, se em determinado caso concreto um princípio autorizar certa ação e o outro negá-la, o intérprete deverá afastar um dos princípios, privilegiando o de maior “peso”, isto é, aquele que mais se aproxima da justiça naquele caso específico.

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho,⁴⁵ os princípios possuem função normogenética, por serem fundamentos de normas jurídicas; função sistêmica, em virtude de irradiar por todo ordenamento jurídico; função teleológica ou dirigente, por orientar a atuação dos Poderes do Estado, demarcando seus limites e atuação. Não se pode também deixar de citar a função hermenêutica e integrativa dos princípios.

Ruy Samuel Espíndola afirma que os princípios são multifuncionais porque ganham realizabilidade, tendo em conta três pontos distintos: a) são paramétricos, isto é, servem para aferir a validade/invalidade das leis, sentenças, atos administrativos; b) são vetores de sentido interpretativo, ou seja, impõem que o intérprete empreste à solução o sentido mais próximo do mandamento principiológico; e c) são supridores de lacunas normativas, emprestando seus comandos para encontrar soluções de problemas carecedores de norma jurídica.⁴⁶

Interessante salientar que as regras se aplicam de forma direta, sendo claros os efeitos que pretendem produzir. Já os efeitos que se pretendem obter por meio da aplicação dos princípios irradiam-se a partir de um núcleo básico determinado, semelhante ao que ocorre na aplicação das regras. Contudo, a partir desse núcleo “esses efeitos vão tornando-se indeterminados, seja porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas, etc., seja porque há uma infinidade de situações não previstas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar”.⁴⁷

Justamente nesse espaço indeterminado da aplicação dos princípios é que surgirá a necessidade de observar a ponderação – que deve ser exposta com transparência na fundamentação das decisões.

Robert Alexy defende em sua teoria dos direitos fundamentais que os valores devem ser considerados na ponderação entre princípios em um determinado caso concreto, atribuindo pesos. Confere aos direitos fundamentais uma construção argumentativa racional.

Já Habermas critica a inserção de valores no modelo de princípios de Alexy, afirmando que os princípios e os valores distinguem-se quanto a suas qualidades lógicas, não admitindo a inserção de valores em um modelo de princípios ante a aplicabilidade diversa.

A respeito dessa diferença, Habermas afirma que os princípios refletem um agir obrigatório, sendo válidos ou inválidos, mantendo uma coerência dentro do sistema. Já os valores são apenas preferências compartilhadas, sendo relativos, além de serem flexíveis e sujeitos a tensões. Acrescenta que qualquer tentativa de conferir racionalidade aos valores deve ser considerada

⁴⁵ *Direito Constitucional Didático*. 9ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 245/254.

⁴⁶ Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa: Anotações em torno de Questões Contemporâneas, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 2, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 394/395.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.

frustrada, uma vez que o processo de escolha dos valores está além da lógica.⁴⁸

Cumpra aqui ressaltar que somente os princípios consagrados de forma normativa, como os que definem direitos fundamentais, podem ser considerados espécies de normas jurídicas. Desta forma, os princípios gerais de Direito previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil não podem ser considerados como normas jurídicas no sentido formal do termo.⁴⁹

Referida distinção também é lembrada por Antoine Jeammaud, citada por Eros Roberto Grau⁵⁰, quando afirma que os princípios jurídicos que constituem regras jurídicas pertencem à linguagem do direito e não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas apenas como vigentes e/ou eficazes ou como não-vigentes e/ou não eficazes. Já os princípios gerais do direito pertencem à linguagem dos juristas, sendo proposições descritivas – e não normativas, através das quais os juristas referem o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo. Segundo o mesmo autor, esses princípios gerais do direito poderão ser usados pela jurisprudência para fundamentar uma decisão. Assim, seriam princípios não positivados, mas que podem ser formulados ou (re)formulados pela jurisprudência.

Para Eros Roberto Grau,⁵¹ os princípios que compõem a ordem axiológica do sistema são os princípios explícitos, recolhidos no texto da Constituição ou da lei; os princípios implícitos, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos Constitucionais ou de uma lei; e, ainda, os princípios gerais de direito, que também são implícitos, coletados no direito pressuposto, esclarecendo tratar-se dos “princípios gerais *de* direito” e não dos “princípios gerais *do* direito”.

De se mencionar que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, § 2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que República Federativa do Brasil seja parte”.

É certo que a existência de direitos implícitos decorre da própria atividade hermenêutica. Não obstante, citado dispositivo traz importante reconhecimento de outros direitos fundamentais previstos fora do texto constitucional, funcionando como uma ‘cláusula aberta’ de direitos fundamentais.

Pode-se considerar, portanto, que, além dos direitos fundamentais expressos ou mesmo implícitos da Carta Magna, existem também direitos fundamentais expressos e implícitos fora da Constituição – o que amplia ainda mais o espectro de responsabilidade do aplicador do Direito.

Nesta seara, pode-se afirmar que os princípios a que se atribui força normativa podem ser reconhecidos de forma implícita e explícita tanto no ordenamento constitucional, como também nas leis.

⁴⁸ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Sílvio Dobrowolski, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 151.

⁴⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Ob. cit.*, p. 62.

⁵⁰ *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 144.

9. HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA

A técnica da subsunção utilizada com propriedade no âmbito do juspositivismo, dentro do âmbito do império das regras, não se mostrou suficiente para um direito composto também por princípios.

O desenvolvimento de fórmulas originais no campo da hermenêutica busca conferir maior efetividade às normas constitucionais. Não significa dizer que o método substantivo e os métodos tradicionais da hermenêutica devam ser abandonados. Na realidade, continuam desempenhando importante papel de ferramenta jurídica na solução dos casos concretos ao lado de uma nova e necessária interpretação constitucional.

Justamente em virtude da necessidade de dar soluções efetivas às novas facetas da realidade pós-moderna, busca-se na hermenêutica constitucional a resposta para os mais intrincados problemas. Não obstante, as dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem são questões ainda a serem resolvidas.

É de se reconhecer o esforço da hermenêutica em encontrar soluções satisfatórias, repensando, para tanto, premissas antigas ante o descompasso existente entre os Códigos e a nova realidade.

Para Luís Roberto Barroso,⁵² hermenêutica jurídica “é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.

Interpretar é buscar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, com o fim de fazê-la incidir em um caso concreto, já a aplicação de uma norma jurídica é a sua concretização pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.

Toda norma jurídica deve ser interpretada. Ante as peculiaridades que singularizam as normas constitucionais, estas devem ser apreciadas observando-se as peculiaridades de suas normas, como a superioridade hierárquica; a natureza da linguagem, que apresenta maior grau de abstração; o conteúdo específico e o caráter político.

Não se busca com a interpretação a vontade do legislador, e, sim, a vontade autônoma que emana da norma jurídica, isto é, a *ratio legis*, o fundamento racional que acompanha a norma ao longo de toda sua vigência. Trata-se do que se denomina de interpretação evolutiva, que é um processo informal de reforma do texto da Constituição, consistindo na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação de seu teor literal, tendo em vista as mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais.⁵³

A norma constitucional não traz em si um sentido único, aplicável para todas as situações. O sentido da norma deverá ser desvendado dentro de cada caso concreto, em observância aos princípios a serem preservados e aos objetivos a serem alcançados. Desta forma, a norma abstrata e aberta apenas passa a ter seus contornos definidos diante dos elementos do caso concreto, após a integração subjetiva de princípios realizada pelo intérprete, que deverá buscar um desfecho em harmonia com a Constituição.

⁵² *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103.

⁵³ GARCIA, Maria. *Desobediência Civil – Direito Fundamental*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 146/147.

Existem normas constitucionais que não exigirão, para sua aplicação, nada além do que subsunção entre o fato e a norma. E isto porque dentro do texto constitucional existem várias regras de baixo teor valorativo.

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios, apresentando especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Esses princípios vêm sendo denominados pela doutrina de princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Canotilho⁵⁴ apresenta um catálogo de princípios conformadores da interpretação constitucional que tem como função orientar e canalizar o processo de coordenação dos pontos de vista para solução do problema.

Vale aqui reproduzir tais princípios: a) princípio da unidade da constituição, que preconiza que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas; b) princípio do efeito integrador, que afirma que na solução das questões deve dar-se primazia aos critérios que favoreçam a integração política; c) princípio da máxima efetividade; d) princípio da ‘justeza’ ou da conformidade funcional, que visa impedir a alteração da repartição das funções estabelecidas na constituição; e) princípio da concordância prática ou da harmonização, que busca conseguir uma concordância prática entre os princípios; f) princípio da força normativa da constituição; e g) princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição.

Outros constitucionalistas, dentre eles Hesse e Luís Roberto Barroso, apresentam outras relações de princípios que entendem ter a função de paradigma na interpretação constitucional, com algumas poucas variações. Dentre os princípios instrumentais de interpretação constitucional mais citados estão o princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e princípio da efetividade.

Não há dúvidas de que a interpretação exigida para aplicação prática dos princípios constitucionais é diversa da interpretação das regras legislativas.

Como mencionado, os cânones tradicionais de hermenêutica, apesar de não serem descartados, mostram-se insuficientes para a fixação do sentido e alcance das normas com estruturas de princípios, ante o alto grau de abstração desses, “o que exigirá do intérprete o uso de uma metodologia de concretização ao lado de técnicas de interpretação”⁵⁵, valendo-se de um método referenciado a valores.

A tópica, que é uma técnica de pensamento problemático desenvolvida pela retórica, teve grande influência na interpretação constitucional, principalmente em meados do século XX, fornecendo os alicerces para as teorias hermenêuticas contemporâneas, juntamente com a concepção material da Constituição.

Dentre os métodos da nova hermenêutica mais influenciados pela tópica podem-se enumerar o método concretista de inspiração tópica, idealizado por Konrad Hesse; o método concretista estruturante, de Friedrich Muller; e o método concretista da Constituição aberta,

⁵⁴ *Direito Constitucional*. 6ª ed, Coimbra: Almedina, 1994, p. 228.

⁵⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Ob. cit.*, p. 64.

desenvolvido por Peter Häberle.⁵⁶

Mencionados métodos têm em comum a noção de abertura do sistema constitucional que exige tarefas integrativas tanto do Estado como da Sociedade.

Cumpra também evidenciar a ‘Jurisprudência dos Valores’, que representa uma tendência de diversas Escolas Hermenêuticas, entendendo-se o termo ‘jurisprudência’ como um pensamento orientado a valores. Essa Escola enfatiza o valor como elemento de maior relevância do Direito, explicando que o fato é o suporte dos valores e a norma é um juízo de valor, valor este explícito no princípio e implícito na regra. O valor passa, então, a ser visto como interesse que deve prevalecer e universalizar na sociedade e, como o valor é um fim desejável, deve comandar a interpretação teleológica.

Sustenta Glauco Barreira Magalhães Filho⁵⁷ que a ‘Jurisprudência dos Valores’ volta-se, principalmente, para a interpretação constitucional,

[...] pois os princípios do Estatuto Supremo são valores enumerados de forma racional, ou, ainda, prescrições de valor, as quais irão ter irradiação por todo o ordenamento jurídico, orientando-o e vivificando-o, funcionando como verdadeira *arkhé* ou substância básica da ordem jurídica.

Pode-se afirmar que o neo-constitucionalismo teve delineados seus contornos valendo-se da “Jurisprudência dos Valores” como método de interpretação e também de aplicação do Direito. A partir daí, tendo-se como vetor os valores, desenvolveu-se uma exegese em que se reconheceu a força normativa dos princípios.

Como salienta Glauco Barreira Magalhães Filho,⁵⁸ a nova hermenêutica constitucional, contrariamente à ‘subsunção’, afirma que a criação da norma termina na concretização, quando, com a participação criativa do intérprete, surge a norma de decisão, onde apenas havia o texto da norma. E explica como utilizar o método hermenêutico, afirmando que o juiz deve extrair do texto da norma o programa normativo que estabelece o limite de possibilidades interpretativas suportáveis pela literalidade do texto, determinando em seguida o âmbito da norma, ou seja, o segmento da realidade material a que ela se destina. Afirma que “nesse instante, começará um ir e vir dialético do âmbito da norma ao programa normativo, uma circularidade hermenêutica até que se encontre a interpretação-aplicação-concretização materialmente adequada”.

Ressalte-se que a metodologia da hermenêutica constitucional tem como requisitos de validade os condicionamentos ideológicos de determinada cultura e o compromisso democrático, como resultado do exercício pleno do Estado de Direito.

Aliás, todo o conjunto do sistema jurídico é, ou deve ser, o reflexo do contexto social, político, econômico e cultural de uma determinada sociedade num determinado tempo.

Dentro dessa linha hermenêutica, consideram-se apenas os valores consagrados em princípios e positivados, em geral, na Constituição, utilizando-se da ponderação axiológica

⁵⁶ ROCHA, Alexandre Almeida Rocha. A tópica e a hermenêutica constitucional: subsídios para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Silvio Dobrowolski, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, pp. 19/46.

⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 54.

⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 65.

quando houver colisão entre os princípios.

Assim, a metodologia interpretativa deve ter como elemento de base a ‘ponderação’, que pode ser entendida como um método de solução de antinomias. Na verdade, a ponderação não chega a ser uma técnica interpretativa, e, sim, uma técnica para aplicação dos princípios.

O juízo de ponderação requer a atribuição de pesos diferentes aos princípios para definir, de forma equitativa, qual tem maior força, devendo, portanto, ser aplicado naquele caso concreto. É importante salientar que a antinomia deve ser resolvida sem expulsar nenhum princípio do sistema.

A técnica da ponderação, aplicável aos casos de difícil solução, é associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses e valores, mas ainda não apresenta contornos teóricos determinados.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁵⁹ descrevem a ponderação como um processo a ser realizado em três etapas. Na primeira, o intérprete deve observar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, verificando se existe conflito entre elas. Em seguida, agrupa os diversos fundamentos normativos tendo como critério a solução que estejam sugerindo. Na segunda etapa, examinam-se os fatos, as circunstâncias concretas e sua interação com os elementos normativos. Na terceira, dedicada à decisão, passa-se a examinar os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto, apurando-se os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em choque. Após, observando-se o princípio da proporcionalidade, decide-se qual solução deve prevalecer no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade é também um importante instrumento hermenêutico e, como mencionado, deve ser empregado justamente na última fase da ponderação entre princípios. Proporcionalidade é a “exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido”.⁶⁰ Tem como escopo fazer com que a conduta do Estado se ajuste aos valores constitucionalmente consagrados, “funcionando como elemento de contenção ou proibição de excessos, visando a salvaguardar direitos fundamentais quando estes, por ação ou omissão, estiverem sofrendo restrições”.⁶¹

O princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios, quais sejam, o da *adequação*, o da *necessidade*, e o da *proporcionalidade* em sentido estrito.

Não há como definir, de antemão, um critério estável de solução ou precedência na aplicação dos princípios. Será muitas vezes necessário ao operador do direito recorrer a argumentos morais e avaliar as exigências de justiça do caso concreto para então escolher a melhor solução, “considerando todas as variáveis da situação específica e, em particular, o grau de satisfação do princípio vencedor em relação à ofensa do princípio que foi deixado de lado.”⁶²

⁵⁹ *Ob. cit.*, pp. 183/184.

⁶⁰ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed., Trad. José Lamego, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 603.

⁶¹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, 148.

⁶² POZZOLO, Susanna e Outro, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*, São Paulo: Landy, 2006, p. 108.

Justamente em virtude da necessidade de se moldar um critério estável, afastando o subjetivismo e a insegurança daí decorrentes, J. J. Moreso pretendeu criar um modelo de aplicação dos princípios que fosse controlável racionalmente.

Na proposta de J. J. Moreso, citado por Susanna Pozzolo ⁶³, a ponderação daria lugar a uma hierarquia axiológica móvel entre princípios, tornando racionalmente controláveis e previsíveis as soluções dos conflitos entre os princípios por meio da sua revisão.

Não obstante o esforço do autor, uma definição da hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais que evite as antinomias e reduza a discricionariedade interpretativa não parece possível.

Não há dúvidas de que o papel do aplicador do direito ganha grande relevância na aplicação dos princípios, já que as avaliações de caráter subjetivo acompanham todo o processo, o que dá lugar à discricionariedade judicial. Contudo, esta deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha elegido um valor ou interesse que deva prevalecer, e o controle da legitimidade dessas decisões deve ser realizado pelo exame da argumentação desenvolvida, observando-se as razões que justificaram a precedência de um princípio sobre outro.

10. PONDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Não obstante a força normativa e vinculante dos princípios e o reconhecimento de sua aplicação harmônica em conjunto com as regras, deve-se sempre ter como parâmetro o bom senso na aplicação dos princípios.

Neste aspecto, é importante trazer algumas ponderações a respeito.

Como a normatividade reconhecida aos princípios é fenômeno recente, sua aplicação é ainda um caminho que aos poucos vem sendo desbravado.

Primeiramente, em nome da aplicação dos princípios constitucionais não se pode reduzir todos os enunciados previstos na Constituição da República a princípios.

A partir do momento em que se reconhece a força normativa dos princípios e, observando-se que os princípios se submetem a padrões de peso e qualidade, admitindo-se a ponderação no momento da concretização, é fundamental acautelar-se para não afirmar que todos os enunciados possam ser ponderados ou relativizados – o que seria um grave e perigoso equívoco, colocando em risco a segurança jurídica.

Assim, não se pode pretender tratar todas as normas constitucionais como princípios e, por consequência, relativizar a aplicação de verdadeiras regras em detrimento de outras.

Com efeito, para o funcionamento harmônico do ordenamento jurídico, faz-se necessária a existência de princípios e regras. As regras são fundamentais para conferir segurança e certeza de direção, já os princípios, como exposto, trazem a vantagem de serem imprecisos, e justamente em virtude dessa imprecisão é que são possíveis mudanças normativas, sem necessidade de modificações no texto constitucional.

Não se pode, portanto, ler todo o ordenamento jurídico através de lentes subjetivas

⁶³ *Ob. cit.*, p. 110/120.

– o que daria margens a inúmeras arbitrariedades.

Até mesmo na ponderação de princípios deve o intérprete utilizar-se de métodos da ciência do Direito, não podendo ampliar irracionalmente o alcance principiológico.

Não é razoável, por exemplo, pretender relativizar a regra da exigência de concurso público utilizando-se, para tanto, o princípio da eficiência como argumento.

Também não é sensato utilizar-se o princípio da dignidade da pessoa humana como solução universal para todos os problemas, como se fosse um trator arrancando regras sedimentadas.

É fundamental que o operador do Direito saiba aplicar as regras existentes para determinado caso concreto e, quando estas se mostrarem inadequadas ao caso, saiba se utilizar dos princípios constitucionais, de forma sensata e prudente.

Como salientou Luís Roberto Barroso,⁶⁴ o aplicador do direito, “com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa, motivadamente demonstrar sua compatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento”.

Em virtude de o Direito ser, por vezes, utilizado pelas classes dominantes para imposição e perpetuação de seus interesses, é fundamental que o juiz tenha um espectro de discricionariedade calcada na aplicação dos princípios constitucionais para afastar interesses escusos ou abusivos, revestidos de questionada legalidade.

Lado outro, é imperioso buscar uma racionalidade teórica dos direitos fundamentais justamente para reduzir arbitrariedades na aplicação dos princípios, principalmente em virtude de sua pequena densidade regulativa.

Após a ponderação dos elementos em jogo, a argumentação desenvolvida pelo operador do direito será fundamental para análise da validade da decisão. O julgador deve demonstrar por que optou por aquela solução, descartando a outra.

A argumentação jurídica deve demonstrar os fundamentos normativos que sustentem a opção do operador do direito. Não basta que se utilize apenas do bom senso ou justeza da decisão.

Deve-se evidenciar que o critério utilizado para alcançar aquela solução específica pode ser utilizado como regra geral para situações semelhantes.

A argumentação também deve ter como parâmetro os princípios específicos de interpretação constitucional e princípios materiais. Citadas categorias de princípios devem orientar a atividade do intérprete de forma que, diante de soluções igualmente plausíveis, o intérprete deve percorrer o caminho informado pelos princípios instrumentais e realizar o estado ideal visado pelos princípios materiais⁶⁵.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 259.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ob. cit.*, p. 236.

11. EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS

Eficácia jurídica consiste naquilo que se pode exigir das normas. A norma que tem possibilidade de ser aplicada tem capacidade de produzir efeitos jurídicos.

As regras se caracterizam pela eficácia positiva ou simétrica, ou seja, pela possibilidade de se exigir exatamente o efeito determinado em seu comando.

Como assevera Ana Paula de Barcellos⁶⁶, na medida em que o efeito pretendido pela norma esteja identificado, é esperado que a modalidade de eficácia seja a positiva, uma vez que o propósito de coerção da ordem jurídica é realizar tais efeitos, não se esquecendo também da possibilidade de a eficácia jurídica redundar na nulidade, anulabilidade e ineficácia.

Já com os princípios, as modalidades de eficácia jurídica reconhecidas são a interpretativa, a negativa e a vedativa do retrocesso.

Citada autora explica que a eficácia interpretativa tem aplicação ampla justamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos e da multiplicidade de situações em que os princípios poderão ser aplicados. A eficácia negativa funciona no sentido de impedir que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham ao sentido do princípio. Já a vedação do retrocesso busca impedir que o legislador ignore ou suprima o que já se construiu para efetividade dos princípios constitucionais fundamentais.

Destarte, os princípios apresentam eficácia positiva diversa das regras, já que pela aplicação dos princípios não se pode delinear, de forma clara, o efeito determinado em seu comando.

12. CONCLUSÃO

A turbulência do momento atual é por todos sentida. Alguns se agarram em suas próprias convicções e negam para si mesmos os ventos dos novos tempos. Outros, um pouco mais destemidos, abrem a porta de sua estrutura de segurança e deixam aos poucos entrar esse sentimento inegável de mudança.

O fato é que não se pode negar o óbvio: a inquietude do momento globalizado em que vivemos exige uma nova leitura do Direito, uma nova postura do operador do Direito, uma nova forma de compreender o Estado, que já não se mostra tão soberano como antes, uma vez que usufrui de uma “soberania compartilhada”.

Essa nova leitura, paradoxalmente, resgata o *constitucionalismo* como âncora hermenêutica do sistema. Paradoxalmente, porque o sentimento de resgate humano propalado com a promulgação da Constituição não vingou, relegando, de início, a Carta Magna a um plano de descrédito e frustrações, carregando consigo o próprio Estado.

O neo-constitucionalismo ressalta a vinculatividade da Constituição, buscando adequada solução às hipóteses de colisões normativas, empregando uma dogmática principialista.

Os princípios têm posição privilegiada na pirâmide normativa, sendo a expressão suprema da normatividade que fundamenta a organização do poder. A leitura do Direito deve necessariamente passar pelo filtro axiológico dos princípios. A democracia brasileira ficará re-

⁶⁶ *Ob. cit.*, pp76/82.

legada a uma estatueta de destaque na prateleira constitucional se os valores éticos, políticos e jurídicos veiculados pelos princípios constitucionais não forem reconhecidos como verdadeiro direito que são.

O Direito Constitucional tem como desafio continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania, abarcando e harmonizando toda a diversidade que eclode ainda no escuro.

É preciso muita prudência nesse momento de transição entre o moderno e o pós-moderno, em que tudo é ambíguo, multiforme, e, usando-se da clássica expressão marxiana, em que “tudo o que é sólido se desmancha no ar”.

De qualquer forma, não podemos nos dar ao luxo de vendiar os olhos sob o argumento de esperar a turbulência passar. O operador do direito tem o dever ético de enfrentar o desafio e encarar o universo principiológico existente no ordenamento jurídico, não com olhar de quem aprecia uma paisagem distante, mas sim com olhos de quem encontra uma ferramenta concreta e necessária para o ajuste da engrenagem do direito.

Imprescindível, portanto, que se discuta e se deixe sentir essa crise do Direito e do Estado, buscando-se, ao meio da penumbra, uma luz para guiar os passos ainda trêmulos, mas que, com certeza, encontrarão a segurança e o compasso necessários para buscar de forma firme o caminho para a compreensão.

13. ABSTRACT

A short analysis of the crisis that is affecting law in this postmodern historical era and the nowadays presented neoconstitutionalism nuances is made in this article. To achieve these aims, it was necessary to demonstrate the several implications caused by globalization in the world of law as well as the aspects of the postpositivism, focusing, within the constitutional interpretation, the enforcing of its principles as a true normative rule of law.

Key words: *Neoconstitutionalism. Globalization. Postmodernism. Postpositivism. Constitutional interpretation. Constitutional principles.*

14. REFERÊNCIAS

AGUADO, Juventino de Castro. As novas formas do Estado e do Direito em Tempos de Pós-Modernidade – Uma visão sócio-jurídica do poder, *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, vol. 81, ano 7, set/2006, pp. 11-19.

_____ e CUNHA, Antônia Ap. Mendes de Salles. Os princípios Constitucionais, as lacunas do Direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos, in *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, nº 79, set/out 2006, São Paulo: Thomson, pp. 117 - 145.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neo Constitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), in *Revista de Direito Constitucional e*

Internacional, ano 15. n.58, jan-mar/2007, Diretor Celso Bastos. Coordenadora Maria Garcia. Revista dos Tribunais, pp. 129/173.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ e BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 2, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 167/210.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição, in *Constituição Federal 15 anos Mutaçao e Evoluçao*, coordenador André Ramos Tavares e Outros, São Paulo: Método, 2003, pp. 9/31.

BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Sílvia Dobrowolski, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, pp. 131 a 155.

CAMPOS, Roberto. *O Século Esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernando. As lacunas no direito constitucional. *Revista de informação legislativa*, nº 90, abril/junho, Brasília, 1986, pp. 94/95.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo reflexivo, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, 1996.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed, Coimbra: Almedina, 1994.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*, São Paulo: Landy, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Constituição como Garantia da Democracia: O Papel dos Princípios Constitucionais, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 4, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 485/499.

_____. Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa: Anotações em torno de Questões Contemporâneas, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 2, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 393/426.

FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um Instrumento Efetivo de Cidadania, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, coordenador Paulo Bonavides, jan-jun/2003, Belo Horizonte: Del Rey, pp. 571-711.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil – Direito Fundamental*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- PEREIRA, Rodolfo Viana, *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do Constitucionalismo Moderno sob os influxos da Globalização, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, coord. Sílvio Dobrowolski, Florianópolis/SC: Diploma Legal, 2000.
- PRADO, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Novos Conceitos, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, coordenador Sílvio Dobrowolski. Florianópolis/SC: Diploma Legal, 2000, pp. 253/281
- ROCHA, Alexandre Almeida Rocha. A tópica e a hermenêutica constitucional: subsídios para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, in *A Constituição no Mundo Globalizado*, org. Sílvio Dobrowolski, Florianópolis, Diploma Legal, 2000, pp. 19/46.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma Distinção, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, org. Paulo Bonavides, n. 1, jan./jun., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.607/630.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf. Acesso:19/08/07.
- STRECK Luiz Streck. Da interpretação de textos à concretização de Direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, coord. Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, n. 6, jul/dez. pp. 561, 607.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Hermenêutica e Concretização da Constituição. As Possibilidades Transformadoras do Direito, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, coordenador Paulo Bonavides, jan-jun/2003, Belo Horizonte: Del Rey, pp. 682 -712.



DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Sandra Maria da Silva¹

RESUMO:

Esse artigo faz uma abordagem do direito de filiação enquanto direito fundamental. Enfoca, principalmente, a polêmica acerca da necessidade de se comprovar, ou não, a existência de um vício de consentimento, no momento do reconhecimento da paternidade, para anular parcialmente o registro; ou se apenas a inexistência do vínculo genético, comprovada através do Exame de DNA, já é suficiente para afastar a paternidade registral, conforme recentes decisões judiciais.

Palavras-chave: Direito Fundamental à Filiação - Negatória de Paternidade - Vício de Consentimento - Exame de DNA

SUMÁRIO:

1. Direito Fundamental à Filiação e a Negatória de Paternidade – 1.1 A Filiação como um Direito Fundamental – 1.2 Ação Negatória de Paternidade – 1.3 Vícios de Consentimento – 1.4 A questão debatida – 2. Conclusão – 3. *Abstract* – 4. Referências.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Nos últimos tempos, tem se instaurado uma grande polêmica nos Tribunais brasileiros a respeito da necessidade de o pai registral comprovar em juízo a existência de vício de consentimento - erro, dolo, coação ou simulação - no ato de seu reconhecimento, para desconstituir o registro da paternidade que foi afastada biologicamente, ou se a simples comprovação de sua falsidade já é suficiente para deferir o pedido.

A questão é complexa, pois envolve o direito fundamental à filiação biológica, a possibilidade de o pai registral beneficiar-se da própria torpeza e, ainda, da desconstituição prejudicar os interesses de terceiro, no caso o filho, geralmente menor, que sequer participou do ato.

1.1 A Filiação como um Direito Fundamental

Sílvio Rodrigues conceitua a filiação como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”². Mas o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 distingue o parentesco natural do civil, aquele que resulta de origem diversa da consanguinidade, tanto pela adoção como pela reprodução humana assistida heteróloga. Assim, conforme salienta Gustavo Tepedino, hoje, a filiação “é a relação de

¹ Promotora de Justiça da Comarca de Uberaba/MG. Especializada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba/MG. Especializada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP. Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito pela Universidade de Franca/SP. Autora do livro *Direito de Filiação: o valor do Exame de DNA*.

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6. p. 291.

parentesco que se estabelece entre pais e filhos”³.

Essa concepção coaduna-se com o conceito jurídico de família adotado pela Constituição Federal de 1988, cujos princípios já eram encampados pela evolução social, pela doutrina e pela jurisprudência. A Carta Magna outorga uma especial proteção à família, considerada a base da sociedade, e garante os direitos fundamentais da criança e do adolescente⁴ que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano (artigo 5º), mas tal ênfase demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

O § 7º do artigo 226 da Constituição da República adota a liberdade para o planejamento familiar; todavia, impõe o respeito a dois princípios essenciais: a **dignidade humana** e a **paternidade responsável**.

O direito à preservação da **dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, inciso III) é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, desse modo, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal.

A dignidade da pessoa humana, hoje garantida em praticamente todas as constituições como o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, abrange várias categorias de direito, dentre as quais, o **direito ao nome e ao estado de filiação determinado**. Portanto, a preservação da dignidade inclui o direito à própria identidade genética da pessoa, que abrange não só o direito ao nome familiar, mas também o direito à sua historicidade pessoal, ao conhecimento da identidade de seus pais.

Assim, embora o direito ao conhecimento da ascendência genética não se encontre expresso dentre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ele integra a própria identidade pessoal do indivíduo e, por isso, é um dos traços da dignidade humana.

Esse entendimento é corroborado pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível; pela Lei nº 8.560/92, que deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas ao instituir a “averiguação oficiosa”, independente da iniciativa da genitora, e que pode culminar com a ação proposta pelo Ministério Público, quando frustrado eventual acordo; e pelo artigo 1.601 do Código Civil de 2002, que tornou imprescritível a contestação da paternidade.

Esse princípio tem orientado as decisões jurisprudenciais, no sentido de que, nas ações de estado, deve-se privilegiar a verdade real, *in casu* a biológica, em detrimento da verdade formal constante no registro.

Por seu turno, a **paternidade responsável** foi adotada como um princípio constitucional norteador e vincula-se ao “método interpretativo *the best interest of the child*”, como

³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 445.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵. Assim, todo cidadão brasileiro tem o direito, constitucional, de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade. E, obviamente, aqueles cuja paternidade (ou maternidade) não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar sua ascendência genética.

Nos termos do artigo 1.597 do Código Civil, a paternidade é presumida durante a constância do casamento, considerado o prazo de cento e oitenta dias após a convivência conjugal e trezentos dias subsequentes à sua dissolução; nos casos de fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Tal presunção pode ser contestada nos termos do artigo 1.601 do mesmo *Codex*.

Quando não houver a presunção, o reconhecimento espontâneo da paternidade pode ser feito no registro do nascimento, por escritura pública, escrito particular, testamento, ou qualquer outra forma que manifeste expressamente a vontade do pai; mas, uma vez feito, é irrevogável (artigos 1.609 e 1.610), exceto por erro ou falsidade do registro (artigo 1.604).

1.2 Ação Negatória de Paternidade

As ações de estado são aquelas em que as partes reivindicam ou denegam a existência de uma qualidade jurídica referente à filiação. Sílvio de Salvo Venosa define as ações de estado como “aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado.”⁶

A ação de investigação de paternidade é imprescritível, nos termos do artigo 1.606 do Código Civil de 2002, o qual encampou o entendimento já vigente na doutrina e jurisprudência, e reiterou os termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Por seu turno, o artigo 1.601, acima citado, trouxe uma importante novidade: que é a imprescritibilidade da ação de contestação da paternidade pelo marido, uma vez que, nas palavras de Maria Helena Diniz, “a presunção de paternidade não é *juris et de jure* ou absoluta, mas *juris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidi-la provando o contrário.”⁷

Essa inovação fortalece a tendência atual de se preservar a verdade real e biológica nas ações de filiação, propiciada pelos avanços da genética, com o advento da perícia do exame de DNA.

Por outro lado, a possibilidade de um pai, após anos de convivência, poder contestar a paternidade do filho havido durante o casamento causa certa inquietação nas relações familiares. Como ressaltam alguns autores, a paternidade não é um vínculo apenas biológico, mas também psicológico, moral e sócio-cultural e é a afetividade que cria as condições para o crescimento salutar da criança.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 522.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 34.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 11. p. 313.

Mas, há de se considerar também que a dúvida quanto à existência do vínculo biológico prejudica o relacionamento e a própria afetividade dos envolvidos, sendo, portanto, justificável a inovação trazida pelo Código Civil de 2002.

1.3 Vícios de Consentimento

O legislador brasileiro considerou a vontade como o elemento essencial de todo e qualquer ato ou negócio jurídico, vontade essa que tem de se manifestar de forma livre e espontânea, para propiciar a criação, a modificação ou a extinção das relações jurídicas.

Assim, quando a vontade expressa não corresponder ao intento subjetivo do declarante, seja por um defeito na própria formação da vontade ou por um equívoco na sua declaração, diz-se que houve um vício do consentimento, o qual pode ocorrer por erro, dolo, coação, simulação ou fraude (artigos 138 a 184 do Código Civil), possibilitando a anulação do ato ou negócio jurídico.

O erro é a falsa expressão da realidade; ocorre quando a vontade emitida está em desacordo com a realidade, tanto nos casos em que o declarante tem uma noção equivocada da realidade, como por ignorância. O erro capaz de produzir a anulação do ato ou negócio é aquele essencial, que atinge a própria determinação da vontade e interfere na elaboração do ato, ou seja, se não existisse, o declarante realizaria o ato ou negócio de forma diferente ou não o realizaria (artigo 138 do Código Civil⁸).

O dolo ocorre quando a falsa noção da realidade, que induz o declarante a praticar o ato ou negócio jurídico, deriva do emprego de um artifício alheio intencional.

Coação é a pressão, física ou moral, exercida sobre o contraente, para obrigá-lo a efetuar o ato ou negócio jurídico. Para viciar a declaração da vontade e, conseqüentemente anular o ato, a coação deve causar ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens (artigo 151 do Código Civil).

A simulação é a declaração artificiosa da vontade, intencionalmente em desacordo com a vontade interna, no intuito de produzir um efeito diverso daquele aparentemente indicado. Na simulação, ambas as partes têm ciência do artifício, já que seu intento é a ilusão de terceiros.

Na fraude, o prejuízo é volitivamente causado aos credores, já que se consiste na perpetração, pelo devedor, de atos maliciosos que desfalcam o seu patrimônio, no intuito de furtá-lo da cobrança de dívidas.

1.4 A questão debatida

No caso em comento, o artigo 1.604 do Código Civil estabelece que *“ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”*.

Certamente, o erro indicado no texto legal abrange, também, as hipóteses em que o equívoco no registro de nascimento ocorreu por indução dolosa ou simulação, e quando o declarante estava sob coação.

⁸ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Mas a questão que se coloca é se apenas a falsidade da paternidade indicada no registro, comprovada através do Exame de DNA, já caracteriza um erro e é suficiente para deferir o pedido da ação negatória, que, na verdade, trata-se de uma anulação parcial de ato jurídico; ou se o pai registral deve comprovar em juízo a existência do vício de consentimento que o levou a efetuar o registro.

Os artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil e o artigo 1º da Lei nº 8.560/92 são claros ao estipular que o reconhecimento de filho é irrevogável, nos mesmos termos da adoção. Assim, em uma análise preliminar, admitir que aquele que efetuou a declaração falsa, sem qualquer vício de consentimento, pode vir posteriormente em juízo requerer a anulação de tal ato, é afrontar o princípio de que ninguém pode alegar a própria torpeza a seu favor - *neminem auditur propriam tupiditinem allegans* -, consubstanciado no artigo 150 do Código Civil⁹.

Ademais, tal anulação prejudica os interesses, ao menos materiais, do filho, geralmente menor, que sequer participou do ato, instituindo verdadeiras paternidades temporárias, condicionadas ao sucesso da relação entre o declarante e a mãe do filho reconhecido.

Como pontua Miralda Dias Dourado de Lavor,

A permissibilidade do artigo 1604 do atual Código Civil (correspondente ao artigo 348 do Código revogado) não pode servir de estímulo a paternidades temporárias. A situação é muito comum ao término de concubinatos quando, então, o homem resolve requerer a anulação do reconhecimento da paternidade outrora efetuado, sob alegação de não corresponder à verdade. Embora acolhida por alguns Tribunais, a tese deve ser rechaçada, sob pena de se permitir a alegação da torpeza em benefício próprio e, ainda, sob pena de se inserir no ordenamento jurídico a figura do pai temporário. Além do que, o ato jurídico não viciado configura a chamada “adoção à brasileira”, que tal qual a adoção legal, deve ser tida como irrevogável.¹⁰

Esse posicionamento também é explanado por Arnaldo Rizzardo, quando salienta que o arrependimento do reconhecimento não justifica o ajuizamento da negatória de paternidade, já que “ninguém pode invocar a própria torpeza, ou beneficiar-se de uma ilegalidade praticada conscientemente”¹¹.

Assim, uma vez feito o reconhecimento espontâneo, de forma consciente e sem qualquer vício de consentimento, não teria o pai (ou mãe) o direito de renegá-lo posteriormente.

Noutro norte, como já salientado, a família é considerada constitucionalmente como a base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado. A Carta Magna impõe a observância de uma absoluta prioridade aos interesses da criança e do adolescente, sem olvidar da preservação da dignidade da pessoa humana.

O advento da prova pericial do Exame de DNA, para fins de determinação do vínculo genético, propiciou o conhecimento da verdade real nas ações de estado. O bem jurídico tutelado no direito ao conhecimento da identidade genética é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome

⁹ Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

¹⁰ LAVOR, Miralda Dias Dourado de. *A coisa julgada nas ações de estado de filiação*: a conciliação de institutos constitucionais. 2000. 59 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual)-Universidade de Uberaba, 2000.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei nº 10.406 de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 502.

de família, que aponta a sua ascendência genética; e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, na concessão de determinados direitos de cunho patrimonial.

O **verdadeiro** estado de filiação integra a identidade do indivíduo e está amparado constitucionalmente, por ser elemento da própria dignidade da pessoa, que é considerada como um dos fundamentos do Estado.

Conforme ressaltado, a inovação do artigo 1.601 do Código Civil enfatiza a intenção do legislador de privilegiar a busca da verdadeira paternidade e preservar a identidade e a dignidade do filho; embora seja certo que tal possibilidade também causa certa insegurança jurídica e prejudica os laços afetivos já existentes.

Mas também não é menos verdadeiro que, a partir do momento em que o pai registral busca desconstituir judicialmente a paternidade então estabelecida, tais laços afetivos já estão comprometidos.

Desse modo, a paternidade sócio-afetiva, na verdade, não tem como ser considerada nesses casos, pois os vínculos se romperam no momento em que se questionou a paternidade e, muitas vezes, a manutenção de tal paternidade, de modo impositivo, pode causar até uma animosidade prejudicial ao próprio desenvolvimento do filho.

Ana Paula de Barcellos lembra que “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”¹²

É exatamente sob esse prisma que se deve analisar essa questão. O direito à busca da verdadeira filiação advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à sua identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que “a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada.”¹³

Portanto, sendo a paternidade/maternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido. E esse direito é uma via de mão dupla, tanto em relação ao filho, como aos pais.

Não se questiona que o filho sempre poderá buscar sua verdadeira paternidade ou maternidade, uma vez que possui o direito fundamental e imprescritível de conhecer a própria ascendência. Na verdade, o prazo constante no artigo 1.614 do Código Civil sequer deveria existir, pois, como ressaltado, a preservação da dignidade do filho, com a busca de sua verdadeira identidade pessoal, deve prevalecer sobre quaisquer normas infraconstitucionais.

Também não se duvida de que, uma vez caracterizada a existência do vício de consentimento, o pai registral poderá anular a sua declaração viciada, independente dos laços afetivos que estejam estabelecidos.

Então, uma vez que se busca a preservação da verdadeira paternidade, que o direito à filiação - verdadeira - é um traço da própria identidade da pessoa, impedir a anulação do registro falso, ainda quando não demonstrado o vício, configura, na verdade, uma afronta à

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

¹³ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

dignidade do pai registral e, principalmente, do filho, por perpetuar uma falsa identidade, já descaracterizada biologicamente.

Gustavo Tepedino, após analisar as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, relativas à filiação, conclui:

A imprescritibilidade das ações de estado, decorrente dos princípios caracterizadores da nova ordem pública constitucional, e agora positivada no art. 1601, parece suficiente para autorizar a desconstituição da presunção e a determinação da verdade biológica, ainda que inocorrendo erro ou falsidade do primeiro registro, que se pretende cancelar”.¹⁴

A questão ainda é muito controvertida na jurisprudência, sendo que o entendimento até então majoritário de que a anulação da paternidade só é possível se o suposto pai tiver sido induzido a erro, registrando a criança por acreditar que é o pai biológico, parece estar modificando, no sentido de que a falsidade da paternidade biológica já configura um erro essencial, capaz de justificar a anulação do registro.

Vários julgados já apresentam o entendimento de que a verdade registral fictícia não pode prevalecer quando descaracterizada pela verdade real e incontestável, baseada em prova de irrefutável credibilidade, como é o caso do exame de DNA:

EMENTA: NEGATIVA DE PATERNIDADE - REGISTRO CIVIL - VÍCIO DO ATO JURÍDICO - ERRO - OCORRÊNCIA - REALIZAÇÃO DE DOIS EXAMES DE DNA QUE CONCLUÍRAM PELA AUSÊNCIA DE PARENTESCO PATERNO - RECURSO PROVIDO. Comprovado que o exame de DNA concluiu pela negativa da paternidade e, não estampando os autos provas diversas capazes de desconstituir o alegado vício de consentimento (erro) em que incorreu o autor quando do reconhecimento da paternidade do menor, imperiosa se torna a procedência do pedido inicial para que seja declarada a negativa de filiação. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0027.05.067985-4/001 - Comarca de Betim - apelante(s): G.L.D.D. - apelado(a)(s): M.S.M.D., representado(a)(s) por sua mãe E.M.S. - Rel. Des. Edilson Fernandes. Data do acórdão: 18/03/2008. Data da publicação 23/04/2008).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL NO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE. INVALIDADE PRESENTE. RECURSO PROVIDO. 1. As ações negatórias de paternidade, por serem ações constitutivas negativas e de estado, são imprescritíveis e não estão sujeitas à decadência. 2. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável, desde que válido. 3. Comprovada, através de exame de DNA, a existência de erro essencial, revela-se inválido o reconhecimento voluntário de paternidade. 4. Apelação cível conhecida e provida para afastar a decadência e acolher a pretensão inicial. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.07.187182-9/001 - Comarca de Uberaba - Apelante(S): L.C.R.C. - Apelado(A)(S): L.S.C. Representado(A)(S) por sua Mãe M.A.S. - Relator: Des. Caetano Levi Lopes).

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 462.

EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. - Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. - A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. - A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade. - Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. - E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das consequências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido (STJ - Recurso Especial nº 878.954 - RS (2006/0182349-0) - Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 07.05.2007, p. DJ 28.05.2007, p. 339).

Todavia, deve-se atentar para que essa prova pericial seja realizada com a observância dos requisitos pertinentes, pois a precisão de seus resultados depende dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Como não existe no Brasil qualquer regra procedimental para a elaboração do Exame de DNA, e dada à sua atual importância para as ações de estado, o interesse social em voga, bem como as específicas atribuições ministeriais outorgadas pela Lei nº 8.560/92, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais coordenou um Grupo de Estudo, integrado pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Divisão de Laboratório do Instituto de Criminalística da Polícia Civil Mineira; Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais; Vigilância Sanitária Estadual/MG e vários laboratórios e entidades privadas do Estado de Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Distrito Federal, o qual **elaborou um documento propondo a regulamentação, jurídica e técnica, do Exame de DNA**, buscando garantir não só a segurança jurídica das partes, como a observância dos rigores técnicos da perícia.

Aludido estudo foi encaminhado à **Deputada Federal Jô Moraes**, que apresentou ao Congresso Nacional o **Projeto de Lei nº 1.497/2007**, no dia 04 de julho de 2007, visando tal regulamentação, sendo que o projeto ainda se encontra em trâmite.

O Projeto de Lei remete a um **Regulamento Técnico**, o qual também foi elaborado pelo Grupo de Estudos acima referido, e estabelece os procedimentos de identificação das partes, coleta das amostras, técnicas admitidas e os padrões mínimos de cada uma, requisitos

do laudo, dentre outros.

Essa regulamentação, com certeza, auferirá ainda maior credibilidade ao Exame de DNA e contribuirá para a garantia da busca do direito fundamental à verdadeira filiação.

2. CONCLUSÃO

É de se salientar que os aspectos da *quaestio* aqui analisada não são meramente legais, pois são evidentes as suas implicações sociais e psicológicas.

A admissão da negatória, em caso de comprovação biológica da falsidade da paternidade, sem a comprovação do vício de consentimento, em tese, afronta o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, além de trazer, em si, um potencial prejuízo ao filho.

De outro norte, verifica-se que o direito à verdadeira filiação é garantido constitucionalmente e a manutenção de uma paternidade falsa, em última análise, prejudica os interesses das partes envolvidas, mormente do filho, cuja identidade resta obscura e inescrutável.

Ademais, não se pode, sequer, alegar que o reconhecimento anteriormente feito está sendo anulado de forma unilateral, pois o caso submetido ao Judiciário observa a preservação do contraditório, e os direitos do filho estão sendo devidamente defendidos no trâmite processual.

Note-se que a continuação da paternidade falsa pode, inclusive, causar situações esdrúxulas e perigosas, como a possibilidade de casamento entre irmãos.

E mais, em que pese o interesse particular das partes envolvidas, o estado de família, sobretudo o de filiação, é de interesse público, devendo-se, assim, buscar a verdade real.

Desse modo, uma vez caracterizado o erro substancial, qual seja, a paternidade registral que não condiz com a verdade biológica, deve-se admitir a sua modificação ou revogação, para adequar a verdade real à verdade jurídica do parentesco consanguíneo, já que o conhecimento da ascendência genética integra a identidade do indivíduo, é um traço de sua dignidade e, como tal, deve ser preservado e assim interpretado.

3. ABSTRACT:

This article encompasses kinship rights as a fundamental right. It mainly focus on the polemic about the need to prove, or not, the existence of a consenting vice at the time of acknowledging paternity, to partially annul the registration; or if just the non-existence of the genetic link, proved through DNA test, is already enough to deny registration of paternity, as per recent judicial decisions.

Key-words: *Fundamental kinship rights. Denial of paternity. Consenting vice. DNA test.*

4. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 11.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LAVOR, Miralda Dias Dourado de. *A coisa julgada nas ações de estado de filiação: a conciliação de institutos constitucionais*. 2000. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual) -Universidade de Uberaba, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: lei nº 10.406 de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.



CONTRATO DE ADESÃO E O CDC – ABUSIVIDADE E CONTROLE PRÉVIO

Éclair Gonçalves Gomes¹

RESUMO:

O presente trabalho declina sobre a abusividade encontrada nos contratos de massa, contrapondo-se aos objetivos desejados pelo Estado Social, uma vez que se observam práticas contratuais desequilibradas as quais se opõem à harmonização de interesses. Sendo assim, é premente a necessidade de inovação e revisão no campo repressivo e no campo preventivo. Os mecanismos renovados e massificados das relações comerciais, procedidos de forma molecular, por meio do processo de produção em série, concretizam-se nos chamados contratos de adesão, que têm o poder de acompanhar a velocidade da produção. Dessa forma, as relações de consumo somente ocorrerão de modo harmônico com o controle efetivo dos contratos massificados e das cláusulas abusivas, sobretudo no aspecto do controle administrativo.

Palavras-chave: Relações contratuais abusivas. Desequilíbrio social. Preponderância do poder econômico.

SUMÁRIO

1. Introdução – 1.1 Fatos históricos/sociais – 2. Contrato de adesão – 3. Conceituação – 4. Caracterização – 5. As cláusulas gerais – 6. A intervenção do Estado – 7. O Código de Defesa do Consumidor – 8. Os contratos de adesão e as cláusulas abusivas – 9. Conclusão – 10. *Abstract* – 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXII, elevou a proteção do consumidor à categoria de *direito fundamental*. E, ainda, nos dispositivos destinados à Ordem Econômica e Financeira, no artigo 170, inciso V, foi contemplado como *princípio geral*. Em cumprimento a esse propósito, veio a lume, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078. Esse CDC, de natureza hierárquica Complementar à Constituição, consiste num micro sistema de direito material e processual, civil e penal. No que diz respeito aos seus dispositivos de natureza administrativa, a efetivação e complementação se encontra no Decreto Federal nº 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Esse Decreto estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC, revoga o Decreto 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências.

A edição do Decreto nº 2.181/97 resultou em avanço normativo de relevância para a defesa do consumidor, pois integrou todos os órgãos de Defesa do Consumidor ao Sistema Nacional; uniformizou os procedimentos administrativos e dotou os Órgãos Oficiais de Defesa do Consumidor de instrumento que oportuniza a efetivação concreta da aplicação do Processo Administrativo por meio da regulamentação dos procedimentos.

¹ Professora de Direito do Consumidor e Legislação Turística. Especialista em Direito Público. Advogada.

1.1. Fatos históricos/sociais

Com as profundas transformações ocorridas no final do século XIX e início do século XX, marco da revolução industrial e comercial, surge o processo massificado das relações industriais e comerciais, e, para acompanhá-lo, mecanismos diferenciados passaram a se evidenciar, como, por exemplo, os chamados contratos de massa.

Devem ser os elementos norteadores do modelo contratual: a função social, a boa-fé objetiva e a equidade. Porém, observa-se que, na prática, esses princípios têm sido violados pela supremacia do poder econômico.

Diante de tal paradoxo, justifica-se a forte intervenção do Estado (dirigismo contratual) no controle e na regulação das disposições contratuais, principalmente nos contratos de adesão.

Decorrente de uma profunda lacuna, o Código de Defesa do Consumidor torna-se instrumento legítimo e necessário de proteção e defesa do consumidor e, sobretudo, no que tange à parte contratual, já que os contratos de adesão ou contratos de massa são instrumentos usados pelo novo sistema massificado para a comercialização dos mais diferentes produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

A multiplicidade da natureza comercial, tais como comércio eletrônico, shoppings virtuais, telemarketing, *et cetera*, requer mecanismos renovados da tutela conferida aos consumidores.

2. O CONTRATO DE ADESÃO

A nomenclatura contrato de adesão tem sua origem dada pelo doutrinador francês Raymundo Saleilles, em 1901.

Para iniciar este trabalho, ressalta-se o brilhante pensamento de BUENO²:

O contrato não é uma invenção ou criação da lei, sim uma expressão da natureza e razão humana, é uma convenção ou mútuo acordo, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam para com uma outra, ou mais de uma, a prestar, fazer ou não fazer alguma coisa. É um ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física.

O contrato traduz-se no acertamento amistoso e preliminar amplamente discutido entre duas ou mais pessoas do objeto a ser contratado, sendo ele das mais diferentes formas possíveis, encontrando sua garantia e efetivação por meio dos efeitos jurídicos, lastreados dentro dos princípios gerais de direito.

Para REALE³, “como fato social e histórico o direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas

² BUENO, J. A. PIMENTA. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. S.l.: s.n., 1978, p. 395-396, apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18.

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., ajust. ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

estruturas normativas”.

No entendimento de NOVAIS,⁴

O contrato, que tem o modelo liberal como seu paradigma, cujo princípio máximo é a autonomia da vontade, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual. Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, já há muito vêm tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe.

O contrato tradicional, que vigora sob a égide da autonomia da vontade das partes *pacta sunt servanda* e focado de acordo com o Estado liberal, perde a sua eficácia face ao modelo nascente de uma sociedade originária e decorrente da revolução industrial e comercial. Evidencia-se o distanciamento das possibilidades de tratativas interpessoais e bilaterais diante da comercialização em massa, estabelecendo novos paradigmas a ser enfrentados pelo direito. Nesse contexto, surge um novo modelo de contratação com técnicas e formas diferenciadas da figura contratual clássica.

A produção em série, a venda a distância, o comércio eletrônico, os shoppings virtuais e tantas outras práticas não mais comportam tratativas nos moldes clássicos do contrato. Sendo assim, o contrato de adesão se apresenta como a força motriz capaz de ser o elo entre fornecedor e consumidor nas transações comerciais vigentes.

Nesse ponto, é oportuno é reproduzir o pensamento do professor JURANDIR SEBASTIÃO⁵, que assim escreve:

Em verdade o homem é conduzido e movido a consumir o que é previamente produzido e que se encontra disponível. Diante da falta de opção, na ordem prática, para a sobrevivência material, pode-se dizer que o homem é “obrigado” a consumir o que foi produzido em escala, e a viver conforme o padrão dominante. Essa é a autêntica característica da sociedade de consumo.

Com a maestria salientada pelo autor, mais uma vez se verifica a imposição do processo massificado, reproduzido da mesma forma nos chamados contratos de adesão, no qual o consumidor é compelido a uma aceitação contratual sistêmica e passiva.

3. CONCEITUAÇÃO

No entendimento da professora MARQUES⁶,

⁴ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. Vol. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67-68.

⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. **Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal**. Item 7. A responsabilidade civil e a sociedade de consumo. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, Vol. 8, n° 8, p. 11-40, maio de 2005.

⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 714.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual e não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

De acordo com o dizer de FONSECA,⁷ o contrato de adesão pode ser entendido

[...] como um tipo contratual cujo conteúdo tenha sido elaborado, parcial ou totalmente, de forma abstrata, por uma das partes, e oferecida à outra, a quem caberá somente aceitar ou não aquele conteúdo, sem qualquer possibilidade de discuti-lo. É pegar ou largar.

Evidencia FONSECA,⁸ em relação a esse contrato:

As relações negociais do mundo moderno estão entretidas por esse tipo novo de contrato. O indivíduo desapareceu como pessoa humana a quem se deve todo um determinado tipo de consideração para se ter em vista somente o número do cliente. Há uma crise de identidade. Não interessa a pessoa, mas o número do cliente, ou até mesmo o número do contrato. O contrato de adesão tem como uma de suas características a *ausência de discussão preliminar das condições contratuais* e, conseqüentemente, a *determinação unilateral do conteúdo contratual* pela parte economicamente mais forte ou mesmo por um terceiro. A vontade do aderente só aparece posteriormente, para chamar ao mundo da eficácia jurídica aquela manifestação unilateral de vontade. No confronto entre o estipulante, aquele que elabora e redige previamente as condições contratuais, e o aderente, há diferenças fundamentais de ordem sociológica que interferem na realização de contrato. Enquanto o estipulante tem a seu favor a sua qualidade de *profissional* e também o *tempo de reflexão*, que teve para elaborar, segundo sua conveniência, as condições contratuais, o aderente assume, na maioria absoluta dos casos, uma posição de *passividade*, que o leva a aceitar as condições que lhe são impostas, sem compreendê-las adequadamente ou muitas vezes sem até mesmo lê-las, e ainda uma situação de *inferioridade* ou *ausência de previsão*, pois que não conhece previamente as cláusulas contratuais a que há de sujeitar-se.

Como se verifica, o aderente fica enquadrado dentro de condições impostas que não lhe permitem qualquer discussão ou discordância.

O ceticismo da modalidade contratual em relação ao aderente torna-o sem opção, uma vez que ele não encontra alternativa a não ser a aceitação diante de uma necessidade

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36.

⁸ FONSECA. **Obra citada**, p. 36-37.

incondicional de aquisição de determinados produtos ou serviços. Citam-se aqui os serviços médicos e hospitalares.

Nota-se que a conceituação do contrato de adesão, presente de forma inequívoca na própria formulação do Código de Defesa do Consumidor, tem na sua essência, objetivos protecionistas. Logo, faz-se necessário saber se esse contrato de adesão, que está disciplinado no citado Código, tem sido o instrumento eficaz para comportar as mais diferentes tratativas concernentes ao moderno e dinâmico mundo das relações de consumo, especificamente na questão contratual de adesão.

Torna-se evidente que a excessiva liberdade de estipulação e a sua unilateralidade devem merecer uma atenção especial do Estado, já que a vulnerabilidade e fragilidade da parte aderente estão patentes nessa modalidade contratual.

4. CARACTERÍSTICA DO CONTRATO DE ADESÃO

As características do contrato de adesão, segundo o ilustre professor GOMES⁹, são as seguintes:

a) a *uniformidade* – invariabilidade do conteúdo das condições em todas as relações contratuais, o que condiz com a exigência de racionalização da atividade econômica; b) a *predeterminação* – preestabelecimento unilateral, pelo fornecedor, das cláusulas dos contratos a serem estipuladas em série. São admitidas, também, as condições gerais constantes de regulamento administrativo; c) a *rigidez* – as cláusulas devem ser rígidas porque devem ser uniformes, de sorte que a flexibilidade desfiguraria a espécie.

A natureza jurídica do contrato de adesão é interpretada por duas correntes doutrinárias distintas: corrente contratualista, originada na França, que considera os contratos de adesão efetivamente contratos; a corrente anticontratualista, originada na Alemanha, que nega ao contrato de adesão a natureza contratual.

No que concerne à questão no Brasil, a discussão não merece maiores delongas, já que o contrato de adesão tem natureza contratual, sedimentado, inclusive, no Código de Defesa do Consumidor.

Essa é a concepção dos contratos de massa, cujo observador do Direito verifica o seu desdobramento diante dos pilares constituídos ao longo dos tempos e, sobretudo, pelo Estado Liberal e Social, onde se percebe maior equilíbrio e equivalência. O importante é a constatação de que esses cidadãos busquem ajuda na área jurídica que assegura uma realidade mais justa.

Dessa forma, é necessário realizar alguns ajustes no contrato de adesão, visando garantir sua aplicabilidade dentro de padrões de segurança e igualdade, conforme preconiza o Estado Social de Direito.

5. AS CLÁUSULAS GERAIS

Embora não exista uma pacificação acerca das cláusulas gerais ou condições gerais dos contratos, sabe-se que são disposições que antecedem a contratação, podendo integrar-se

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 129-30, apud ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 155.

ou não ao contrato futuro. A exemplo do contrato de adesão, tem-se como característica a pre-determinação, unilateralidade, uniformidade, abstração e rigidez.

NOVAIS¹⁰ sublinhou esta idéia:

A conclusão a que se chega, não obstante a opinião da doutrina ainda não ser pacífica a respeito do assunto, é que ambos, contratos de adesão e cláusulas gerais contratuais, são elaboradas de forma prévia e unilateral por um dos parceiros contratuais, sendo este o seu ponto de identidade. Entretanto, nos contratos submetidos às cláusulas gerais, tais cláusulas não estão necessariamente escritas no instrumento a ser assinado. Na verdade, as cláusulas gerais, quando elaboradas, ainda não têm eficácia no mundo jurídico, vindo a fazer parte deste no momento em que alguém contrata com o seu elaborador. Já os contratos de adesão são elaborados sempre por escrito e a parte aderente aprova todas as cláusulas que dele fazem parte. Assim, antes da realização de um efetivo contrato, não há que se falar em contrato de adesão, mas já se pode falar em cláusulas gerais contratuais.

Tais cláusulas ou condições são aquelas firmadas pelo fornecedor antes do fechamento do contrato de adesão ou as que são determinadas por lei. No caso brasileiro, algumas leis esparsas já fixaram condições ou cláusulas gerais, bem como controlam cláusulas taxadas de nulas.

Conforme NUNES¹¹, essas cláusulas ou condições têm as seguintes características:

a) preestabelecimento - são estipulações feitas antes do início da contratação e/ou da venda do produto ou serviço; b) unilateralidade – o estipulante (fornecedor) elabora as cláusulas por decisão e vontade exclusivamente suas; c) uniformidade – as mesmas cláusulas valem para setores inteiros do mercado: serviços bancários, tais como abertura de conta corrente; planos de saúde; seguro em geral etc.; d) abstração – são cláusulas e condições gerais firmadas *in abstracto*, caracterizando-se apenas quanto o aderente (consumidor) adquire o produto ou o serviço e/ ou firma o contrato; e) rigidez – o aderente (consumidor) se vê obrigado a aceitar os termos da cláusula sem poder discutir seu conteúdo e alcance. Na verdade, é mais que isso: o consumidor nem chega a se ver obrigado; ele simplesmente adere.

Importante salientar que tais condições gerais estão afetas a exemplo do contrato de adesão ao Código de Defesa do Consumidor e devem, portanto, ser regradas pelos ditames da lei em questão.

6. A INTERVENÇÃO DO ESTADO

Como ensina NOVAIS,¹²

A evolução do Estado liberal para o Estado social, preocupado em garantir a igualdade real dos contratantes e em realizar a justiça contratual e social, trouxe

¹⁰ NOVAIS. **Obra citada**, p. 110.

¹¹ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 580-581.

¹² NOVAIS. **Obra citada**, p. 89-90.

consegue uma redução do papel e da importância do princípio da autonomia da vontade, pois, para minimizar as desigualdades na relação contratual, em virtude das contratações cada dia mais massificadas, despersonalizadas, objetivadas, este Estado passou a ter de intervir em tais relações, impondo determinadas condutas, ocorrendo, então, o chamado dirigismo contratual público, que se identifica com a intervenção estatal na vida dos contratos.

LOBO¹³ destaca:

O Estado social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política de Estado liberal (limitação e controle do poderes políticos e garantia aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

MARQUES¹⁴ ressalta que [...] “o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é a manifestação mais veemente do intervencionismo estatal na órbita contratual privada” [...].

Acredita-se que a intervenção do Estado seja o instrumento necessário para equacionar as desigualdades advindas da superioridade do poder econômico que acabam impondo situações contratuais, visando, apenas, ao atendimento de suas conveniências comerciais no chamado mercado massificado.

Não podemos deixar de explicitar a importância da Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, que baixou norma referente à proteção do consumidor. Esse marco foi relevante para a história consumista, pois, a partir daí, principalmente os países em desenvolvimento adotaram pontos importantes dessa Resolução recomendada pela Organização das Nações Unidas. A influência da referida Resolução foi retratada em nossa codificação, precisamente ao respeito aos Direitos Básicos dos Consumidores.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor é o elemento que efetiva a intervenção do Estado nas questões contratuais de adesão.

7. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro chegou tardiamente, mas no momento imprescindível. Esse surgimento tornou-se o elemento justificador das necessidades emergentes de nossa sociedade, referentes às questões de consumo, face às constantes lesões verificadas no cotidiano.

É importante, também, observar o que discorreu, de forma acertada, ALMEIDA:¹⁵

A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e

¹³ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**, postado em 17/02/2005. Disponível em: < <http://www.brasilcon.org.br/web/artigos>>. Acesso em: 5 maio 2007.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87 apud BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

¹⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema. O primeiro deles, mais importante porque reflete toda a concepção do movimento, proclama que “O Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). Em outra passagem, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor, que se tornou realidade pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, após longos debates, muitas emendas e vários vetos, tendo por base o texto preparado pela Comissão de Juristas e amplamente debatido no âmbito do CNDC.

É inegável a importância representada pelo Código de Defesa do Consumidor para a sociedade brasileira, mas não se pode ocultar que a defesa do consumidor atingirá níveis melhores de conscientização e exigência, se existisse uma política eficaz. Lamentavelmente a Política de Defesa do Consumidor, em nosso país, não tem merecido a atenção necessária dos governantes. Como exemplo dessa ineficácia, destaca-se a educação formal para o consumo. Tal falha retarda os níveis de conhecimento dos nossos cidadãos, refletindo, assim, em todas as esferas, inclusive contratual.

O Código de Defesa do Consumidor representa a face interventora do Estado que tutelou reconhecidamente o mais fraco, o mais frágil, o mais débil. São esses os elementos justificadores dessa interferência encontrada na Carta Constitucional e materializada no Código citado, e de forma detida na parte contratual, tendo por objetivo atender aos seguintes princípios: a) vulnerabilidade do consumidor; b) boa-fé objetiva; c) equilíbrio das prestações.

Considerando os princípios mencionados, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) buscou, de forma ampla, garantir a proteção e defesa do consumidor, fazendo-as taxativamente do artigo 46 ao artigo 54, sem, contudo, deixar de ressaltar a importância do art. 6º, Capítulo V, já citado no diploma legal, que prevê a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes, que o deixe em situação de excessiva onerosidade em relação à outra parte.

NERY JÚNIOR¹⁶ comentou que “O CDC é a primeira lei brasileira que regula o contrato de adesão, definindo-o, fornecendo seu regime jurídico e o método para sua interpretação”.

Evidentemente que o Código de Defesa do Consumidor se aplicará aos contratos de adesão, desde que haja relação jurídica de consumo, ou seja, deverá o objeto do contrato ser um bem de consumo, sendo o consumidor, ou as pessoas a ele submetidas, destinatário final desse objeto, e não um bem de produção, o qual dá continuidade ao ciclo produtivo. Dessa forma, deverá a questão ser dirimida com base no direito comum.

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor dispõe, *in verbis*: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 459.

unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços”.

Como se verifica, o legislador foi categórico e definiu o contrato ora em exame no próprio corpo codificado.

8. OS CONTRATOS DE ADESÃO E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

No ensinamento de ALMEIDA,¹⁷

A regulamentação do contrato de adesão e das cláusulas abusivas no Código do Consumidor em boa hora outorgou indispensável proteção contratual a uma categoria que sofria constantes abusos e prejuízos em decorrência de sua fragilidade e de ter de aderir a condições que não discutiu, nem tinha meios de conhecer em extensão e profundidade, e que, por isso, eram-lhe praticamente impostas.

Embora exista ordenamento jurídico sobre o tema de forma exemplar, esse resta, ainda, ineficaz quanto ao controle das condições gerais dos contratos.

ALMEIDA¹⁸ comenta ainda, que

As cláusulas abusivas aplicáveis a todos os contratos envolvendo relações de consumo, encontram campo fértil no âmbito dos contratos de adesão, onde se verifica sua maior incidência, provavelmente em decorrência da superioridade econômica do fornecedor e do fato de ser ele o estipulante unilateral das cláusulas gerais, para cuja formulação inexistia ampla discussão das partes, cabendo ao consumidor apenas a adesão. Daí o interesse e a relevância dos mecanismos de controle, para prevenir e coibir os correntios abusos. São conhecidos dois mecanismos de controle das condições gerais dos contratos: o *preventivo* ou *abstrato* e o *repressivo* ou *concreto*. No primeiro caso, o controle é feito na via administrativa, antes da conclusão da relação de consumo, geralmente por um órgão designado para tanto. [...] No Brasil, tentou-se a introdução do controle abstrato pelo Ministério Público, mas o dispositivo (art.54, § 5º) foi vetado, de sorte que esse órgão pode, mediante inquérito civil, fazer tal controle, podendo redundar em compromisso de ajustamento de conduta, ou no ajuizamento de ação civil pública. A decisão do Ministério Público sobre cláusulas submetidas ao seu exame no inquérito civil não terá, no entanto, caráter geral. No controle repressivo ou concreto é aquele efetuado após a conclusão da relação de consumo, no decorrer da ação judicial em que se discute a abusividade de cláusula. É o sistema predominante no Brasil. O consumidor pode, diretamente, pleitear em juízo a declaração da nulidade de cláusula contratual abusiva, mas também pode requerer ao Ministério Público – e aos outros co-legitimados – idêntica providência (art. 51, §4º).

É importante descrever, nesse aspecto, a fala de FONSECA¹⁹:

No Brasil, os casos existentes não são de aprovação pela autoridade com-

¹⁷ ALMEIDA. **Obra citada**, p. 154.

¹⁸ ALMEIDA. **Obra citada**, p. 157.

¹⁹ FONSECA. **Obra citada**, p. 183.

petente, mas de redação pela autoridade competente, não para exame de contrato de adesão, mas para a fiscalização de determinados setores de atividade. Assim, a Secretaria da Receita Federal elaborou os contratos de adesão relativos aos consórcios dos bens móveis, o antigo Banco Nacional de Habitação elaborou as cláusulas padrão, condições e invariáveis relativas aos contratos de financiamentos imobiliários, o Conselho Nacional de Seguros Privados padronizou as cláusulas e os impressos necessários aos contratos de seguros (Decreto- lei nº. 73, artigo 10, § 1º).

Como se depreende é de fundamental importância para as disposições contratuais no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, no entanto, lamentável o veto ao art. 54, § 5º, do mencionado diploma legal, acrescentando que se deverá ter um controle mais rigoroso na modalidade contratual discutida, de forma preventiva, assim como acontece, por exemplo, na Suécia, onde existe um Tribunal do Mercado que tem poderes para proibir a utilização de cláusulas abusivas. Entretanto, os controles presente em nossa realidade são ineficazes, porque não conseguem deter, de forma satisfatória e desejável, os contratos leoninos e abusivos, bem como suas cláusulas também abusivas.

Ressalta-se a importância da intervenção do Ministério Público que representa o socorro concreto junto com o Poder Judiciário aos lesionados contratuais. Tal discussão ocorre depois da concretização da relação contratual de consumo; contudo, há milhares de consumidores que, pelo próprio desconhecimento de seus direitos, suportam contratos e cláusulas totalmente abusivas e leoninas.

Sem dúvida, não será necessário nenhum aprofundamento doutrinário para se verificar as mazelas que o modelo contratual traz. Assim, deve-se ter como medida emergencial a busca, no campo do direito, de soluções que amenizem tais mazelas, para que as práticas comerciais e o conjunto, agrupamento ou a coletividade de pessoa, não sejam compelidos a um modelo contratual de adesão que fere direitos básicos dos consumidores.

É preciso de apenas acompanhar e, sobretudo, combater as tendências e práticas que atentem contra as garantias fundamentais nos contratos de massa, pois, corre-se o risco concreto de gerar uma legião de oprimidos contratuais. A partir daí, surgirá à criação de “Associação de Combate aos Contratos Massificados Abusivos”, situação que nasce em virtude de desequilíbrios e de desigualdades. É necessário que as relações contratuais de adesão evoluam de maneira natural e equilibrada, já que é o grande instrumento de comercialização no mercado de consumo moderno e deverá ocorrer atendendo aos princípios de direito desejados por todos nós.

9. CONCLUSÃO

A facilidade de acesso à rede mundial de computadores criou o comércio virtual, possibilitando que, do conforto de sua residência, o ser humano consiga efetuar todos os negócios de seu interesse individual ou coletivo. Em razão da velocidade em que os negócios virtuais e não virtuais são concretizados, o homem da atualidade não pode perder tempo em negociar regras e condições, e, por isso, sucumbe em adesão pura e simples às cláusulas aceitáveis ao mundo dos negócios e à lei. Nesse aspecto, o contrato de adesão assumiu um papel de suma importância para a efetivação da venda do produto ou do oferecimento do serviço. Entretanto, os abusos inerentes ao convívio humano em sociedade, decorrentes da ganância ou da falta de escrúpulo de alguns ou de muitos, assim como a necessidade progressiva de permuta de bens

e de serviços, principalmente nos casos em que o acesso rápido é forma de concretização da finalidade do comércio (venda/lucro, por meio de contrato de adesão), estão a exigir melhor regulamentação. Golpes, vendas em desacordo com a oferta, propaganda enganosa, dificuldades para devolução do produto em caso de desistência, contratos e cláusulas leoninas, etc., tudo isso são verdadeiros abusos do direito que ocorrem, infelizmente em substancial número, especialmente no contexto das relações massificadas.

O presente trabalho tem por objetivo evidenciar a necessidade de reflexão sobre o tema ora discutido, pois, diuturnamente, são violados todos os pilares e princípios que devem nortear a construção contratual de adesão. A unilateralidade do contrato de adesão deve-se firmar dentro de uma moral objetiva, para que o instrumento jurídico contemple os direitos do consumidor de forma satisfatória, e o fornecedor cumpra com os objetivos propostos. Mas, infelizmente, nem sempre isso ocorre.

FONSECA²⁰ associou, com clareza, essa questão:

[...] A forma pela qual surgiram e se fixaram os contratos de adesão veio propiciar o surgimento de cláusulas por demais onerosas para o aderente. Como visto acima, destinados a fortalecer a posição do empresário predisponente, trouxeram para a grande massa economicamente mais fraca mais um peso a suportar, decorrente do rompimento do equilíbrio que deveria existir entre as prestações no contrato.

Sem dúvida que o Código de Defesa do Consumidor constitui um importante instrumento de tutela, principalmente quando associado ao novo Código Civil, que trás em seu arcabouço a garantia dos direitos sociais, conforme preconizado pelo Estado Social de Direito. Porém, deve-se destacar que não há, na nossa legislação, um controle *preventivo* das cláusulas abusivas nos contratos massificados, tal como o direito moderno, buscando a igualdade material, fez inserir em outras legislações, por exemplo, na Lei israelense nº 5724/1964 e na Lei francesa nº 78/23, precisamente em seu artigo 35, que estabelece o controle administrativo.

Entendemos que o controle administrativo preventivo é de extrema eficácia, porque impediria que cláusulas contratuais abusivas onerassem os consumidores indefesos ou hipossuficientes. Lamentavelmente, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que se destinava a impedir tais abusos (§ 3º do artigo 51) foi vetado.

No Brasil, tem-se o controle administrativo sucessivo, o qual se efetiva após a inserção do contrato no mercado. Tal instrumento, a nosso ver, prescinde de eficácia, pois, somente oportuniza ação protetiva do Estado após a ocorrência da lesão.

No âmbito do Poder Legislativo, os nossos legisladores, querendo (e devendo) podem criar, por meio de lei, instrumentos eficazes de controle prévio, formais e/ou materiais. FONSECA²¹ pontua essa questão da seguinte forma:

Num sistema jurídico em que predomina o papel da lei, é óbvio que a iniciativa do controle das cláusulas abusivas seja tarefa do legislador.

Como já referido, o legislador pode escolher dois caminhos para tornar

²⁰ FONSECA. **Obra citada**, p. 110.

²¹ FONSECA. **Obra citada**, p. 198.

efetivo esse controle. Ou se restringe a um *controle formal*, estabelecendo os requisitos de forma destinados a assegurar a plena liberdade das partes contratantes, ou cria um *controle material*, destinado a intervir no âmbito interno dos contratos para favorecer o *equilíbrio efetivo das prestações*.

Os requisitos de *forma* cingem-se à exigência de conhecimento, atenção e reflexão por parte do aderente, para a eficácia plena do contrato.

Quanto ao controle *material*, como já visto, o legislador estabelece o *conteúdo* que deverá, que poderá ou que *não* poderá estar presente no contrato.

O controle formal das cláusulas abusivas se prende a um âmbito de ordem pública econômica *negativa*, ao passo que o controle material, que interfere no conteúdo dos contratos, se alia a uma perspectiva construtiva, criadora, mais própria da ordem pública econômica *positiva*.

Registre-se que em nosso ordenamento jurídico já há possibilidade de controle judicial, mas isso somente ocorrerá se formal e adequadamente (devido processo legal) exercitado (regular provocação processual). Não há dúvida de que qualquer instrumento que garanta direitos é relevante. Mas, na questão enfocada, referido controle judicial tem eficácia maior em casos individuais, não se prestando ao controle prévio, efetivo e eficiente, dos contratos massificados, como são os de *adesão*. Igualmente, não se vislumbra, em nosso sistema de relações sociais, mecanismos suficientes para que a parte mais fraca, desprovida de recursos econômicos ou culturais, possa, previamente, fazer valer o seu direito perante empresa de grande porte, ou seja, contra o poder econômico.

O microsistema jurídico consumerista ainda é arma de proteção do consumidor hipossuficiente, para o combate aos abusos que possam ocorrer na massificada das relações contratuais de consumo. Entretanto, não se vislumbram em nosso ordenamento ações concretas *prévias* para coibir os abusos inerentes aos contratos de adesão. Por exemplo, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece que cláusula abusiva é *nula* de pleno direito (artigo 51), no entanto, como já dissemos acima, referida *nulidade* somente será declarada se houver regular e formal provocação do Judiciário.

A nosso ver, importante, portanto, seria a criação Legislativa (e sequente efetivação por órgãos do Executivo) de instrumentos de aferição *prévia* dos contratos massificados, tal como ocorre no direito comparado. A liberdade de estipulação exercitada com unilateralidade e, infelizmente em grande parte, com inobservância dos elementos que compõem o Estado Social de Direito (como a boa fé objetiva, a equidade, a equivalência material, e a função social do contrato, etc.) não pode ser utilizada como espaço para abuso. Para que a utilização de contratos de adesão não seja abusiva ou não equânime é imprescindível a adoção de mecanismos próprios, coercitivos, de proteção do consumidor, sem afastamento de posterior atuação do Judiciário, se necessária. Finalizando e repetindo, o prévio controle administrativo será forma ideal para impedir abusos nas relações massificadas de consumo.

10. ABSTRACT

This current study states about found in mass contracts opposed to the goals. Required by the welfare state, as unbalanced contractual practice against the interest harmonization

may be observed. The renewed and massive mechanisms of the commercial relations proceeded of a molecular form, by the serial production process, are made real in the adhesion contracts that can follow the production speed. This way, the consume relations may only occur in a harmonic way with the effective control of the mass contracts and the abusive clauses, especially in the previous administrative control.

Key Words: *Abusive contract relations. Social unbalance. Economical power preponderance.*

11. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo código civil**, postado em 17/02/2005. Disponível em: < <http://www.brasilcon.org.br/web/artigos>>. Acesso em: 5 maio 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., ajust. ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal**. Item 7. A responsabilidade civil e a sociedade de consumo. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, Vol. 8, nº 8, p. 11-40, maio de 2005.





FRAUDE CONTRA CREDORES À LUZ DA SÚMULA 195 DO STJ

Luiz Augusto de Salles Vieira¹

RESUMO:

Este trabalho tem por objetivo fazer uma pesquisa sobre os precedentes e as razões jurídicas que deram origem à edição da Súmula nº 195 do STJ, e o fato dela estar ou não em uso, em face da entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro. Por natural desdobramento deste estudo, analisam-se as legitimidades processuais ativas e passivas, inclusive de litisconsortes, as adequações ou inadequações de ação reconvenção e/ou declaratórias incidentais, e, por fim, eficácia ou ineficácia da aquisição em fraude contra credores, e em que âmbito processual deve ser examinada e declarada.

Palavras-chave: Penhora. Perda da posse. Embargos de terceiro. Fraude contra credores. Declaratória incidental. Reconvenção.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Discussão jurisprudencial sobre o conteúdo da súmula 195 do STJ – 2.1 Observação especial – 2.2 Doutrina citada na jurisprudência colacionada – 3. Direito positivo – 4. Alteração legislativa – 5. Aspectos doutrinários relevantes – 6. Ação pauliana ou revocatória – 7. Embargos de terceiro – 8. Fraude contra credores e fraude à execução – 9. Aplicação da súmula ao direito vigente – 10. Conclusão – 11. *Abstract* – 12. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A observância da Súmula 195, do STJ, impede que o credor/exequente/embargado, por meio de sua resposta judicial, argua, com sucesso, a fraude contra credores, para os efeitos da manutenção da penhora expropriatória e, igualmente, impede que obtenha, a seu favor, declaração judicial de invalidade da aquisição pelo terceiro embargante. Por primeira conclusão, exige-se que o credor/exequente/embargado, em autos próprios, promova regular ação pauliana.

Para análise dessas questões de direito processual e de direito material, ambas de interesse prático e que vêm à tona, com frequência, nos tribunais – mercê da dinâmica das relações sociais de natureza econômica –, cumpre, de início, remontar à origem dessa citada Súmula que diz:

SÚMULA 195, do STJ: *Em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores.*

Data do julgamento: 01.10.97.

Data da publicação: DJ 09.10.97.

Precedentes: REsp 20.166-8-RJ; 27.903-7-RJ; 13.322-0-RJ; EDiv no REsp 46.192-2-SP, e no REsp 24.311-0-RJ.

Referência legislativa: Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de 1916), arts. 106, 107 e 147, I.

¹ Desembargador do TJSP. Professor de Direito Civil e Processo Civil na UNIVAP.

2. DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTEÚDO DA SÚMULA 195 DO STJ

REsp 13.322-0-RJ (3ª T 15.09.92 – DJ 13.10.92): EMENTA: Embargos de terceiro – Fraude contra credores. Consoante a doutrina tradicional, fundada na letra do Código Civil, a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro. De qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de ineficácia, essa, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia (Relator – Ministro Eduardo Ribeiro)

REsp 27.903-7-RJ (3ª T 01.12.92 – DJ 22.03.93): EMENTA: Civil. Processual Civil. Fraude contra credores. Embargos de terceiros. Ação pauliana. O meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico por fraude a credores não é a resposta a embargos de terceiro, mas a ação pauliana. Abono da melhor doutrina e precedente do STJ (3ª Turma – Relator Ministro Cláudio Santos)

REsp 24.311-0-RJ (3ª T 08.02.93 – DJ 22.03.93) –EMENTA: Civil. Processual Civil. Fraude contra credores. Embargos de terceiros. Ação pauliana. O meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico por fraude a credores não é a resposta a embargos de terceiro, mas a ação pauliana. Abono da melhor doutrina e precedente do STJ (3ª Turma – Ministro Cláudio Santos)

REsp 20.166-8-RJ (4ª T 11.10.93 – DJ 29.11.93) – EMENTA: Fraude contra credores. Não há discutir fraude contra credores em embargos de terceiros. Recurso especial atendido. Maioria (Relator Ministro Fontes de Alencar)

REsp 24.311-1-RJ (2ª S 15.12.93 – DJ 30.05.94) - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 24.311 – RJ – EMENTA: Embargos de terceiro. Fraude contra credores. Eficaz o negócio jurídico em sua origem, poderá deixar de sê-lo, se sobrevier sentença constitutiva que lhe retire essa eficácia relativamente aos credores. Circunstância que não é suscetível de operar-se no âmbito dos embargos de terceiro. Imprescindibilidade da ação pauliana. Embargos de divergência rejeitados (Relator Ministro Barros Monteiro)

REsp 46.192-2-SP (CE 09.03.95 – DJ 05.02.96) - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 46.192-2-SP – RJ – EMENTA: Fraude contra credores. Embargos de terceiro/ação pauliana. A fraude é discutível em ação pauliana, e não em embargos de terceiro. Precedentes das 1ª, 3ª e 4ª Turmas e da 2ª Seção do STJ. Embargos de divergência conhecidos pela Corte Especial, mas rejeitados.

2.1 Observação Especial

Nos EDiv do REsp nº 24.311-1 – RJ, o Ministro Moreira Alves, citado pelo Relator Ministro Barros Monteiro, esclarece que:

Por outro lado, em face do sistema acolhido pelo nosso Código Civil (arts. 106 a 113), a fraude contra credores é defeito que acarreta a anulação do negócio jurídico. E, como se sabe, em virtude do art 147 desse mesmo Código, o negócio jurídico anulável só deixa de produzir efeitos depois de anulado por sentença judicial, não podendo a anulação ser pronunciada de ofício. Para decretá-la, é mister a utilização da ação pauliana, em que é autor o credor prejudicado pela fraude, e réus, em litisconsórcio passivo necessário, os participantes do negócio jurídico a ser desconstituído (em regra, o devedor insolvente e o terceiro beneficiado), se a ação for julgada procedente. Que há litisconsórcio passivo necessário é indubitável em face do atual direito processual civil brasileiro, uma vez que, como é evidente, não se pode desconstituir um negócio jurídico bilateral, sem a participação de todos aqueles que o celebraram (Voto-vista prolatado no ERE nº 90.934-RJ, in RTJ 100, 735).

E conclui S. Exa. em seu douto Voto:

Daí, não ter eu dúvida de que a alegação de fraude contra credores exige reconvenção. E, em embargos de terceiro, não é admissível, dada a diversidade de ritos, reconvenção. Por isso tenho como corretas essas observações de Hamilton de Moraes e Barros (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 2ª ed., nº 190, págs. 376/377).

2.2 Doutrina Citada na Jurisprudência Colacionada:

a) Quem visse na fraude pauliana causa de anulabilidade, não estaria autorizado a dispensar a ação revocatória para a anulação do ato, só depois sendo admissível a constrição sobre o bem: a anulação é um *príus* lógico da responsabilidade patrimonial a restabelecer-se, e, sem ela, o bem alienado não responde.²

b) Toda minha discordância tem assento na teoria da ineficácia superveniente, exposta no parágrafo anterior, bem como no próprio sistema do Código Civil, que para a possibilidade de fazer incidir a penhora sobre o bem alienado, exige que antes seja movida e tenha sucesso a *actio* pauliana: antes, essa possibilidade não existe e a nova situação superveniente é obra da sentença, que então, conforme entendimento geral, por isso mesmo se diz constitutiva.³

c) A fraude contra credores não é suscetível de discussão nos embargos de terceiro, porque o negócio fraudulento é originariamente eficaz e só uma sentença constitutiva negativa é capaz de lhe retirar a eficácia prejudicial ao credor. Essa sentença de desconstituição é a que acolhe a chamada “ação pauliana” e, sem ou antes que ela seja dada, o bem não responde pela obrigação do vendedor e a penhora é indevida e ilegal.⁴

d) A sentença, em casos assim, “produzirá nas relações dos interessados essa especial modificação jurídica consistente na revogação do ato. Será, pois, uma sentença constitutiva”. E, escrevendo especificamente para o direito brasileiro, diz que essa sentença restabelece sobre os bens alienados não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas, de maneira que possam ser abrangidos pela execução a ser feita; nesse restabelecimento e não mera certificação de ineficácia, reside a novidade jurídica que caracteriza o provimento

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamento do Processo Civil Moderno** (2ª ed.), p. 438.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, p. 439.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamento do Processo Civil Moderno** (2ª ed.), p. 441.

como constitutivo.⁵

e) A fraude contra credores gera apenas a anulabilidade do ato fraudulento, o qual somente se desfaz por força da sentença procedente da ação destinada a desconstituí-lo. Enquanto não postulada e obtida a anulação, o ato em fraude a credores é válido. A fraude à execução, ao contrário, não impede, por força do disposto no art. 592, V, do CPC, que os atos de execução se pratiquem sobre os bens alienados ou gravados com ônus real, tudo em fraude à execução. Em tema de fraude à execução, tudo se passa como se alienação ou o ônus não existissem. É que lhes nega eficácia a ordem jurídica. Não, assim, a fraude contra credores, já dissemos que ela é de desfazer-se pelo êxito da ação pauliana, de procedimento ordinário. Já vimos, no número 188 destes comentários, que os embargos de terceiro não comportam reconvenção. Também não tem forma de reconvenção a defesa que possa oferecer o embargo. Quando o legislador quer que a contestação tenha valor reconvenicional, ele é intencionalmente expresso, como ocorreu por exemplo, quanto à defesa na ação revocatória. Por isso, ao defender-se na ação de embargos de terceiro, não pode o embargado postular a anulação do ato jurídico, arguindo que foi praticado em fraude a credores. Não contemplam, assim, os embargos de terceiros a defesa fundada em fraude a credores. Sabemos que existem julgados que a prestigiam, desacolhendo os embargos de terceiro, porque reconheceram nas hipóteses decididas, a fraude contra credores. Não é essa, entretanto, a melhor escola e os exemplos não merecem frutificar. Fulmina-se, como que de plano, o ato jurídico, sem dar oportunidade de defendê-lo àqueles que participaram da sua celebração. Ressalte-se que o ato praticado em fraude a credores não é ato nulo, mas ato simplesmente anulável. Exatamente para desfazer tais atos existe ação própria, a ação pauliana, ou revocatória, de rito ordinário. Num procedimento ordinário poderiam também ser atacados por reconvenção, se ali ela fosse invocável em face dos fundamentos da ação. Acontece, porém, que descabe reconvenção em embargos de terceiro e não tem força de reconvenção a defesa que o embargado pode apresentar, eis que a controvérsia é limitada à licitude da inclusão do bem na execução. Além de ser impossível misturar ações com procedimentos diferentes, como seriam os embargos e a pauliana, diversas ainda quanto aos seus objetos, mostra o art. 109 do Código Civil a diversidade dos sujeitos. Sendo a pauliana ação destinada a revogar ato fraudulento, devem ser réus, necessariamente, em litisconsórcio, todos os participantes do ato impugnado e não os vamos encontrar nos embargos de terceiro, ação especial de objeto mais limitado.⁶

3. DIREITO POSITIVO

a) Ao tempo da edição da Súmula nº 195:

Art. 106 do ACCB – Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos aos seus direitos (art. 109). Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação.

Art. 107 do ACCB – Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro

⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio – pp. 437-438.

⁶ MORAES E BARROS, Hamilton de – **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IX, 2ª edição, nº 190, pp. 376/377.

contraente.

Art. 147, II, do ACCB – É anulável o ato jurídico: a) Por incapacidade relativa do agente (art. 6º); b) Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113).

b) Após a entrada em vigor do NCCB:

Art. 158 do NCCB – Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1º - Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2º - Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 159 do NCCB – Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 171, II, do NCCB – Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I- por incapacidade relativa do agente; II- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

4. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Quando editada a Súmula em foco, estavam em vigor os artigos 106 e 107 do ACCB e o art. 147, II, do mesmo diploma legal. Os dois primeiros tratam da fraude contra credores, seção V do Capítulo II “Dos Defeitos dos Atos Jurídicos”, do Título I “Dos Atos Jurídicos”. O último deles está do Capítulo V, “Das Nulidades”. No NCCB, a matéria está regulada nos artigos 158 e §§, 159 e 171, II, nos mesmos Capítulos, estando todos igualmente na Parte Geral, a qual não foi eliminada. Os dois primeiros tratam da fraude contra credores, e o último da “invalidade do negócio jurídico”, expressão que engloba os atos nulos e anuláveis. Observa-se que no artigo 158, o qual corresponde ao art. 106, o vocábulo “ato” foi substituído por “negócio”, com a inclusão da locução “ainda quando o ignore”. No citado dispositivo foi acrescentado o § 1º, que dispõe: “Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente”. O art. 159, cujo correlato é o art. 107, não sofreu modificação. No art. 171, II, o qual apresenta relação com o art. 147, II, foi acrescentado no vocábulo “fraude”, a expressão “contra credores”, ficando com a redação “fraude contra credores”. O legislador limitou-se a fazer um acerto da norma legal modificada com a doutrina e a jurisprudência existente a respeito do tema.

5. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES

Veja-se, de forma sintetizada, o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, extraído de sua obra Direito Civil Brasileiro, sobre fraude contra credores. O negócio jurídico, por se tratar de vício social e não de consentimento, é passível de anulação, sendo, portanto, inválido. É um vício social porque a declaração de vontade visa prejudicar os credores. Apresenta relação com o art. 957 do NCCB, o qual trata igualmente dos direitos dos credores sem preferência sobre o devedor comum, em caso de insolvência. A fraude contra

credores reside na redução ou eliminação da preferência. O devedor doa ou aliena o que já não lhe pertence. Permite, então, o NCCB, que o credor desfaça os atos fraudulentos praticados pelo devedor. Os elementos constitutivos do conceito de fraude contra credores são o *eventus damni* (insolvência) e o *consilium fraudis* (má-fé). Quando a insolvência do alienante for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante, a má-fé do adquirente é presumida (art. 159 do NCCB). Ocorre, por exemplo, se o devedor responde por demanda de elevado valor. Presume-se, também, se o contrato for por preço vil. Pode ser provada até por indícios e conjecturas. O autor da ação pauliana ou revocatória tem assim o ônus de provar, nas transmissões onerosas, o elemento objetivo (*eventus damni*) e o subjetivo (*consilium fraudis*), exceto se for presumida. Além das transmissões onerosas, pode ocorrer fraude contra credores em outras três hipóteses: 1) Atos de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida (art. 158 do NCCB), como na hipótese de perdão de dívida; 2) Credor quirografário que recebe dívida ainda não vencida (art. 162 do NCCB); 3) Garantia de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor (art. 163 do NCCB), como ocorre na hipótese do credor com garantia geral, receber uma especial (hipoteca). Em todos estes casos a fraude se presume. Não precisa ser provada.

6. AÇÃO PAULIANA OU REVOCATÓRIA

A ação anulatória do negócio jurídico celebrado em fraude contra os credores é chamada de revocatória ou pauliana, em atenção ao Pretor Paulo, que a introduziu no Direito Romano. Por meio dela os credores impugnam os atos fraudulentos de seu devedor, tornando-o insolvente. Estão legitimados a ajuizar a ação os credores quirografários (Art. 158 do NCCB) e os credores que já o eram ao tempo da alienação fiduciária (Art. 158, § 2º, do NCCB). Assinala, entretanto, Alvinho Lima, que o credor hipotecário, na hipótese de sofrer prejuízo, pode atacar o ato fraudulento como qualquer credor. Não pode o próprio devedor e fraudador ajuizar ação pauliana, porque seria absurdo que pudesse agir em juízo invocando sua própria fraude. Dispõe o art. 161 do NCCB que a ação revocatória, nos casos dos arts. 158 e 159 do NCCB, pode ser ajuizada contra o devedor insolvente, contra a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta e contra os terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé, em caso de nova transmissão. Embora o artigo use o verbo “poderá”, na verdade “deverá”, em virtude do disposto no art. 472 do CPC. Dá-se, assim, o litisconsórcio necessário entre o devedor, o adquirente e o terceiro de má-fé (Também tirado da obra de Carlos Roberto Gonçalves).

7. EMBARGOS DE TERCEIRO

Não é possível manutenção da penhora sobre o bem fraudulentamente transmitido pelo devedor insolvente, por meio de comprovação da fraude contra credores em sede de embargos de terceiro ajuizados pelo adquirente. Após muita discussão, restou pacificada a jurisprudência do STF, na esteira do entendimento de que, contrariamente do que ocorre na fraude de execução, onde se declara a ineficácia do ato, no bojo dos embargos de terceiro, na fraude contra credores, não é cabível, por se tratar de negócio jurídico anulável. A aquisição, na espécie, não é nula nem ineficaz, mas anulável. Enquanto não ocorrer a anulação da fraude contra credores por meio da ação pauliana, a propriedade do bem pertence, de fato e de direito, ao terceiro adquirente. Sem a anulação do negócio jurídico fraudulento, por

meio de anterior ação e sentença constitutiva, não é possível, por meio de contestação, no bojo dos embargos de terceiro, invocar fraude contra credores. Pode não ser a orientação mais simples e nem a mais barata, mas é a que corresponde ao nosso direito vigente. Não serve para o reconhecimento da invalidade do ato jurídico, decorrente de fraude contra credores, vez que, na origem, o ato é ineficaz, enquanto que na fraude de execução, por ser praticado no curso da execução, o ato, na sua origem, é eficaz (Ensinamentos tirados do Curso de Direito Processual Civil de Humberto Theodoro Junior, ao tratar da penhora de bem alienado em fraude contra credores).

8. FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO

Embora não se confundam, apresentam requisitos comuns: a) a fraude na alienação de bens pelo devedor, com desfalque de seu patrimônio; b) a eventualidade de *consilium fraudis* pela ciência da fraude por parte do adquirente; c) o prejuízo do credor (*eventus damni*), por ter o devedor se reduzido à insolvência, ou ter alienado ou onerado bens, quando pendia contra o mesmo demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Vejamos, agora, as diferenças: a) a fraude de execução é incidente do processo, regulado pelo direito público, ou seja, pelo CPC (Art. 593); a fraude contra credores é defeito do negócio jurídico (vício social), disciplinado pelo direito privado (Arts. 158 a 165 do NCCB). b) a fraude à execução pressupõe demanda em andamento, capaz de reduzir o alienante à insolvência, sendo levada a efeito pelo devedor para frustrar-lhe a execução (Art. 593, II, do CPC); a fraude contra credores caracteriza-se quando ainda não existe nenhuma ação ou execução em andamento contra o devedor, embora possam existir protestos cambiários. No tocante a fraude à execução, cresce o número daqueles que entende que é desnecessária a citação, bastando a distribuição, para caracterizar aquela; c) A fraude à execução acarreta a declaração de ineficácia da alienação fraudulenta, em face do credor exequente. A fraude contra credores provoca a anulação do negócio jurídico, trazendo como consequência o retorno dos bens, alienados fraudulentamente, ao patrimônio do devedor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores (Arts. 158, 159 e 165 do NCCB); d) A fraude de execução independe de revocatória, podendo ser reconhecida incidentalmente, mediante simples petição, nos próprios autos, sendo objeto de decisão interlocutória. Não se tem, atualmente, admitido a alegação de fraude contra credores em embargos de terceiro; e) A fraude contra credores, uma vez reconhecida, aproveita a todos os credores; a fraude de execução aproveita apenas ao exequente; f) Na fraude à execução o vício é mais patente e mais grave, pois o devedor, além de lesar credores, frustra a atuação do Poder Judiciário, sendo presumida a má-fé. No caso de transferência à terceiro, deve ser provada a má-fé, exceto se ocorreu após o registro da penhora. Também afasta a fraude de execução se o devedor, não obstante a alienação, não tenha sido reduzido à insolvência (Igualmente tirado da obra de Carlos Roberto Gonçalves).

9. APLICAÇÃO DA SÚMULA AO DIREITO VIGENTE

A Súmula 195 do STJ, em face da modificação da lei civilista ser em grau mínimo, continuará a ser aplicada, exceto na hipótese de haver alteração na forma de interpretar os fatos e o direito positivo vigente, o que, por ora, não vem ocorrendo.

Neste sentido:

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO – PROCESSO: 0957391-7 – RECURSO: Apelação - ORIGEM: São Paulo – JULGADOR: 23ª Câmara Direito – Privado – JULGAMENTO: 13/04/2005 – RELATOR: Paulo Roberto de Santana – REVISOR: Rizzato Nunes - EMBARGOS DE TERCEIRO - Penhora - Pretensão deduzida pela mulher do executado - Casamento em regime de completa separação de bens - Pretensão à exclusão da constrição de bens suntuosos de sua exclusiva propriedade e outros, considerados bem de família – Lei 8.009/90 – Constrição inadmissível - Ausência de prova de que tais bens teriam sido comprados pelo executado - Ônus que competia à embargada - Art. 333, II, do CPC – Descaracterizada a defesa da meação - Circunstâncias do caso concreto que autorizam concluir-se que a mulher tinha condições para a aquisição dos bens suntuosos – Discussão relativa à fraude contra credores descabida em sede de embargos de terceiro - Súmula 195 do STJ – Embargos procedentes em relação à apelante – Recurso provido para este fim. RECURSO – Agravo retido - Falta de pedido de reiteração de seu exame nas contra-razões da apelada - Não conhecido o recurso. mirian/rps/acv – 23.05.05”

10. CONCLUSÃO

Embora a grande maioria dos autores entenda que a fraude contra credores é passível de anulação em ação pauliana ou revocatória, sendo incabível a manutenção da penhora sobre bem alienado fraudulentamente, enquanto aquela não é reconhecida, sendo inadmissível, ainda, a declaração da anulação do ato jurídico, em sede de embargos de terceiro ajuizados pelo adquirente, alegada incidentalmente pelo Credor, posiciona-se Yussef Said Cahali, em sentido contrário: “Por outro lado, sem embargo de manifestações em sentido diverso, tanto a simulação fraudulenta, como a fraude contra credores, e especialmente a fraude de execução, podem ser conhecidas incidentalmente (em embargos), sem necessidade da ação anulatória”.⁷ Afirma, ainda, que “No caso de fraude pauliana, o ato é ineficaz tão somente em relação ao credor frustrado na garantia, mas subsiste válido entre as partes contratantes e perante terceiros”.⁸ Referida opinião não vem, entretanto, sendo adotada pela doutrina dominante e jurisprudência majoritária. A fraude contra credores, por ser um vício social, para o seu reconhecimento, depende de anulação. Para a sua decretação, em ação pauliana ou revocatória, é necessário que tenhamos no pólo ativo o credor e no pólo passivo o novo adquirente e o devedor como litisconsortes passivos necessários. Outros adquirentes devem figurar, ainda, no pólo passivo, na hipótese de ocorrer mais de uma transferência. Os embargos de terceiro, de objeto limitado, são ação ajuizada pelo adquirente em face da perda da posse de seus bens por ato de apreensão judicial decorrente de penhora. Eventual alegação de fraude contra credores, de forma incidental, nos embargos de terceiro, não apresentaria conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Ainda que acolhida, teria o inconveniente de não ter o devedor e eventuais terceiros como parte na ação. Igualmente não se vê como declarar a ineficácia do ato perante o credor. Na fraude contra credores, o ato, na sua origem, é eficaz, contrariamente a fraude na execução, em que o ato, na sua origem, é ineficaz, porque o devedor, no curso da execução, em desrespeito ao Estado-Juiz, promove a transferência do bem, desfalcando a garantia do credor

⁷ in “Fraude e Outros Defeitos do Ato Jurídico”, p. 51.

⁸ Id., op. cit., p. 46.

quiografário. Incabível, ainda, a ação declaratória incidental, em face do rito especial não admitir. Outrossim, não traria resultado positivo, vez que a declaração da ineficácia estaria a depender da anulação, passível de obtenção apenas em pauliana ou revocatória. Seria uma sentença *inutiliter data*, como reconhecida pela doutrina. Também não poderia ser alegada na forma de reconvenção, em face do rito ser especial, e ainda pelos requisitos a serem preenchidos para que a reconvenção seja ajuizada. Como possível solução para o problema, em face de a ação pauliana ser uma ação morosa e cara, pensa-se que a solução jurídica, para tornar a distribuição da justiça célere e segura, seja eventual alteração legislativa, no sentido de que os embargos de terceiro permitam a excepcional apresentação de reconvenção, com a participação do devedor e de eventuais terceiros. Enquanto o fato não ocorrer, somente resta às partes interessadas e ao julgador a aplicação da Súmula 195 do Superior Tribunal de Justiça.

11. ABSTRACT:

This work has the objective to research about procedures and juridical reasons which has generated The Summula 195 of STJ, this fact of be or not to be in use, in face of the application of the New Brazilian Civil Code. By natural enfoldment of this research, analyzing both, inactive and active legitimate prosecution included the plurality of both sides in a case, the appropriate or inappropriate counterclaim actions or incidental statements, as a result, efficiency or inefficiency of the acquisition of frauds against creditor, what by prosecution reasons needs be examined and declared.

Key words: Attachment. Lost of wealth. Impediment of third part. Fraud against creditors. Declaratory judgment.

12. REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEGRÃO, Theotonio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NONATO, Orosimbo. **Fraude Contra Credores** (da Ação Pauliana). Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Procedimentos Especiais. 35ª ed. São Paulo: Forense, 2005. v. III.



DO ACIDENTE DO TRABALHO AO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL: INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Fernando Rossi¹

RESUMO:

O acidente do trabalho é consequência de um desequilíbrio do meio ambiente laboral. Isso equivale a uma forma de dano ambiental individual. O ressarcimento desse prejuízo está vinculado ao instituto da responsabilidade civil subjetiva, pois necessária a demonstração da culpa. Essa conclusão encontra subsídio na Constituição Federal e não no §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81. Por isso, esse último dispositivo foi recepcionado parcialmente pela Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Dano. Meio ambiente. Culpa. Acidente do trabalho.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Conceito de acidente do trabalho – 3. O acidente do trabalho e sua distinção quanto ao local da ocorrência – 4. O local do trabalho no contexto ambiental – 5. Do dano coletivo ao dano individual e a pretensão do ressarcimento através da responsabilidade objetiva – 6. A Culpa e o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 – 6.1 – A real abrangência do § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 – 7. O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal e a recepção parcial do §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 – 8. Considerações finais – 9. *Abstract* – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 6.938/81 obteve *status* de *principal norma infraconstitucional* sobre a proteção ambiental. Um dos pontos marcantes dessa Lei está na adoção da *responsabilidade objetiva* como teoria adequada para obter o ressarcimento do dano ambiental (Lei n. 6.938/81, §1º do art. 14). Essa indenização poderá ser pleiteada de forma coletiva ou individual.

No que tange o dano ambiental do trabalho, precisamente nos casos de acidentes do trabalho – considerando aqui, igualmente, as doenças decorrentes da atividade laboral –, verifica-se uma incongruência entre a Constituição Federal e a Lei n. 6.938/81 em face da aplicação da *teoria do risco*.

O objetivo deste estudo terá por finalidade apontar esse conflito e constatar suas consequências.

¹ Graduado pela Universidade de Uberaba – UNIUBE em 1999. Mestre em Direito – Constituição e Processo – pela UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Civil pela UNIFRAN. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UFU. Membro do Instituto dos Advogados e Minas Gerais – IAMG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Co-diretor da Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Advogado. E-mail: fernandorossi@rbdpro.com.br

2. CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO

O conceito legal de acidente do trabalho encontra-se redigido pela Lei n. 8.213/91. Embora o acidente do trabalho ali exposto seja diretamente ligado a ação acidentária, a qual privilegia os benefícios Estatais decorrentes desse infortúnio, a Lei previdenciária tem grande valia nessa conceituação. A análise deve partir desse ponto, mas vigilante às prováveis incompatibilidades entre os sistemas, eis que estaria buscando uma definição baseada na responsabilidade civil do empregador, enquanto, originalmente, tem a ação acidentária sua caracterização versada na responsabilidade objetiva do órgão previdenciário.

Em virtude do mencionado conceito legal, o acidente do trabalho é o que ocorre *pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do artigo 11 desta Lei*, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da *capacidade para o trabalho* (Lei n. 8.213/91, art. 19).

Durante o exercício do trabalho e a serviço da empresa, o acidente pode ocorrer tanto no ambiente laboral, quanto fora dele. Não é difícil imaginar essa última circunstância, bastando pensar na atividade desenvolvida por um motorista que transporta carga pelo território nacional. Aqui, o ambiente do trabalho não está restrito ao local da contratação ou mesmo aos limites do espaço físico da empresa, porque em quaisquer estradas que transite o veículo, o motorista estará sujeito a um *acidente* que poderá ser considerado *do trabalho*.

A característica marcante desse infortúnio é o fato de que o empregado deve estar no *labor* exigido pelo patrão. Veja que, mesmo se o empregado estiver exercendo atividade diversa da que foi contratada, porém, a *mando* do empregador, o acidente do trabalho poderá ser configurado.

O conceito legal citado, ainda, refere-se aos segurados especiais descritos no art. 11, VII, da Lei n. 8.213/91. Estes estarão sujeitos ao acidente do trabalho. Então, o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de quatorze anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo, serão considerados segurados especiais. Todavia, a ressalva feita pela norma não é produtora para construção do desejado conceito para o fim de ressarcimento civil.

O que será necessário para caracterizar o acidente, além do dano e a culpa, é saber para *quem* o ofendido estava trabalhando e se a atividade laboral desempenhada era relacionada à empresa no momento do acidente.

O dano é decorrência lógica e necessária do conceito de acidente do trabalho. No caso da norma previdenciária, essa pretende constatar se o dano afetou a capacidade de trabalho para fins previdenciários, pois, se diminuída ou ceifada essa capacidade, objetivamente, o benefício previdenciário será devido.

O conceito legal destaca também que esse dano pode ser uma lesão corporal ou uma

perturbação funcional. As consequências dessas ofensas podem levar ao óbito ou à perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Sem dúvida, a norma em comento pretende diagnosticar se o acidente causou prejuízo laboral. Lembre-se que a Lei em evidência dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Portanto, prejudicada a capacidade laboral, a previdência social é obrigada a conceder o benefício correspondente.

Por outro lado, o ordenamento civil, de igual forma, apresenta parâmetros para auxiliar no conceito de acidente do trabalho. O significado exposto pelo Código Civil é feito de maneira ampla, não especificando os casos de acidente do trabalho, mas a eles se aplicam.

Mesmo não entrando em detalhes sobre o disposto no art. 944 e seguintes do Código Civil, tem-se que a indenização por acidente do trabalho não pode ser restrita à capacidade laboral. A abordagem feita pelo Código Civil quanto à capacidade (CC, art. 950) socorre todos os outros tipos de acidentes, que não apenas os de origem trabalhista.

Conclui-se, afinal, que a capacidade para o trabalho não pode restringir o conceito de acidente do trabalho. Imagine um trabalhador rural que teve um de seus dedos decepados exercendo sua atividade: aqui, sua capacidade funcional foi afetada, mas não sua capacidade laboral. Nesse exemplo, com base no conceito legal do art. 19 da Lei n. 8.213/91, não teríamos acidente do trabalho, pois não houve perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho, o que diverge diante da abrangência proposta pelo Código Civil.

O acidente do trabalho, para o fim de responsabilidade civil, deve ter a *capacidade laboral* como parâmetro para o ressarcimento do dano sofrido e não como parte do seu conceito. Note-se que o art. 950 do Código Civil assim dispõe, ou seja, se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua a capacidade de trabalho, *a indenização contemplará uma pensão* correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

O conceito de acidente do trabalho deve ser mais abrangente do que aquele eleito pela norma previdenciária, a qual, todavia, tem sua razão de ser, visto que tem finalidade diversa como já elucidado acima. Logo, *acidente do trabalho é a ofensa física sofrida pelo empregado com possíveis consequências morais, ocasionada por dolo ou culpa do empregador, durante o desempenho do trabalho exigido.*

Finalmente, é importante deixar claro que a definição de acidente do trabalho tem caráter prático e não meramente acadêmico, pois definido que o dano decorreu da relação de emprego, este será julgado pela justiça especializada, com as benesses das regras que privilegiam o empregado hipossuficiente.

3. O ACIDENTE LABORAL E SUA DISTINÇÃO QUANTO AO LOCAL DA OCORRÊNCIA

O presente estudo destaca o acidente do trabalho oriundo do *meio ambiente* laboral. À primeira vista, tal detalhamento poderia parecer até redundante, porque, *a priori*, todo acidente do trabalho deveria ocorrer no espaço físico da empresa.

Acima foi apresentado o exemplo do motorista que tem como função o transporte de carga entre cidades, estados ou por todo o território nacional. Um acidente fatal com esse trabalhador, mesmo que estivesse em um bem da empresa (caminhão), teve como local do acidente uma estrada ou uma rodovia fora dos limites dominiais do empregador. Todavia, se o acidente ocorresse por uma falha nos freios do veículo, o acidente seria caracterizado como oriundo do meio ambiente do trabalho, visto que o veículo naquele momento é a extensão dos limites e da responsabilidade do patrão. Fato diferente, por exemplo, é aquele no qual o veículo conduzido pelo trabalhador é colhido por outro que transite na contramão de direção. Esse último não deixa de ser acidente no trabalho, mas a causa não foi o meio ambiente laboral. A lista de exemplos dessas circunstâncias é enorme. Para isso, importa, a fim de facilitar a distinção pretendida, limitar as circunstâncias em que o acidente do trabalho estaria ligado ao *meio ambiente* laboral.

Como o acidente do trabalho é a ofensa física sofrida (que pode desencadear o dano moral) pelo empregado no exercício do trabalho, a serviço do empregador, não se limita apenas aos casos ocorridos no local do trabalho. Para obter essa distinção, necessário constatar se a ofensa sofrida pelo trabalhador ocorreu nos limites territoriais da empresa ou fisicamente sob sua responsabilidade ambiental.

Não se pode exigir do empregador que tenha controle de todo local onde o empregado possa eventualmente estar cumprindo sua função, mas se o entorno está sob a responsabilidade ambiental da empresa, tem-se presente o acidente do trabalho proveniente do meio ambiente laboral.

4. O LOCAL DE TRABALHO NO CONTEXTO AMBIENTAL

O direito ambiental tem por *finalidade* a tutela do equilíbrio ecológico através da restauração e da preservação do meio ambiente, justamente em razão da degradação da qualidade ambiental² pelo ser humano, porque essa infeliz conduta, efetivamente, altera a estrutura e a justa proporção harmônica do ambiente onde todos nós estamos integrados.

Os efeitos provenientes da degradação ambiental, em determinados casos, podem ser tolerados pela sociedade e absorvidos pelo próprio meio, e, noutros, proporcionam resultados devastadores.

Para melhor entender o direito frente ao meio ambiente, adota-se uma *classificação didática*, a fim de, coerentemente, determinar a causa, o efeito e a melhor solução, bem como o estudo do dano ocasionado no entorno.

A doutrina, para fins didáticos, classifica o meio ambiente em quatro espécies: meio ambiente (i) *natural*, (ii) *artificial*, (iii) *cultural* e (iv) *do trabalho*.

O *ambiente do trabalho* representa o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, cujo equilíbrio está baseado na salubridade deste e na ausência de agentes

² Conforme compilado no nosso Dicionário Jurídico Ambiental: “Degradação da qualidade ambiental – [1] a alteração adversa das características do meio ambiente (Lei 6.938/81); [2] Poluição ou alteração adversa das características do meio ambiente (Resolução Conama 305/02). (ROSSI, Fernando. *Dicionário jurídico ambiental*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35.)

ou circunstâncias que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores.³ Como bem ressalta a Carta Magna, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, motivo pelo qual o ambiente do trabalho enquadrar-se nessa proteção trazida pelo art. 225, atendendo, assim, a sua finalidade.

Esse ambiente *caracteriza-se* como sendo o local onde são realizadas as atividades contratadas pelo empregador, ou melhor, “é aquele que está diretamente relacionado com a segurança do trabalhador em seu local de trabalho.”⁴ Por sua vez, *local* de trabalho pode ser conceituado como “o ambiente no qual o trabalhador está diretamente exposto aos riscos dos produtos perigosos ou a uma atividade insalubre.”⁵ É importante esclarecer que “o direito ambiental não se preocupa somente com a poluição emitida pelas indústrias, mas também deve preocupar-se com a exposição direta dos agentes agressivos aos trabalhadores.”⁶

O jurista José Afonso da Silva, em atenção aos ensinamentos de Franco Giampietro, destaca o ambiente do trabalho como um “complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de *direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam*. Esse complexo pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras internas como externas, provenientes de outras empresas ou de outros estabelecimentos civis de terceiros”⁷ (g.n.). Com efeito, importa extrair desse pensamento a idéia de que o ambiente do trabalho está envolvido por uma série de fatores, relacionados à saúde e à integridade física dos empregados.

Então, o ambiente do trabalho, como classificação didática do direito ambiental, refere-se a qualquer local onde serão exercidas as atividades contratadas pelo empregador e sob sua responsabilidade, influenciando diretamente na segurança e na salubridade do empregado⁸.

5. DO DANO COLETIVO AO DANO INDIVIDUAL E A PRETENSÃO DO RESSARCIMENTO ATRAVÉS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dentre os mecanismos processuais disponíveis, pelos quais podem reparar o *dano coletivo*, a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), certamente, possui maior efetividade. O *bem ambiental* é direito difuso e, conseqüentemente, a lesão ocasionada em desfavor do meio ambiente é disseminada, espalhada, difundida por toda a sociedade. Portanto, o ressarcimento coletivo merece tratamento especial (jurisdição coletiva), diferente da solução ao dano individualmente considerado, que permanece na jurisdição civil clássica.

O dano ambiental é por excelência coletivo. No entanto, poderá ser individual, a partir do momento em que atingir sujeitos isoladamente, seja no âmbito moral e/ou patrimonial.

³ Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 303.

⁵ *Ibid.*, p. 303.

⁶ *Ibid.*, p. 303.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Apud Cf. GIAMPIETRO, Franco. *La Responsabilità per Danno all'Ambiente*, p. 113.

⁸ Como feito oportunamente, agora, de forma idêntica, prudente trazer à colação o significado de empregado adotado pelo art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Considera-se empregado toda pessoa não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Logo, o dano coletivo, ao recair sobre os recursos naturais, os recursos ambientais e os elementos que compõem o ambiente, prejudicando a coletividade, será também individual quando afetar os interesses ou a saúde de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.⁹

Como ensina José Rubens Morato Leite,

“[...] não há dúvidas de que este dano individual pode ser elencado dentro do gênero dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou a doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriundas da lesão ambiental.”¹⁰

Vladimir Passos de Freitas ensina sobre a matéria e expõe com clareza suas idéias. Afirma ser inaplicável “a Lei da Ação Civil Pública às reparações de danos individuais. Com efeito, paralelamente ao dano coletivo existente, superpõe-se outro de natureza particular. Há inúmeras hipóteses em que isso pode ocorrer. Algumas de evidência indiscutível (v.g. o pescador que se vê privado do meio de subsistência em razão da poluição de um rio), outras menos perceptíveis (v.g. o morador de um centro urbano que, todos os dias, se vê impedido de dormir em razão do barulho de uma discoteca). Evidentemente, há, em tais hipóteses, um direito privado ao lado do público, ambos a merecer proteção.”¹¹

A partir de 1981, a legislação contemplou o dano ambiental de maneira mais persuasiva. O ressarcimento dele não dependeria da teoria clássica, representando a responsabilidade subjetiva, em que, além do dano e do nexo de causalidade, a culpa deveria ser obrigatoriamente demonstrada.

A obrigação de reparar o *dano ambiental individual* (terceiro), numa primeira leitura, poderia ter respaldo no §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81. E, por esse dispositivo, a forma de responsabilização civil seria objetiva, ou seja, independe de que a parte sofredora demonstre a culpa pelos danos ao ambiente e aos terceiros afetados pela atividade do infrator. Eis a doutrina a esse respeito:

Para José Rubens Morato Leite:

“[...] mesmo em vista da proteção ao interesse individual próprio, poderá o demandante valer-se do aparato específico do meio ambiente e fundar o seu pedido em responsabilidade *objetiva*, na forma do citado art. 14, §1º, da Lei n. 6.938, 1981 e do art. 927, parágrafo único, do Novo Código Civil, provando que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, de degradação ambiental ou de risco provocado pelo demandado.”¹² (g.n.).

⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 666.

¹⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., nota 10.

¹¹ FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 35, jul./set. 2004. p. 29

¹² LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 139.

Para Edis Milaré:

“[...] não terá legitimidade para ajuizar ação civil pública ambiental, o particular que somente tem autorização legal para deduzir pretensão indenizatória para reparação do seu dano pessoal. Para tanto, poderá utilizar-se do sistema da Lei n. 6.938/81, fundamentando a sua pretensão na responsabilidade civil objetiva do poluidor. O particular não pode mover ação civil pública, mas tem legitimidade para deduzir pretensão individual com base na responsabilidade *objetiva* do causador do dano.”¹³ (g.n.)

Dois exemplos podem ser citados para ilustrar:

a) – O primeiro consiste na atitude desmedida de determinada pessoa física ou jurídica que desmata as margens de um rio e o polui até a sua completa inutilização para fins comerciais e de subsistência dos ribeirinhos locais. A ação coletiva poderá ser proposta pelo Ministério Público (Ação Civil Pública) com o objetivo de ressarcir o dano, sem prejuízo de o morador da região, com o privilégio de não ter que provar a culpa do infrator, ingressar com ação individual pelos danos materiais e ou morais sofridos, igualmente com base no §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81.

b) – O segundo exemplo, voltado para a hipótese de dano ambiental do trabalho, com reflexos na esfera coletiva e individual, consiste em imaginar uma fábrica especializada na produção de fertilizantes, operando em um parque industrial insalubre à saúde humana. Nesse ambiente laboram funcionários, e as medidas *coletivas* de redução dos agentes insalubres não são eficazes. Entretanto, o fornecimento de específico equipamento de proteção individual (EPI) tornaria adequado o equilíbrio ambiental daquele local de trabalho, mas isso não é praticado pela empresa. Aqui, seguindo o raciocínio anterior, o Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública, buscando, por exemplo, a restauração da qualidade ambiental através de uma “obrigação de fazer”, requerendo a aquisição e a utilização dos mencionados equipamentos de proteção. Concomitantemente a essa ação coletiva, cada empregado (ou grupo de empregados), sendo vítima de doença do trabalho (acidente do trabalho), em virtude da insalubridade e/ou da falta de uso dos referidos equipamentos de proteção, poderia demandar contra a empregadora, com fundamento no §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, provando a doença e o nexo causal entre a ação ou a omissão do infrator e o dano sofrido. Nessa situação, pela teoria do risco, não necessitaria demonstrar a culpa do empregador.

Em função do ambiente do *trabalho*, o empregado que sofreu acidente ou doença do trabalho¹⁴ – pelo raciocínio exposto até o momento – poderia, individualmente, pleitear indenização pelo dano, material ou moral, de forma objetiva, seguindo os mesmos critérios utilizados nos demais tipos de meio ambiente, quais sejam, *natural*, *cultural* e *artificial*. Como regra específica, incidente nessas hipóteses, aplica-se, na ação *coletiva*, a responsabilidade *objetiva*. Mas, em relação à indenização individual, a responsabilidade será subjetiva, como será visto a seguir.

¹³ MILARÉ, op. cit., p. 118, nota 8.

¹⁴ A Lei n. 8.213 de 24 julho de 1991 conceituou doença do trabalho como espécie de acidente do trabalho.

6. A CULPA E O §1º DO ART. 14 DA LEI N. 6.938/81

Analisando detidamente o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, pode-se perceber que a responsabilidade *objetiva* será o sistema aplicável à solução da reparação do dano ambiental. Ao contrário da responsabilidade *subjéitiva*, a *objetiva* não carece demonstrar a culpa para obter a indenização pela lesão sofrida.

Nesse sentido, a literalidade do preceito em comento, qual seja, §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, não deixa dúvidas ao mencionar que, “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independente de existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao *meio ambiente e a terceiros*, afetados por sua atividade” (g.n.).

Com efeito, o art. 225 da Carta Magna, *a priori* – porque o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 teria sido recebido parcialmente pelo Constituinte Federal, como será demonstrado na sequência –, teria recepcionado a Lei n. 6.938/81 e, conseqüentemente, o §1º do seu art. 14, precisamente, pelo § 3º do texto constitucional, ou seja, “as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independente da obrigação de reparar os danos causados*” (g.n.). Nesse caso, a Lei Maior não fez qualquer ressalva quanto ao tipo de responsabilidade civil (*subjéitiva* ou *objetiva*) que deveria ser adotada para proteção do meio ambiente. Assim, *aparentemente*, correta e aplicável a teoria do risco contida na Lei n. 6.938/81 (§1º do art. 14).

Buscando adequar o dispositivo infraconstitucional citado ao conceito de *meio ambiente do trabalho*, algumas conclusões preliminares devem ser elaboradas. Veja-se, como referido neste estudo, que o meio ambiente do trabalho também se caracteriza como sendo os *direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam*. Por isso, a lesão desses direitos é considerada um *dano ambiental*. E, conforme assinala o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, o dano a ser indenizado ou reparado tem sua motivação junto àquele causado ao meio ambiente, de *forma ampla*, sem especificar um tipo didático específico (natural, artificial, cultural ou do trabalho), e, ainda, sem excluir os terceiros que forem eventualmente afetados pela atividade poluidora. Contudo, pouco importa que o dispositivo (Lei n. 6.938/81, art. 14, §1º) não tenha feito menção específica à utilização da responsabilidade objetiva em face do meio ambiente do *trabalho*, visto que, certamente, o termo “meio ambiente”, ali utilizado, contempla as outras formas, que, por sinal, foram diferenciadas somente para serem mais bem inteligíveis.

Portanto, não há dúvidas de que o ambiente do trabalho, mesmo que não citado explicitamente, tem sua proteção garantida no dispositivo infraconstitucional (Lei n. 6.938/81, art. 14, §1º) e que, por isso, o desequilíbrio do local de trabalho pode caracterizar o dano, estendendo, inclusive, ao empregado individualmente, seja na esfera física ou moral, mesmo porque este pode ser considerado um terceiro prejudicado reflexamente pela degradação da qualidade ambiental, como referido na parte final do mencionado dispositivo. Dessa maneira, numa primeira interpretação, a responsabilidade civil *objetiva* poderia ser aplicada na obtenção da indenização ou na reparação da lesão oriunda do meio ambiente na relação de trabalho.

6.1 A real abrangência do §1º, art. 14, da Lei n. 6.938/81

Antes de adentrar no ponto decisivo deste ensaio, é preciso fazer uma ressalva: o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 afirma que haverá indenização ou reparação ao meio ambiente “e” a terceiros, pelos danos causados pelo poluidor. Como sabido, a Lei n. 6.938/81 trata da Política Nacional do Meio Ambiente, ou seja, privilegia os interesses difusos e não individuais. O legislador, querendo ser racional, incluiu no dispositivo referente à responsabilidade *objetiva*, quanto aos danos ambientais, a figura do “terceiro”, quando este for indissociável das circunstâncias de fato. Todavia, a norma não beneficia o *terceiro* isoladamente sem a presença do dano *coletivo*. Por isso, não se pode falar em responsabilidade *objetiva* nos casos de dano *individual*, se não for demonstrado que houve o dano *coletivo*. Se a norma quisesse dizer o contrário, teria mencionado “indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ‘ou’ a terceiros”, o que não ocorreu.

7. O ART. 7º, XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RECEPÇÃO PARCIAL DO §1º, ART. 14, DA LEI N. 6.938/81

A teoria proposta até o momento (responsabilidade objetiva nos casos de dano ambiental individual do trabalho) estaria correta, não fosse por um “detalhe”: o *inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal*. A impossibilidade de aceitar que o empregado pleiteie danos materiais e morais em face do acidente ou da doença do trabalho, somente comprovando a lesão e o nexo de causalidade, tem fundamento constitucional.

O inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, além de referir-se ao seguro pelo acidente do trabalho, observa outro *direito* assistido ao trabalhador rural e urbano: a garantia de que o empregador indenizará o prejuízo “quando incorrer em dolo ou culpa” (g.n.).¹⁵

Então, consideramos *inaplicável a responsabilidade objetiva*. E, por isso, nos casos de acidente do trabalho, o pagamento da indenização poderá ser pleiteado somente depois de demonstrado o dolo ou a culpa do empregador, valendo-se, portanto, dos aspectos inerentes à responsabilidade *subjetiva*. Nessa perspectiva, o art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna estaria em confronto com o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81. Dessa forma, diversamente, enquanto o primeiro estaria embasado na *teoria da culpa*, o segundo teria seu parâmetro firmado na *teoria do risco*.

Mesmo que o legislador de 1981 tivesse em mente incluir o dano ambiental individual,

¹⁵ Não obstante o desenvolvimento específico deste tópico, importante tecer alguns singelos comentários quanto ao parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Com efeito, não seria correto afirmar que o *caput* do art. 7º da Constituição Federal poderia recepcionar o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, sob o argumento de que esses dispositivos estariam agregando outros direitos que visassem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. A primeira circunstância que repudia essa possibilidade está numa questão de hermenêutica constitucional. O *caput* do art. 7º possui incisos, e estes podem perfeitamente delimitar o comando principal. Logo, apesar de o *caput* dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos ou rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, um de seus incisos estabeleceu a necessidade da demonstração da culpa ou do dolo para os casos de indenização por acidente do trabalho. A Constituição Federal não contém palavras inúteis, e a análise dos dispositivos deve ser interpretada sistematicamente. Ademais, o inciso XXVIII do art. 7º da Carta Maior deve ser dividido em duas partes: a primeira, dirigida ao trabalhador, na qual lhe garante um seguro contra acidentes; a segunda, dirigida ao empregador, pois dispõe que *ele* está obrigado indenizar quando o trabalhador for acidentado ao incorrer em culpa ou dolo, e tal ressarcimento não o exime do encargo existente em razão do seguro contra acidentes. Aliás, essa indenização não significa uma melhoria da condição social do trabalhador almejada pela norma constitucional (art. 7º, *caput*, da CF), porém uma obrigação imposta ao empregador. Por esses motivos aqui brevemente expostos, resta claro que o *caput* do art. 7º da Constituição Federal não tem o condão de recepcionar parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

oriundo de relação laboral, na teoria do risco, o certo é que o legislador Constituinte de 1988 assim não o fez. Ao contrário, expressamente excluiu o empregador da responsabilidade objetiva, quando o dano decorrer de relação de trabalho. Portanto, trata-se de norma e de interpretação superadas, por força de norma hierarquicamente superior.

Portanto, questiona-se: haveria nesse caso uma antinomia? Poderia o dano individual ambiental utilizar-se da responsabilidade objetiva, exceto quanto aos casos de acidente do trabalho? Em tal caso, antes de superar essas dúvidas, importante lembrar uma conclusão precedente, quando se afirmou que o acidente do trabalho é o dano individual decorrente de uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e que pode repercutir até num terceiro (empregado).

Com efeito, foi dito que o §3º do art. 225 da CF teria recepcionado o aludido §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, visto que, em seu texto, em relação à responsabilidade civil ambiental, nada opôs à desnecessidade da demonstração da culpa. Mas isso não é suficiente, pois a *análise* deve ser sempre *sistemática*.

Realmente há uma incompatibilidade entre as normas, ao menos nos casos de dano individual, aqui destacado o acidente de trabalho, que poderia ser classificado como espécie, qual seja, dano ambiental individual do trabalho. A lei infraconstitucional (Lei n. 6.938/81) refere-se, de forma ampla, ao meio ambiente, pois destaca a proteção de qualquer tipo de meio, inclusive o do trabalho. Tendo definido que a integridade física do empregado faz parte deste último, de forma reflexa ou ricocheteada, o trabalhador poderia valer-se das regras da responsabilidade objetiva para o ressarcimento do dano.

Portanto, o § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, da maneira como foi delineado – mesmo sendo recepcionado pelo §3º do art. 225 da Constituição Federal, visto que omissivo quanto ao tipo de responsabilidade civil a ser adotada –, encontra-se diante de um entrave ao ser confrontado com o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal. Neste último, a Carta Suprema estabelece que o acidente do trabalho será indenizado, desde que demonstrado o *dolo* ou a *culpa*, enquanto que, pelo § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, a *culpa* seria desnecessária para a demonstração da responsabilidade civil.

Numa visão superficial, poder-se-ia afirmar ser inconstitucional o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, uma vez que a Constituição Federal determina a indenização em razão da culpa *lato sensu*, contrariando, portanto, exatamente o que a norma infraconstitucional sustenta.

Todavia, essa não é ainda a *conclusão final* a respeito. A norma infraconstitucional entrou em vigor no ano de 1981, enquanto que a nova Constituição, em 1988. Por isso, não se trata de inconstitucionalidade. Poderia ter sido se em confronto com a Constituição ime-

diatamente anterior¹⁶. No entanto, ocorreu a recepção parcial desse dispositivo. Por isso foi automaticamente revogada a parte final do §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 no que se refere aos “terceiros”, frente à atual Carta Magna em razão do inciso XXVIII do art. 7º.¹⁷

A Constituição Federal não possui palavras inúteis, comandos sem expressão e significados alheios ao ordenamento jurídico. Daí, maior razão em acreditar que, havendo um dispositivo o qual indiretamente rechaça o preceito infraconstitucional, existirá maior sensatez para crer na recepção em parte.

Portanto, a revogação parcial do §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, precisamente na parte que se refere aos “terceiros”, afeta não só a utilização da responsabilidade objetiva diante dos danos sofridos indiretamente pelo empregado, mas também a *qualquer dano ambiental individual* em razão de sua lógica *extensão* ao meio ambiente natural, artificial e cultural. Essa é a provável consequência, eis que o meio ambiente é indivisível.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo não foi discorrer extensivamente sobre todos os conceitos narrados. Inclusive, em alguns casos, eles foram mencionados superficialmente.

Assim, a título de conclusão é possível afirmar que:

(i) o ambiente *do trabalho*, como classificação didática do *meio ambiente*, não poderá receber tratamento diferenciado em relação às demais formas, pois deve-se considerar seu amplo contexto. Os fenômenos jurídicos positivos e negativos aproveitam-se de todas as classificações de *meio ambiente*, porque, em verdade, são uma unidade, dividida por mera conveniência didática da doutrina, ainda que à luz da Constituição Federal;

(ii) constatada a incompatibilidade entre o §1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 e o inciso XXVIII do art. 7º do novo modelo constitucional, conclui-se pela revogação parcial do primeiro, por não ter sido recepcionado no momento em que entrou em vigor o segundo;

(iii) o presente ensaio afirmou que a proteção reflexa dos “terceiros”, em razão do dano ao meio ambiente, não estaria sob a égide da responsabilidade *objetiva*, como

¹⁶ O dispositivo constitucional correspondente ao art. 7º, XXVIII na constituição de 1967 era o art. 165, XVI, o qual determinava que a “*previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado*”. Percebe-se que a Constituição atual inova ao “estabelecer (...) que o seguro contra acidentes de trabalho não exclui a indenização a que se obriga o empregador em caso de acidente a que tiver dado causa, seja em razão de dolo ou culpa” (*A constituição do Brasil 1988 comparada e comentada*. São Paulo: Price Waterhouse, 1989. p.207). Portanto, na verdade, mesmo em relação ao texto constitucional de 1967, não se cogitaria a inconstitucionalidade do art. 14, §1º da Lei n. 6.938/81, visto que, naquela, não houve ressalva quanto à forma de responsabilidade civil.

¹⁷ Ivo Dantas, a respeito, destaca que “a vigência de num novo modelo constitucional cria, em relação às normas anteriores, duas possibilidades: na primeira, se não há choque entre a norma inferior e a nova Constituição, esta *recepção* aquela; na segunda, não se há de falar em choque, visto que a Lei se encontra, *ipso facto*, automaticamente revogada.” O jurista continua e argumenta, conforme se afirmou no texto, ao enfatizar sobre a impossibilidade da inconstitucionalidade entre as normas que “na segunda situação, não se há de falar em *inconstitucionalidade*, mas sim em *revogação* de toda legislação anterior que seja contrária ao novo modelo constitucional, conforme pacíficos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.” (DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2003. p. 438).

fundamentada pelo § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, eis que a eles não se aproveita a abrangência dessa norma. Com efeito, não só os trabalhadores que sofreram acidente do trabalho não poderiam utilizar-se da responsabilidade *objetiva* emanada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, porém todos os *terceiros* (sujeitos indeterminados) que sofreram prejuízo *individual* decorrente do dano ambiental.;

(iv) o dano ambiental individual do trabalho, aqui eleito *acidente do trabalho* (ou doença proveniente do trabalho), em uma concepção exagerada, *poderia* ser indenizado pelo critério da responsabilidade *objetiva*, se não vigorasse o inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal. Por tal ordem, a *culpa* é fundamental para a responsabilização civil no contexto trazido ao debate. Portanto, a responsabilidade *subjetiva* se impõe.

9. ABSTRACT:

The occupational accident is consequence of a disturbance in the labor's environment. It equals a form of individual environmental damage. The compensation of that kind of damage is linked to the institute of the subjective civil responsibility, as it is necessary to demonstrate fault in the conduct. This conclusion is supported by the Federal Constitution and not by the 1st par. of article 14, Law n. 6.938/81. Therefore, that last device was received partially by the Federal Constitution.

KEYWORDS: *Damage. Environment. Fault. Occupational accident.*

10. REFERÊNCIAS

A constituição do Brasil 1988 comparada e comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

Constituição da República Federativa do Brasil. 8.ed. RT Legislação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 35, jul./set. 2004.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Luís Carlos Silva. *Curso de direito ambiental.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano moral ambiental – sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ROSSI, Fernando. *Dicionário jurídico ambiental.* Curitiba: Juruá, 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada.* 31. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA

Cristiano Gomes de Brito¹

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo analisar, por meio da doutrina e jurisprudência, o cabimento da ação rescisória, bem como sua função e objetivos.

Palavras Chaves - Processo Civil. Rescisória. Cabimento.

SUMÁRIO:

1. Etimologia – 2. Conceito – 3. Natureza Jurídica – 4. Pressupostos – 5. Admissibilidade – 6. O Julgamento da Ação Rescisória – 7. Conclusão – 8. *Abstract* – 9. Referências.

1. ETIMOLOGIA

A palavra rescisória advém do latim *rescissoria*, forma feminina de *rescissorius*. É a designação que se atribui, comumente, à ação de rescisão e à anulação da sentença. Como adjetivo, porém, exprime ou designa todo procedimento que tenha o objetivo de anular, resolver, rescindir ou resilir um ato jurídico ou uma sentença. Assim, tem a mesma significação de *anulatório*, *resolutório* e *resiliente*.

2. CONCEITO

O art. 467 do CPC declara que, operada a coisa julgada, a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes. Porém, quando ocorrer o trânsito em julgado da decisão² e ela violar literal disposição de lei ou conter defeito ou vício resultante da atividade do poder judiciário, ou do próprio juízo que proferiu a decisão, a parte prejudicada poderá propor a ação rescisória.³ Isso porque pode ocorrer, por ser ato humano, vício na sentença; e a lei, considerando-o grave, prevê sua revisão. Daí a existência da ação rescisória, cujo escopo é, exatamente, rescindir, romper ou cindir a sentença transitada em julgado.

A ação rescisória é intentada com o objetivo de anular o decisório judicial, que já

¹ Doutor em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor na Graduação e Pós-Graduação de Direito Empresarial, Civil e Processual Civil. Advogado. professor@cristianobrito.com.br

² A súmula 541 do STF dispõe: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.” Neste caso, ocorre que a última decisão, embora não sendo de mérito, importa tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente.

³ Oportuno destacar que o art. 59 da Lei nº 9.099/95 dispõe que não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído nos Juizados Especiais Cíveis, bem como, por interpretação extensiva, que tal vedação se estende aos Juizados Especiais Federais, como se depreende do Enunciado nº 44, do 2º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, *verbis*: “Não cabe ação rescisória no JEF. O art 59 da Lei nº 9.099/95 está em consonância com o princípio do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se, também, aos Juizados Especiais Federais.” Isto porque a restrição está em sintonia com os preceitos constitucionais que instituíram os Juizados Especiais, somando-se a isso o fato de que o legislador visou privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional. Desta feita, é perfeitamente possível a restrição dos meios de impugnação de decisões judiciais em vista do pequeno valor econômico em litígio. Por outro lado, restará às partes, em tese, a possibilidade de impetrem mandado de segurança contra decisões finais teratológicas, proferidas pelos Juizados Especiais.

tenha passado em julgado, porque proferido contra expressa disposição de lei, ou porque tenha violado direito expresso, a fim de que restabeleça a verdade jurídica, colocando o direito do ofendido em sua posição anterior. É a ação pela qual se pede a decretação da nulidade ou ilegalidade da sentença proferida.

Explica Barbosa Moreira (2003:99), de forma mais sintética, que é a ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo da matéria nela julgada.

Assim, a rescisória é uma ação constitutiva, com hipóteses de cabimento taxativas, que tem como objetivo a desconstituição da sentença, ou decisão interlocutória, ou decisão singular, ou acórdão transitado em julgado com julgamento de mérito, e, excepcionalmente, sem julgamento de mérito, mas sempre contaminados com vício anulável, com o escopo de julgar validamente a matéria constante na decisão rescindenda.⁴

Importante destacar que o art. 486 do CPC dispõe que os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. Já a sentença de mérito não pode ser anulada por ação *anulatória*; mas, sim, impugnada por ação *rescisória*, nos termos do art. 485 do CPC. Por essas previsões legais, a sentença meramente homologatória e a sentença terminativa não podem ser impugnadas por meio de ação rescisória; nesses casos, cabem apenas os recursos conforme previsto na lei. Por outro lado, os atos processuais praticados pela partes, como a adjudicação, a transação, acordos etc., podem ser rescindidos como os negócios jurídicos em geral, por meio de ação *anulatória*.

Apesar de o artigo 485 do CPC tratar de *sentença*, por uma interpretação teleológica, a ação *rescisória* é cabível contra todas as decisões, dentre elas, a decisão singular, os acórdãos, a sentença e, excepcionalmente, a decisão interlocutória. Nesta última hipótese, é admitida a propositura de ação *rescisória* para a desconstituição de decisão interlocutória que, do ponto de vista substancial, decida uma questão de mérito, isto é, considerada sentença de mérito, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista substancial.⁵

⁴ Ação rescisória. Ação de conversão em divórcio. Pedido formulado em conjunto pelo casal. Sentença meramente homologatória. Possibilidade jurídica do pedido inócua. Preliminar acolhida para decretar a extinção do processo sem resolução de mérito. 1. A possibilidade jurídica do pedido consiste em existir, na ordem jurídica, previsão abstrata para a tutela jurisdicional pretendida. 2. Somente a sentença definitiva é rescindível (art. 485 do CPC). 3. Entretanto, a sentença meramente homologatória não está sujeita à rescisão (art. 486 do CPC). 4. É juridicamente impossível o pedido de rescisão de sentença homologatória, circunstância que gera carência de ação. 5. Preliminar de carência de ação acolhida com decreto de extinção do processo sem resolução de mérito. (TJMG. AR 1.0000.07.452131-1/000(1). Rel.: Caetano Levi Lopes. D. Julgamento: 01/10/2008)

⁵ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 26, 05%. AÇÃO RESCISÓRIA. PROPOSITURA CONTRA RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO DE DECISÃO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. EXCEÇÃO. ART. 485, CAPUT, DO CPC. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. 1. A parte autora que litiga sob o pálio da assistência judiciária não se mostra obrigada ao depósito previsto no art. 488, inc. II, do CPC. Preliminar de inépcia da petição inicial rejeitada. 2. Segundo o art. 485, *caput*, do CPC, cabe ação rescisória de sentença de mérito transitada em julgado. Por conseguinte, em regra, não se presta para desconstituir acórdão proferido em recurso especial que julga, em última análise, decisão de natureza interlocutória. 3. Hipótese em que se apresenta aplicável a exceção à regra. O acórdão rescindendo, proferido pela Sexta Turma nos autos do REsp 230.694/SE, ao julgar incabível a concessão do reajuste de 26,05%, reformou decisão interlocutória que, em execução, determinara a citação da União e o cumprimento da obrigação de fazer, consistente em implantar nos proventos do autor o reajuste em tela. 4. Por conseguinte, além de examinar o próprio mérito, acabou por impedir a percepção do reajuste pelo autor da ação rescisória, já assegurado em sentença transitada em julgado. Assim, incorreu em julgamento *extra petita* e contrariou a coisa julgada, violando, de forma literal, os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. 5. Pedido julgado procedente. (AR 2.099/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007, DJ 24/09/2007, p. 243).

Esclarece Cândido Rangel Dinamarco (2007:291) que uma interpretação sistemática do art. 485, *caput*, do CPC, conduzida pela lógica do razoável, impõe o entendimento de que o emprego da locução *sentença de mérito* é substancialmente destinado a indicar a rescindibilidade dos atos judiciais sobre o *meritum causae*. Como esses pronunciamentos judiciais deveriam vir sempre em uma sentença, então falou ele em sentenças de *mérito*; mas, surgindo na experiência concreta uma decisão atípica, como essa aqui examinada, prevalece a substância do preceito ditado em lei e não as formas de sua expressão verbal. A decisão interlocutória que solucionar o mérito será uma decisão de mérito, e como tal deve ser tratada. Ser *interlocutória* significa somente ser proferida no curso do processo, sem pôr fim à fase cognitiva, nem determinar o esgotamento do procedimento em primeiro grau jurisdicional; não significa não ser de mérito, embora o legislador não houvesse cogitado de decisões interlocutórias de mérito.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2007:771), se se enfrentou matéria de mérito, mesmo sob a forma de decisão incidental, terá havido, para efeito da ação rescisória, sentença de mérito. Sob esse enfoque, o STF decidiu que é cabível ação rescisória contra despacho do relator que, no STF, nega seguimento a agravo de instrumento, apreciando o mérito da causa discutido no recurso extraordinário.

Por oportuno, é necessário distinguir sentença *rescindível* e sentença *nula* ou *inexistente*. *Inexistente* é a sentença desprovida de elementos essenciais, ou proferida em processo em que falte pressuposto de existência, ou proferido por órgão desprovido de jurisdição. Mas a sentença pode existir e ser nula, e.g., se julgou *extra petita*.

Em grau de recuso, poderá a parte requer a nulidade da sentença, por estar viciada. Porém, se houver trânsito em julgado, esta nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O vício, que pode ser alegado em recurso, não impede que, improvida a nulidade e preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante rescisão.

3. NATUREZA JURÍDICA

A ação rescisória não é um recurso. É ação de conhecimento, de natureza constitutiva negativa, com pretensão de que seja proferida decisão que rescinda a sentença anteriormente prolatada, expurgando do mundo jurídico todos os efeitos dela decorrentes.

Por ser uma ação independente e por não ser recurso não está sujeita a nenhum efeito devolutivo, que provoque o reexame de questões de fato e de direito julgadas na sentença rescindenda. Refere-se à nova ação, com fundamento diverso do processo onde se proferiu a decisão a se rescindir. Ademais, não suspende a execução normal e definitiva da sentença rescindenda. Porém o artigo 489 do CPC estabelece que o “ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso

imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar⁶ ou antecipatória de tutela⁷.

Por sua natureza, a rescisória implica a necessidade de um duplo pedido, ou seja, o *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium*: o pedido de *rescisão* e o pedido de novo *juízo*. Pede-se tanto a anulação da sentença, a fim de que seja declarada insubsistente, como também o julgamento da espécie, visando modificar o decisório constante da sentença rescindenda. Daí surgem os efeitos: se a rescisória é admitida, a ação ordinária se reaviva, e as partes se colocam novamente na posição anterior, até que se resolva novamente o mérito da ação originária. Contudo, se o pedido não for julgado procedente, tudo persistirá como antes, sofrendo o autor da rescisória os encargos de sua ação, inclusive os próprios danos e indenizações que dela podem ocorrer.⁸

4. PRESSUPOSTOS

Os pressupostos indispensáveis da rescisória, além daqueles necessários para todas

⁶ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO JULGADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. URP DE FEVEREIRO/1989 (26,05%). NÃO-CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, admite-se a concessão de medida cautelar para conferir efeito suspensivo a ação rescisória. 2. Tendo em vista que a matéria debatida na espécie possui natureza constitucional, que se exsurge em face da existência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre os reajustes em discussão, é inaplicável a Súmula 343/STF. 3. A plausibilidade do direito invocado na ação rescisória encontra-se amparada na pacífica jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que a Lei 7.730/89, que instituiu o Plano Verão, foi editada anteriormente à implementação dos requisitos exigidos para o percebimento do reajuste de 26,05%, relativo à URP de fevereiro de 1989, razão pela qual não há falar em direito adquirido. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 464.279/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006 p. 339). PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO RESCISÓRIA. 1. Admitindo-se atualmente a medida cautelar para sustar os efeitos da coisa julgada, quando em curso ação rescisória, exige-se a presença dos pressupostos ensejadores da cautela. 2. A fumaça do bom direito está representada pela pertinência da rescisória, cujo processamento foi admitido nesta Corte. 3. O perigo na demora tem de ser avaliado para ambas as partes. Enquanto o Estado, se vencedor na ação de impugnação, terá dificuldades de receber de volta o valor da indenização, de considerável proporção, não correrão riscos os requeridos, que já receberam quase a totalidade da indenização. 4. Medida cautelar julgada procedente. (MC 1.258/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, julgado em 22.03.2006, DJ 11.09.2006 p. 213).

⁷ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CPCB. FUNDAMENTOS DESTINADOS À OBTENÇÃO DO PROVIMENTO DE URGÊNCIA QUE NÃO ENCONTRAM, NO ACERVO DOCUMENTAL QUE INSTRUI A INICIAL, O RESPALDO NECESSÁRIO. DESPROVIMENTO. 1. A concessão da antecipação de tutela, nos domínios da ação rescisória, constitui medida excepcionalíssima, “[...] eis que não é razoável presumir-se a existência da aparência do bom direito contra quem tem, a seu favor, a coisa julgada obtida em processo de cognição exauriente” (AGRG na AR 3586/RS, 2.ª Seção, Relator Ministro Castro Filho, DJ 07.12.2006). 2. Nesse diapasão, cumprirá ao autor da rescisória a observância às disposições contidas no artigo 273 do CPCB, sob a óptica de que está pleiteando, em sede de tutela de urgência, a suspensão da eficácia de decisão transitada em julgado. 3. No caso dos autos, a postulação antecipatória não encontra, considerando as ponderações acima, sustento no acervo probatório já inserido com a inicial. 4. Desprovimento. (AgRg na AR 4.036/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Terceira Seção, julgado em 08/10/2008, DJ 17/10/2008).

⁸ “Ação rescisória não tem a feição de recurso originário e não se presta ao reexame de todas as questões de fato e de direito, mediante o rejuízo da causa. (STJ. AR 372.0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; RSTJ 68/17). A ação rescisória não promove revisão do conjunto probatório, nem se presta para apreciar a justiça da decisão, a boa ou má interpretação dos fatos, ao exame da prova produzida ou a sua complementação. Ela é definida como julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada- seria recurso-, mas já o direito subjetivo da parte, já resolvido, bem ou mal, no Juízo Rescisório. Mas tão-só, dentro das hipóteses do art. 485 do CPC, verificar se a sentença rescindenda definiu o fato, fazendo aplicar adequadamente a lei.” (TJPB. AC. na AR 92.003033-3, Rel. Des. Antônio Elias de Queiroba. RF 91/111; RT 707/139).

as ações comuns (art. 3º do CPC), são: *a* – a existência de sentença de mérito transitada em julgado⁹, admitindo-se, excepcionalmente, sentença sem julgamento de mérito; *b* – invocação de algum dos motivos de rescindibilidade do julgamento taxativamente expresso no art. 485 do CPC.¹⁰

No Código de Processo Civil pretérito, era possível a rescisão tanto da sentença de mérito quanto das sentenças terminativas sem julgamento de mérito.

O Código vigente tem como motivação o fato de que as sentenças terminativas sem julgamento de mérito não fazem coisa julgada material. Assim, a parte pode obter julgamento válido, via nova ação, sem depender da rescisória para isso. Mas há hipóteses raras de cabimento de rescisória sem o julgamento do mérito, como é o caso da ação que foi extinta sem julgamento do mérito com esteio no reconhecimento da coisa julgada. Neste caso, a parte não poderá ajuizar nova ação, tendo em vista os impedimentos do artigo 268 do CPC, mas, sim, caberá a ação rescisória para desconstituir a decisão viciada, se presentes as hipóteses de cabimento do artigo 485 do CPC.

Considera-se como sentença de mérito, chamada pelo artigo 269 do CPC de “resolução de mérito”, aquela referente ao conteúdo decisório, ou seja, a matéria enfrentada pelo juiz¹¹.

Se a matéria decidida julgou matéria de mérito, mesmo sob a forma de decisão incidental, terá ocorrido sentença de mérito, suscetível de rescisão¹².

A amplitude extrema das possibilidades de desconstituir as decisões de mérito transitadas em julgado acarretaria deturpação na principal característica da coisa julgada, que é a imutabilidade quase absoluta, e, conseqüentemente, afrontaria a segurança jurídica da sociedade, sua estabilidade e a paz social.

Imperioso consignar que Humberto Theodoro Júnior (2007:637) reforça a autoridade da coisa julgada, citando Liebman. Afirma que o Código em vigor qualifica a coisa julgada

⁹ Ação Rescisória - Sentença que decide sobre alimentos - Inadmissibilidade - Processo extinto. O artigo 485 do Código de Processo Civil é taxativo ao estabelecer as hipóteses de cabimento da ação rescisória, e não admite interpretação analógica ou extensiva. Não pode ser rescindida a sentença proferida em ação revisional de alimentos, uma vez que, não transitando em julgado, não faz coisa julgada material. Incabível a ação ajuizada, o processo deve ser extinto. (TJMG. AR 1.0000.05.416930-5/000(1) Rel.: Jarbas Ladeira. D. Julgamento: 02/04/2008).

¹⁰ AÇÃO RESCISÓRIA - DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. O artigo 485 do CPC estabelece os pressupostos para a admissibilidade da ação rescisória, que são: existência de julgamento de mérito e trânsito em julgado da decisão. Necessário o pressuposto de existência de coisa julgada material, o que não pode ser verificado quando a decisão rescindenda tiver sido prolatada em sede de procedimento de jurisdição voluntária. Nesse caso, o art. 486 do CPC dispõe que a rediscussão do tema é cabível em sede de ação anulatória. Inadequada a via eleita, o processo deve ser extinto sem análise meritória. (TJMG. AR 1.0000.05.418361-1/000(1) Rel(a). Vanessa Verdolim Hudson Andrade. D. Julgamento: 01/08/2007).

¹¹ O Art. 269 do CPC dispõe: “Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.”

¹² “Não cabe ação rescisória de acórdão ou sentença que deu pela carência da ação, ainda que, por erro de técnica, decretou a improcedência” (TJSP, AR 13.224-5. Rel. Des. José Santana. RTJSP 196/273). “Não cabe rescisória de acórdão que não conhece do recurso.” (TJSP. Ac. un. do 5º Gr. Câms. AR 225.253, Rel. Des. Mathias Coltro). “Acórdão que não conhece da apelação, por intempestiva, não admite ação rescisória” (TACivSP. AR 424.888-00/2, Rel. Juiz Adail Moreira; RT 718-186).

“como uma qualidade especial do julgado, que reforça sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material)”. Essas qualidades dos efeitos, segundo Liebman, citado pelo autor, “são de necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica”.

Essas várias características da ação rescisória e de seus efeitos implicaram a restrição de seu cabimento. O CPC enumerou, taxativamente, nove hipóteses de cabimento, com o intuito de violar, ao mínimo, a coisa julgada, e, conseqüentemente, proteger a segurança jurídica, assim como, por outro lado, garantir o julgamento válido¹³.

Quanto ao segundo pressuposto, invocação de algum dos motivos de rescindibilidade do julgamento, o *defeito* ou *vício* da sentença configura, via de regra, *ex parte iudicis*, podendo esse vício ser resultante da atividade do poder judiciário ou do próprio juízo que proferiu a decisão. Este se refere ao *errores in iudicando*, como p.ex. o erro de fato, previsto no art. 485, IX do CPC. Aquela, refere-se ao *errores in procedendo*, e.g. a incompetência absoluta do órgão julgador.

5. ADMISSIBILIDADE

O art. 485 do CPC elenca os casos que dão ensejo à ação rescisória. O rol é taxativo, não sendo admitido utilizar-se da analogia para ampliá-lo, ou seja, não é possível criar novas hipóteses.¹⁴

Também, não se aplica ação rescisória contra sentença que admite recurso, ou contra aquela em que os vícios ou nulidade possam ser arguidos em embargos à execução, como, p. ex., a rescisória sob fundamento de *falta* ou de *nulidade* de citação, porque essa matéria deve ser deduzida em embargos à execução, nos termos do art. 741, I do CPC.

Importante asseverar que cada um desses fundamentos enumerados neste inciso é suficiente por si só. Não é necessário conjugá-los entre si, nem conjugar qualquer deles com alguma outra circunstância. Aos vários fundamentos possíveis correspondem outras tantas causas de pedir, diversas e autônomas, sendo que a invocação de uma não exclui a de quaisquer das restantes.

Assim, são motivos ensejadores da ação rescisória quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

¹³ É cabível ação rescisória contra despacho do relator que, no STF, nega provimento a agravo de instrumento, apreciando o mérito da causa discutido no recurso extraordinário. (STF. AR n. 1.154-6-SP, Rel. Mim. Moreira Alves. RT 593/241). “... Contudo, se a decisão proferida constitui autêntico exame de mérito, de forma que, deferida ou indeferida a pretensão, não resta outra providência, pondo o *decisum* fim ao processo, contra ele cabe, evidentemente, ação rescisória...” (1º TACivSP, AR n. 380.002, Rel. Juiz Bruno Neto. RT 634/92).

¹⁴ Não cabe rescisória para corrigir erro material de sentença ou acórdão, porque o erro não transita em julgado. (STJ-RT 727/156). Procedente a rescisória que, por informação errônea do cartório, não conheceu de agravo de instrumento. (RJTJESP 33/187). Há erro de fato se este último ficou evidentiíssimo nos autos e foi negado pela decisão rescindenda. (RF 293/246). O erro de fato, a ensejar a rescisória, há de ser causa determinante e essencial da sentença. Sobre esse erro, ademais, não pode ter havido controvérsia e pronunciamento judicial. Eventual injustiça do julgamento não autoriza a rescisão. (TACivSP AR 472.498-7, rel. Juiz Ferraz Nogueira; RF 323/235; RT 683/100).

No Código anterior, o legislador utilizou a expressão *juiz peitado*, mas, na sistemática atual, o poder legiferante preferiu valer-se de dos conceitos específicos de Direito Penal.

Prevaricação é o *nomem iuris* do delito, definido em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (art. 319 do CP).

Concussão é a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, de vantagem indevida (art. 316 do CP).

A corrupção, no caso, *passiva*, é conceituada como a solicitação ou recebimento, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem (art. 317 do CP).¹⁵

Desse modo, para que se configure o vício na sentença, não é necessário o rigor do Direito Penal para apuração dos fatos. Para Barbosa Moreira (2003:107), basta que o comportamento do juiz corresponda a um desses tipos penais.

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente

Reza o art. 134 do CPC que o juiz não pode exercer suas funções em determinados processos, quando ocorrer qualquer dos fatos que o tornem impedido.

Quando a sentença é proferida por juiz impedido, pode, por se tratar de nulidade absoluta, ser anulada em qualquer grau de recurso.¹⁶

Mister se faz explicar que as causas de impedimento não se confundem com as de suspeição. Aquelas se referem aos fatos que impedem a atuação do juiz no processo. Nestas, só encontram razão em circunstâncias determinadas, como as do art. 135 do CPC, que, examinadas, indicam sérias possibilidades de o juiz ser parcial, inibindo a atuação apenas quando alegada pelos interessados ou acusada pelo julgador *ex officio*.¹⁷

Assim, só o *impedimento*, e não a *suspeição*, torna rescindível a sentença.

Mas, se for relativa a incompetência, cabe à parte o ônus de argui-la em tempo hábil, por meio de exceção de incompetência, sob pena de ser prorrogada a competência,

¹⁵ Para que a rescisória seja favoravelmente acolhida, não é necessário que o juiz tenha sido previamente condenado no juízo criminal. Permite-se que a prova do vício seja feita no curso da própria rescisória. Confira-se: Quando o pedido da rescisão tem por fundamento prevaricação, concussão ou corrupção do Juiz, embora não se reclame prévia condenação penal, urge que se apure anomalia na própria ação rescisória, sem o que o pleito não pode vingar. (TACivRJ. AR 73/91, rel. Juiz Pinto Nogueira; Arq. TARJ 18/51).

¹⁶ Para a procedência da rescisória, é irrelevante que a incompetência tenha sido articulada, ou não, na ação principal. (RT 636/167).

¹⁷ AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA PROFERIDA POR JUIZ DE VARA CÍVEL, EM SEDE DE AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, NA QUAL ERA PARTE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO PROCEDENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Em se tratando de empresa pública da União, a incompetência da Justiça comum é absoluta, argüível de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição. Exegese do artigo 109, II, da Constituição Federal c/c artigo 113 do Código de Processo Civil. Sentença rescindenda proferida por juiz absolutamente incompetente. Pedido inicial julgado procedente. (TJMG – AR 1.0000.05.424082-5/000(1). Rel.: Domingos Coelho. D. Julgamento: 15/02/2006).

desaparecendo, portanto, o vício.

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei

Estatui o art. 14, II do CPC, que as partes do processo devem agir com lealdade e boa-fé, não impedindo ou dificultando a atuação processual do adversário, e.g., o autor obsteu a que o réu tomasse conhecimento real da propositura da ação, ou de qualquer modo ficou revel.¹⁸ Nem deve influir no convencimento do magistrado, de modo a afastá-lo da verdade.

Mister se faz, para a rescisória, o nexo de causalidade entre o dolo e pronunciamento do órgão judicial. Afirma Babosa Moreira (2003:124) que o resultado do processo precisa ter sido o que foi em razão do comportamento doloso. Exige-se que, sem este, a decisão houvesse de ser diversa.¹⁹

A doutrina entende que o dolo pessoal da parte equipara-se ao de seu representante legal, e, bem assim, o do advogado, por meio do qual o litigante atua normalmente em juí-

¹⁸ AÇÃO RESCISÓRIA - NULIDADE DA CITAÇÃO - VÍCIO JURÍDICO QUE PODE SER DISCUTIDO EM SEDE DE RESCISÓRIA - DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA - CARACTERIZAÇÃO - CITAÇÃO EDITALÍCIA EIVADA DE VÍCIO - SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. Não obstante seja preferível a “querela nullitatis” para o reconhecimento de nulidade da citação, não pode ser considerada inadequada a ação rescisória para a declaração do vício de pleno direito da sentença proferida. Segundo orientação adotada na Lei Adjetiva, a rescisória é uma ação, destinada a uma efetiva prestação jurisdicional resolutória da sentença rescindenda, cujo efeito visa a descaracterizar, devendo, todavia, nesse mister, observar, cuidadosamente, se se encontra presente um dos requisitos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, em virtude de não se poder agasalhar uma natureza recursal a esse meio jurídico, desservindo, ainda, como forma de se discutir a injustiça de “decisum” anterior. O dolo a que se refere o artigo 458, III, do Digesto Instrumental é aquele que, praticado no processo, leva o juiz a proferir sentença que, por certo, não teria sido prolatada se não fosse a atividade processual dolosa, evidenciando-se esse vício no momento em que a parte falta ao dever de lealdade e boa-fé, dirigindo sua vontade conscientemente no sentido de contrariar o direito, sendo necessário o nexo causal entre o comportamento doloso e a sentença resultante. Evidencia-se o dolo processual, capaz de ocasionar a rescisão da sentença se a parte, em ação de usucapião, sabendo do endereço do réu, omite tal fato e, maliciosamente, requer sua citação por edital, ao argumento de que o mesmo se encontra em lugar incerto e não sabido, impedindo assim, o regular exercício do direito de defesa pelo seu oponente. A citação realizada pela via editalícia, quando há possibilidade de chamamento pessoal do réu em ação de usucapião, implica nulidade, que vicia o feito “ab initio”. (TJMG. AR 2.0000.00.283517-0/000(1). Rel.: Jurema Miranda. D.Julgamento: 20/12/2000).

¹⁹ AÇÃO RESCISÓRIA - SENTENÇA EM AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA – OBJETO DO PEDIDO – COISA JULGADA MATERIAL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ANALISADA EM AGRAVO – IMPERTINÊNCIA – DOCUMENTO NOVO – NECESSIDADE DE QUE NÃO SEJA CONHECIDO PELA PARTE OU TENHA SUA APRESENTAÇÃO IMPOSSIBILITADA – DOLO PROCESSUAL – TRANSAÇÃO NÃO INFORMADA AO JUÍZO - DEVER DA PARTE PREVISTO NO INSTRUMENTO – PREJUÍZO À ATUAÇÃO DO RÉU – MAGISTRADO INDUZIDO A CONCLUIR PELA PERSISTÊNCIA DO DÉBITO. Sem olvidar que a sentença a que se refere o artigo 485 do Código de Processo Civil corresponde, na verdade, à decisão final da lide, seja ela proferida em instância originária ou recursal, o objeto do pedido de rescisão, por óbvio, é a coisa julgada material formada com o julgamento da pretensão resistida, o que não ocorre na posterior análise pela instância recursal de questão meramente interlocutória, como a inadmissão de recurso de apelação. O documento a ensejar a propositura da lide rescisória é aquele que, não obstante já existisse quando da sentença, era ignorado pela parte ou teve sua apresentação em juízo impossibilitada por motivos de força maior, como a retenção por terceiros, o extravio, etc. - Resta configurado o dolo processual do autor, a ensejar a rescisão da coisa julgada, quando transaciona com o réu, obrigando-se expressamente a informar tal acordo em juízo, e, no entanto, furta-se de fazê-lo, dificultando a atuação processual do réu e afastando o magistrado da verdade dos fatos, induzindo-o a concluir pela persistência do débito existente entre as partes, com o acolhimento do pedido exordial. (TJMG. AR 1.0000.05.420666-9/000(1). Rel.: Elias Camilo. D.Julgamento: 15/12/2005).

zo²⁰.

Desse modo, como ensina Ernane Fidélis (2006:617), o dolo deve sempre ter influência sobre a sentença, mas isso não importa dizer que ela, necessariamente, poderia ser outra, a ponto de, reconhecido o vício, ser obrigatória decisão contrária.

Quanto à colusão, o juiz deve impedir que as partes utilizem o processo para, maliciosamente, obter resultado contrário à ordem pública, devendo o magistrado, com fulcro no art. 129 do CPC, proferir sentença que obste aos objetivos das partes. Nesses casos, é necessário que as partes tenham atuado *in fraudem legis*, que tenha havido ajuste, concerto, prévio entendimento com propósito fraudatório, para que a sentença anule o processo e, por consequência, declare-o sem efeito.

Porém, deve-se distinguir processo *simulado* e processo *fraudulento*. Neste, o resultado é verdadeiramente querido; as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como único meio utilizável para atingir um fim vedado por lei. Naquele, as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros.²¹

De se gizar que os sucessores de qualquer das partes do processo fraudulento, o terceiro juridicamente interessado, e o Ministério Público, possuem *legitimatío ad causam* para propor ação rescisória.

IV – ofender a coisa julgada

Ocorre *coisa julgada* material quando a sentença que julgou a lide transita em julgado. Isso impedirá que os elementos presentes numa demanda sejam rediscutidos em outra ação.

Havendo outro litúgio com os mesmos elementos da ação anterior, o réu deve suscitar a matéria como preliminar da contestação (art. 301, VI), podendo até o juiz conhecê-la de ofício (art. 3001, §4º), uma vez tratar-se de matéria de ordem pública.

Contudo, se não foi arguida ou acolhida a tese de coisa julgada e mesmo assim houver uma decisão que viole a coisa julgada da primeira ação, pode o prejudicado ajuizar ação rescisória, com base no inciso IV.

Desta feita, se outra decisão violar imperativo legal e ofender a coisa julgada, contrariando o que já está solucionado e garantido, com força de definitividade entre as partes, impossibilitando o juiz de emitir novo pronunciamento sobre a matéria já decidida, poderá ser rescindida.

Com a motivação de ofensa à coisa julgada, na rescisória, só pode ocorrer o *iudicium rescindens*, pois não se procede a novo julgamento. Apenas declara-se a ineficácia do

²⁰ Para obter-se a desconstituição da sentença, com fundamento no art. 485, inc. III do CPC, é preciso demonstrar na rescisória que o dolo do vencedor foi causa indireta e exclusiva da prestação jurisdicional entregue. O dolo não se presume. Compete à autora a comprovação do dolo com que a ré tenha agido no curso da ação em que foi proferida a sentença rescindenda. Não se pode ver dolo em simples equívoco e omissão da peça preambular. (TJPR. AR 7.151-0, rel. Des. Osiris Fontoura; Paraná Judiciário 45/132). O dolo a que se refere o inciso III do art. 485 do CPC ocorre quando a parte impede ou dificulta a atuação processual do adversário, ou influenciado juízo do magistrado, de modo que o pronunciamento do órgão judicial teria sido diverso se incorrentes tais vícios processuais. (RJTAMG 24/83). Não caracteriza dolo processual, ensejador de propositura de ação rescisória, o simples fato de a parte silenciar a respeito de fatos contrários a ela, posto que tal proceder não constitui ardil do qual resulta cerceamento de defesa ou desvio do juiz de uma sentença justa. (RT 673/67).

²¹ Barbosa Moreira (2003:125).

segundo julgamento.

Assim, qualquer nova decisão, entre as mesmas partes, violará a intangibilidade da *res iudicata*. A sentença será rescindível, dado o impedimento em que se achava o juiz de proferir nova decisão.

V – violar literal disposição de lei

Para Amaral Santos (1999:455), decisão proferida contra literal disposição de lei é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*erro in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*).

Há violação literal de lei quando a sentença, erroneamente, nega vigência ao dispositivo legal, ou deixa de aplicá-lo²². A mais comum de todas as violações à literal disposição de lei é a que, na verdade, atenta contra o sentido claro do texto. A clareza do texto, contudo,

²² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. (PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - PRESCRIÇÃO DECENAL - SÚMULA 343 DO STF - MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS.). 1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum* não há como prosperar, porquanto inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o *decisum* embargado assentou-se nos seguintes termos: 1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo. 2. A pretensão dos autores de rediscutir matéria preclusa, mediante a revisão da decisão transitada, sob o argumento de que o acórdão rescindendo, ao não determinar a aplicação da prescrição decenal - importando a tributação das parcelas prescritas-, violou disposições literais de lei, é transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais. 3. É cediço na Corte que, "para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos" (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004). 4. A doutrina encampa referido entendimento ao assentar, *verbis*: "(...) a causa de rescindibilidade reclama 'violação' à lei; por isso, 'interpretar' não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, *caput*: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória'. Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Aliás devemos ter sempre presente o texto da Súmula nº 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindendo se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. A contrario sensu, se a decisão rescindendo isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação." (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 2ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, págs. 849/850) 5. Apenas em caráter de obter *dictum*, posto compor uma das etapas da ação proposta o *iudicium rescissorium*. 6. Consoante a Súmula n.º 343/STF, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindendo se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. 7. O E. STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo a quo do prazo prescricional, nas causas in foco, pela sua Primeira Seção no julgamento do ERESP nº 435.835/SC, em 24/03/2004, onde ficou assentada a irrelevância, para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF, o que afasta o prazo decenal pretendido pela autora. 8. Agravo regimental improvido. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 860.161/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 27/11/2008).

deve conjugar-se com as finalidades da lei.^{23, 24}

In casu, a rescisória não se aplica ao fundamento de sentença injusta ou justa, de melhor interpretação da lei pelo julgador, sendo que a violação de lei expressa refere-se ao desprezo do julgador de uma lei que regule claramente a hipótese, e cuja não aplicação ao caso concreto, implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público.²⁵

É ônus de o autor indicar, na inicial, a norma que, segundo ele, foi infringida, especificando, claramente, o conteúdo, a referência ao número de artigo, indicando, por fim, o eventual equívoco na menção.

A rescisória não tem como escopo a correção da má aplicação do direito, haja vista que o interesse público e a coisa julgada falam mais alto. Como ensina Ernane Fidélis (2006:619), daí restringir a motivação à literal disposição de lei, ou seja, dispositivo legal escrito, não importando, porém, sua forma e origem.²⁶

De se gizar que para bem compreender a lei, o intérprete deve socorrer-se de outros elementos interpretativos, buscando seu sentido teleológico, finalístico e analisando o dispositivo não isoladamente, mas como parte de um sistema.²⁷

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória

A prova da falsidade tanto pode ser apurada em processo criminal, como produzida nos próprios autos da ação rescisória. Se houver sentença criminal declaratória da falsidade, sobre esse vício não mais se discutirá na rescisória. Não importa qual seja a espécie de prova, pois, apurada sua falsidade no juízo criminal, a rescisória é autorizada. A controvérsia poderá girar apenas sobre ter sido ou não a prova falsa do fundamento da decisão rescindenda.

²³ O que configura a violação de disposição legal é a interpretação teratológica, aquela que afronta, por lhe faltar justificativa lógica ou pelo menos razoável, o direito ou à lei; não aquela sobre a qual os Tribunais dissentem, ensejando julgados que se contrapõem. (TACivRJ. AR 10/92, rel. Juiz Carlos Ferrari, Arq. TARJ 19/200).

²⁴ O extinto TAMG assim decidiu: EMENTA: RESCISÓRIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - INCIDENTE DE FALSIDADE. Viola a integridade do ordenamento jurídico, ensejando ação rescisória, a decisão que admite e julga procedente denunciação da lide em incidente de falsidade, finalizando por condenar o “denunciado” a responder pelo pedido contido na ação principal, da qual ele nem foi parte. (TJMG. AR. 366.121-2, Re. Vieira de Brito, 3º DJ 11/09/03).

²⁵ Contrariedade à Súmula do STF não é fundamento para a propositura de ação rescisória com base no inc. V do art. 485 do CPC. (STF. AR 1.049-3-GO, rel. Min. Moreira Alves; DJ de 27.05.83, p. 7.532).

²⁶ A Súmula 343 do STF enuncia: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Todavia, o STJ entende não ser esse enunciado absoluto, decidindo: AÇÃO RESCISÓRIA. CONDIÇÃO DA AÇÃO.A JURISPRUDÊNCIA CONSAGROU NÃO CABER AÇÃO RESCISÓRIA QUANDO, A DATA DA DECISÃO RESCINDENDA, A INTERPRETAÇÃO ERA DIVERGENTE NOS TRIBUNAIS. URGE, POREM, REGISTRAR UMA EXCEÇÃO, OU SEJA, SE AS ORIENTAÇÕES AFRONTAM LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. (AR 46/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.11.1989, DJ 18.12.1989 p. 18454).

²⁷ O pedido rescisório não é meio idóneo para nova abordagem interpretativa de prescrições legais, a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca. (STF. AR 1.124-SP, rel. Mím. Francisco Rezek, RTJ 110/487). No Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a Constituição materializa, em seus preceitos. Não há ato jurídico perfeito nem coisa julgada em afronta à Constituição, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos, ao STF – CF, art. 102, caput. Se o julgado rescindendo amparou-se em texto legal, absolutamente nulo, por violar a CF, admite-se a ação rescisória, com base no art. 485, inc. V, do CPC, sem interferência da Súmula 343/STF, na espécie. (TRF/1ª R., na Ap. 94.01.09402-0MG, de 30.05.95, rel. Juiz Souza Prudente). A rescisória não corrige eventual má interpretação da prova. (RSTJ 5/17).

Para se propor ação rescisória não se precisa aguardar que seja proferida sentença penal, nem mesmo que seja instaurado processo-crime, pois a declaração de falsidade é possível no próprio processo da rescisória.²⁸

Isso porque, como expresso no texto legal, a falsidade da prova em que se fundamentou a decisão pode ser apurada no próprio juízo da rescisão, independentemente de qualquer pronunciamento no juízo criminal, embora, neste caso, vigore o prazo comum decadencial de dois anos.²⁹

Porém, a má ou errônea apreciação da prova não é causa de rescisão.

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou que não pode fazer uso capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, mas à época de sua produção, como prova em face do processo em que se deu a sentença impugnada.

Para fundamentar a rescisória o documento deverá ser de relevante significação diante da sentença. Sua existência, por si só, deve ser causa suficiente para assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento diverso daquele contido na sentença impugnada e que, naturalmente, lhe seja favorável.

Documento, neste caso, refere-se à representação material do fato e não de qualquer escrito ou declaração. “Novo” é o documento que não foi *apresentado*, não o que foi *elaborado* depois. O documento, que se elabora depois, tem importância para provar fato novo, mas não é documento *novo* para provar fato já ocorrido³⁰.

Seja qual for o motivo da impossibilidade de sua utilização, é necessário que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento.

²⁸ A falsidade documental consiste em formar documento não verdadeiro ou alterar documento verdadeiro. Assim, se a pessoa que o firmou não corresponde à que aparece como subscrito, correu a hipótese de falsidade pessoal. (TACivSP. AR 558.344/4, rel. Juiz Nivaldo Balzano; RT 720/143). Para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença. (RTJ 82/333, RSTJ 106/153, RT 502/161, RF 247/161).

²⁹ EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA - PROCEDIMENTO ADEQUADO A DESCONSTITUIR SENTENÇA - ARTIGO 485, VI DO CPC - FALSIDADE DOCUMENTAL - COMPROVAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - É possível e suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário a Ação Rescisória interposta para desconstituir decisão fundada em documento no qual foi aposta falsa assinatura da fiadora, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do CPC. - Demonstrado nos autos da Ação Rescisória, mediante Laudo Pericial, que a assinatura da fiadora foi falsificada, procede o pedido rescisório. (TJMG. AR 1.0000.07.450915-9/000(1) Rel. Osmando Almeida. D. Julgamento: 10/06/2008).

³⁰ AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 485, VII DO CPC. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO. INEXISTÊNCIA. A ação rescisória proposta com fundamento no art. 485, inciso VII do CPC pressupõe a existência de um documento novo, compreendido como aquele já existente à época em que foi proferida a sentença, porém do qual não se pôde fazer o uso no momento apropriado. Assim, diz-se documento “novo” simplesmente porque se pressupõe que a parte interessada dele não tinha conhecimento, mas, no aspecto temporal, deve ser “velho”, “antigo”, “remoto”, ou seja, preexistente à sentença de mérito que foi atingida pelo manto da coisa julgada. O teste de DNA produzido extrajudicialmente, cujo resultado precedeu à prolação da sentença, mas do qual o requerente teve conhecimento, não pode ser considerado como documento novo hábil para sustentar a ação rescisória. O resultado negativo de paternidade não demonstra, por si só, que a sentença rescindenda esteja errada, pois foi proferida em conformidade com os elementos de prova constantes dos autos. A teoria da relativização da coisa julgada deve ser adotada com temperamentos, pois o abandono do instituto pode impor verdadeiro desequilíbrio às relações constituídas, em razão da própria eternização das situações conflitantes. Pedidos rescindendo e rescisório julgados improcedentes. (TJMG. AR 1.0000.05.425811-6/000(1). Rel. Albergaria Costa. D. Julgamento: 02/04/2008).

Desta forma, o não uso de documento conhecido e público *opportuno tempore*, por negligência exclusiva do autor, não enseja rescisória sob o fundamento de documento *novo*.

O documento deve ser de tal importância processual que o seu exame, por si só, seria capaz de assegurar pronunciamento favorável à parte, ou seja, suficiente para levar o órgão julgador à convicção diversa daquela a que chegou, devendo haver nexo de causalidade entre o fato de não haver produzido o documento e o de se ter julgado como se julgou.³¹

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença.

Diz a lei que a sentença será rescindível quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que ela se baseou³². A expressão *confissão* refere-se à confissão de fatos e não ao reconhecimento do pedido; a *desistência* significa renúncia de direito, e não da ação – que é matéria processual.³³

Com relação à *confissão*, torna-se necessário demonstrar que a sentença rescindenda a utilizou como fundamento. Se o julgador concluiu, extraído da convicção, que prescinde a confissão, o vício desta não atinge a sentença.

O art. 485, VIII, na parte relativa à *confissão*, deve ser interpretado em conjugação com a regra do art. 352, II, do CPC, pois estabelece que a confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituir o único fundamento.³⁴

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

³¹ Equipara-se a documento novo a sentença posterior que altera a situação jurídica. (JTA 94/361, JTAERGS 92/363). Não é documento novo aquele que deixou de ser produzido na ação principal por desídia ou negligência da parte em obtê-lo. (RT 674/149, RJTJESP 97/416). Documentos novos. Necessário que a inicial da rescisória explique por que seriam capazes, por si, de assegurar pronunciamento favorável, esclarecendo, outrossim, o que teria impedido a parte de apresentá-los na instrução do processo em que proferida a sentença rescindenda. (STJ. AR 05-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

³² AÇÃO RESCISÓRIA - ERRO DE FATO - CONFISSÃO - INOCORRÊNCIA. A interpretação do artigo 485, IX, que tange a erro de fato, deve ser restrita, tendo sempre em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo. A hipótese prevista no artigo 485, VIII, do CPC, que permite a rescisão da sentença por fundamento de invalidez da confissão, é taxativa, não admitindo ampliação analógica, assim, não é aplicável em casos em que restou comprovada a ocorrência de revelia, tendo sido aplicado à parte as penas cabíveis. (TJMG. AR 1.0000.05.423949-6/000(1). Rel.: Valdez Leite Machado. D. Julgamento: 12/07/2007.

³³ A anulação de transação com base em vício da vontade pode ser postulada no mesmo processo e mediante apelação consta sentença homologatória. É desnecessária a intimação de ação autônoma, se o vício da vontade apontado como causa de anulação da transação for arguido em recurso interposto contra a própria decisão que a houver homologado, decisão que, por isso mesmo, não terá transitado em julgado. (STF. RE 87.171-RS, rel. Min. Xavier de Albuquerque).

³⁴ O avençado pela partes homologado no acordo judicial, sem qualquer fundamentação no mérito da demanda, é desconstituível como atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC. (RSTJ 19/367). A ação cabível para atacar sentença homologatória de transação é a ação anulatória e não a rescisória. (STJ-3ª T. REsp. 9.651-SP, rel. Min. Cláudio Santos).

A disposição da lei que autoriza a ação rescisória, por erro de fato, deve ser interpretada restritivamente,³⁵ pois não pode ser considerada para verificação de *acerto* ou de *injustiça* da decisão judicial, tão pouco para reconstituição de novas provas.^{36 37}

Para que ocorra *erro de fato* justificativo da rescisória, não é necessário que tenha ocorrido controvérsia no processo sob consideração de existência ou inexistência do *fato*, nem pronunciamento judicial sobre ela, ou sobre o próprio fato, no sentido de apreciá-lo do ângulo de sua existência ou inexistência

Como ensina Barbosa Moreira (2003:134), o pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atendido na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou.

Para que se dê ensejo à rescisória, fundado em *erro de fato*, mister se fazem quatro pressupostos: a – que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz seria diferente; b – que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de qualquer prova; c – que não tenha havido controvérsia sobre esse mesmo fato; d – que sobre ele tampouco tenha havido “pronunciamento judicial”.

6. O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Dispõe a art. 494, do CPC, que julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito.

Julga-se a rescisória em três etapas: primeiro, examina-se a admissibilidade da ação (*questão preliminar*); depois, aprecia-se o mérito da causa, rescindindo ou não a sentença impugnada (*judicium reciends*); e, finalmente, realiza-se novo julgamento da matéria que fora objeto da sentença rescindida (*judicium rescissorium*).

No *judicium rescindens*, é constitutiva a decisão que acolhe o pedido, pois cria situação jurídica nova ao desfazer a autoridade da coisa julgada. A que o julga improcedente

³⁵ AÇÃO RESCISÓRIA – ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI – INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A interpretação do artigo 485, IX, que tange a erro de fato, deve ser restrita, tendo sempre em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processos findos. Não se presta a ação rescisória para reabrir instrução processual, quando a impugnação dos atos decisórios não se deu a tempo e modo, caracterizando o silêncio da parte em preclusão, sob pena de eternizarem-se os procedimentos, não se tratando este caso de violação literal de disposição de lei. (TJMG. AR 1.0000.06.441042-6/000(1). Rel.: Valdez Leite Machado. D. Julgamento: 08/05/2008).

³⁶ “O erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no juízo rescisório” (RJT 132/1.119).

³⁷ Inexiste ofensa a coisa julgada, quando pela via dos embargos declaratórios se altera o *decisum*, pela manifesta configuração do ‘erro de fato’, na ocasião de seu proferimento. (STJ. AR 372-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinado; RSTJ 68/17). Ante os termos contidos no art. 1.525 do CC, a responsabilidade civil independe da penal, excetuada a hipótese em que a sentença proferida o juízo criminal reconheça a inexistência material do fato, não havendo, destarte, a suposta contradição entre os julgados cíveis e criminais, a possibilitar a ação rescisória, nos moldes estabelecidos no item IV do art. 485 do digesto processual. TAMG. AR 206.659-1, rel. Juiz Lucas Sávio; Rev. Julgs. TAMG 66/44). Cabe rescisória, por ofensa à coisa julgada, contra acórdão que conheceu de apelação apresentada a destempo. (JTA 105/271).

é de natureza declaratória (negativa), pois se limita a declarar a inexistência do motivo legal para desconstituir a sentença impugnada.

Já no *judicium rescissorium*, o pronunciamento do tribunal substitui a sentença primitiva e terá a mesma natureza dela, se coincidir com o seu teor. Mas poderá ser de sentido contrário, hipótese em que as respectivas naturezas serão diversas. A decisão do tribunal, destarte, poderá assumir todas as feições admissíveis, quais sejam: declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme a prestação jurisdicional apresentada às partes.

Destaca-se que cada uma das etapas funciona como prejudicial à seguinte, nos casos em que a rescisão for admitida – se decretada a admissibilidade da ação; e o rejugamento do mérito só ocorrerá se a rescisão for acolhida.

7. CONCLUSÃO

Como se depreende do que foi discorrido, a ação rescisória é um instrumento processual utilizado para a desconstituição da sentença, ou decisão interlocutória, ou decisão singular, ou acórdão transitado em julgado com julgamento de mérito e, excepcionalmente, sem julgamento de mérito, contaminados com vício anulável.

Seu escopo é julgar validamente a matéria constante na decisão rescindenda, que deverá ser utilizada em suas hipóteses restritas, pois não permite a interpretação extensiva.

8. ABSTRACT:

The present paper has for objective to analyze, by means of doctrine and jurisprudence, the hypothesis of motion for annulling judgment, its function and objectives.

Key Words - Process. Civil Law. Motion for annulling judgment.

9. REFERÊNCIAS

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 4a. ed., vol. III, São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11a. ed., vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BATISTA MARTINS, Pedro. *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*, Rio de Janeiro, 1957.
- BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1a. ed., vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Da ação rescisória dos julgados*, São Paulo, 1948.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., vol. X.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: RT, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 582.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, Rio de Janeiro:Forense, 1973.
- _____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*, Rio de Janeiro: Borsói, 1957.
- _____. *Tratado das ações*, t. I., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual*, vol. I, 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*, São Paulo:Malheiros, 2005.



INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRA O MEIO AMBIENTE¹

Geraldo Ferreira Lanfredi²

Resumo:

O trabalho em tela desenvolve comentários à Lei dos Crimes Ambientais (LCA), no que diz respeito, especificamente, às infrações administrativas contra o meio ambiente, objeto do Capítulo VI, arts. 70 a 76, da Lei 9.605/98. Depois de uma síntese histórica da legislação ambiental, desde as Ordenações do Reino, em Portugal, passando pelos períodos do Império e Republicano, no Brasil, o autor aborda o conceito de infração administrativa ambiental e passa, então, a examinar e comentar, uma a uma, as infrações ambientais.

Palavras-chave: Legislação ambiental. Crimes contra o meio ambiente. Infrações administrativas. Infrações ambientais. Problemática ambiental.

SUMÁRIO:

I. Abordagem histórica da problemática ambiental: a) ordenações afonsinas; b) ordenações manuelinas; c) ordenações filipinas; d) período do império; e) período republicano; f) o meio ambiente no âmbito da legislação ordinária; g) execução da política ambiental pelos órgãos responsáveis – II. Conceituações preliminares da matéria sobre infrações administrativas ambientais – III. Exame específico das infrações administrativas, objeto dos arts. 70 a 76 da Lei nº 9.605/98: 1. Definição da infração administrativa (LCA, art. 70) – 2. A quem compete apurar a infração ambiental – 2. 1. Direito de petição – 2.2 Apuração *ex officio* – 2.3 Processo administrativo, ampla defesa e contraditório – 3. Prazos no processo administrativo para apuração da infração ambiental (LCA, art. 71) – 3.1 Regras para a apuração de infração ambiental – 3.2 Auto de infração – 3.3 Apresentação da defesa – 3.4 Julgamento do Auto de Infração – 3.5 Recurso da decisão condenatória – 3.6 Pagamento de multa – 4. Sanções por infrações administrativas ambientais (LCA, art. 72) – 4.1 Advertência – 4.2 Multa simples – 4.3 Multa diária – 4.4 Apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, bem como destruição ou inutilização dos produtos – 4.5 Suspensão de venda e fabricação de produto – 4.6 Embargo de obra ou atividade – 4.7 Demolição de obra – 4.8 Suspensão parcial ou total das atividades – 4.9 Sanções restritivas de direitos – 4.10 Reparação dos danos causados – 5. Destinação dos valores arrecadados para um fundo específico (LCA, art. 73) – 6. Unidades de medida da multa (LCA, art. 74) – 7. Valoração da multa (LCA, art. 75) – 8. Não se deve punir em duplicidade por uma mesma infração (LCA, art. 76) – IV. Considerações finais – V. *Abstract* – VI. Referências.

¹ Este trabalho, agora revisto e ampliado, foi, originalmente, publicado na obra *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9605/98*. Coords. Salvador. Netto, A. Velludo; Souza, Luciano Anderson de. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 328-352.

² Doutor em direito civil e ambiental pela faculdade de direito da universidade de São Paulo (USP); licenciado em filosofia e teologia pela pontifícia universidade gregoriana de Roma (PUG/Roma); diplomado em direito comparado pela universidade do HAVRE/França; juiz de direito aposentado; advogado na área ambiental e autor de vários livros, entre os quais *Política Ambiental* (2º ed., São Paulo: RT).

I. ABORDAGEM HISTÓRICA DA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL

Para melhor entender o tema, cuidaremos, inicialmente, da origem e evolução históricas dos crimes contra o meio ambiente, em relação à nossa Pátria, para o que nos deteremos na legislação ambiental, que vigorou, no Brasil, desde o século XVI, e que teve origem em Portugal.³

Enquanto colônia de Portugal ou Reino Unido de Portugal, o País se regulou pelas Ordenações do Reino.

Com efeito, a evolução das leis ecológicas, muito recentes no cenário jurídico brasileiro, se deve à Mãe-Pátria, da qual fomos colônia até o início do século XIX. Para entendermos, pois, a legislação ambiental em vigor naquela época, há de se fazer um “exame simultâneo da história e das normas jurídicas portuguesas, que visavam a proteger as riquezas brasileiras que supriam a metrópole, sobretudo em madeiras empregadas para impulsionar a marinha mercante”.⁴

Neste sentido, nota-se que não era tanto o cuidado com o ambiente, que predominava naqueles tempos, senão a procura do lucro com o comércio das madeiras, uma vez que “a preocupação com a proteção ao meio ambiente sempre foi guiada pelo aspecto econômico. Por tal motivo, a legislação portuguesa sobre o assunto, que vigorava no Brasil, sempre coibiu o corte de madeiras nobres”.⁵

Colhe-se, portanto, que, entre nós, em relação ao meio ambiente, a preocupação era quase toda voltada para o caráter econômico.⁶

Característica do Direito de Portugal eram as “forais” ou cartas de foro, cartas do rei ou de outros senhores. O Direito Foraleiro e costumes tradicionais fizeram esquecer o Direito romano-gótico.

Nas justiças eclesiásticas, aplicava-se o Direito canônico.

No séc. XIII, veio a reação. Afonso III organiza a justiça e disciplina o processo, incentivando o estudo do Direito romano dos glosadores. D. Diniz, seu sucessor, cria a Universidade de Lisboa (a. 1308), onde se ensinava o Direito romano. Fez traduzir a Lei da Sete Partidas, de substância romana.⁷

³ Vide Ann Helen Wainer. Legislação Ambiental brasileira: evolução histórica do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental 0, 1995, p. 158, cujo texto é um resumo do livro *Legislação Ambiental brasileira: Subsídios para a história do Direito Ambiental*, publicado pela Forense. Cf., ainda, Geraldo Ferreira Lanfredi, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Cristian Sant’Ana Lanfredi, Cristiano Sant’Ana Lanfredi. *Direito Penal na área ambiental*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.1-4.

⁴ Ann Helen Wainer. Ob. cit., p. 158.

⁵ Vide José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Saraiva, 1974; Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁶ Curt Trennepohl. *Infrações contra o meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 14. “Os recursos naturais eram protegidos pela sua importância como bens de consumo imediato ou matéria prima para a produção. Prevalencia uma visão economicista, antropocêntrica e imediatista, sem maiores preocupações com preservação ambiental, como se o equilíbrio da natureza não fosse necessário à qualidade de vida da população”

⁷ Vide José Frederico Marques. *Manual de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Saraiva, 1974; Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

a) Ordenações Afonsinas

O rei Afonso V, no séc. XV (a. 1446), promulga o 1º Código português, dividido em 5 cinco livros, cujas fontes principais eram o Direito romano e o Direito canônico.

As Ordenações Afonsinas eram a legislação portuguesa vigente na época do descobrimento do Brasil.

Considerava-se muito evoluída para a época a legislação ambiental portuguesa, que se preocupava com a falta de alimentos, sobretudo de cereais. O pão e a farinha não podiam ser exportados, cuja norma determinava “que non levem pam, nem farinha pera fora do regno, per mar nem per terra” (Livro V, Tít. XXXXVIII, das Ordenações Afonsinas).

Quanto às aves, o respectivo furto, para efeitos criminais, era equiparado a qualquer outra espécie de delito.⁸

b) Ordenações Manuelinas

Essas Ordenações foram obra do rei D. Manoel, no séc. XVI (a. 1521), que se mantiveram dentro do sistema e do espírito das anteriores legislações, com acréscimo de normas posteriores e ascendência do Direito Canônico.

Quanto à proteção ambiental, esta se mostrou mais detalhada e moderna: proibia a caça de animais, como perdizes, lebres e coelhos (Livro V, Tít. LXXXIII), bem como introduziu o conceito de zoneamento ambiental. Liberava-se a caça em determinados locais e vedava-se em outros.

Em relação ao corte de árvores frutíferas, nessas Ordenações a reparação do dano é tratada com maior rigor.⁹

c) Ordenações Filipinas

Devem-se as Ordenações Filipinas ao rei Filipe I de Portugal, expedidas no séc. XVII (a. 1603), de fundo romano-canônico.

Destacam-se, relativamente à matéria ambiental, questões urbanísticas, entre as quais programas de obras públicas, como construção de calçadas, plantio de árvores em terrenos baldios.

Surgia, ademais, a teoria da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva, com referência a danos causados por animais em pomares vizinhos. Também o conceito de poluição aparece nessas Ordenações.

Interessante notar que “inúmeras normas previam uma recompensa para quem delatasse

⁸ Ann Helen Wainer. Ob. cit., p. 160. Ainda um dispositivo ambiental bastante evoluído, até mesmo para os dias atuais, “era a proibição do corte deliberado de árvores frutíferas”, cujo corte era considerado como “crime de injúria ao rei, tamanha a preocupação com as madeiras”. Releva observar, ademais, a propósito da proteção à flora, que o pau-brasil foi a primeira riqueza de nossa terra (cujo “nome, Brasil, já é, em si, ecológico”) e ensejou o primeiro contrato com a Coroa Portuguesa.

⁹ Ann Helen Wainer. Ob. cit., p. 161. “Ainda nas Ordenações Manuelinas em relação ao corte de árvores frutíferas, a teoria da reparação do dano apresenta nova evolução. São atribuídas severas penalidades e pagamento de distintas multas, de acordo com o valor das árvores abatidas”.



seu infrator, de modo a estimular o povo a cuidar do patrimônio público português”, do mesmo modo que não estava enraizado o sentido de bem público no espírito do homem que se estabelecia nas terras brasileiras. Neste sentido, o Padre Antônio Vieira denunciava em seus sermões que os ministros portugueses não vinham ao Brasil em busca do bem, e, sim, dos bens.¹⁰

Por fim, no que diz respeito à evolução histórica em estudo, vale observar que “a legislação extravagante que acompanhou o desenvolvimento do Brasil-colônia, de natureza penal, civil e administrativa, foi profusa e mal sistematizada, visando sobretudo a regulamentar a extração e o comércio das riquezas naturais e o trabalho da mão-de-obra escrava; por isso continha várias determinações de natureza ambiental, mais tarde acrescidas das normas reguladoras das atividades de extração de minérios, extremamente severa e detalhista.

Todavia, a extensão das terras coloniais, as grandes distâncias a serem vencidas e as dificuldades de veiculação das novas leis tornavam difícil a sua aplicação”.¹¹

d) Período do Império

Devido à escassez de madeira na Europa, o segmento florestal do Brasil era muito valorizado, sobretudo em razão do alto consumo desse produto como combustível, em que prevalecia uma visão economicista e antropocêntrica, sem preocupação com a preservação ambiental.¹²

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824, previa, apenas, “limitações a atividades que pudessem causar danos aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos”.

e) Período Republicano

No período republicano, tanto a primeira Constituição (24.02.1891), quanto as demais (1934, 1937, 1946 e 1967), foram bastante franciscanas na preocupação com o meio ambiente, enquanto a de 1988, atualmente em vigor, “mereceu entusiasmada aclamação como uma das mais modernas do mundo pela sua preocupação com o meio ambiente”, onde a questão ambiental recebeu um capítulo exclusivo, em que “estabelece para o Poder Público e para coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações”.¹³

f) O meio ambiente no âmbito da legislação ordinária

A marca economicista, também presente na legislação ordinária, ainda que de maneira

¹⁰ Ann Helen Wainer. Ob. cit., p. 163. “Anteriormente, da mesma forma, Duarte Coelho, a quem coube a Capitania de Pernambuco, em carta datada de dezembro de 1546, rogava ao rei que o livrasse dos degradados, que nenhum fruto nem bem fazem na terra... o Capitão não teve seu pedido atendido e os degradados não foram daqui afastados”.

¹¹ Ivette Senise Ferreira. Tutela Penal do Patrimônio Cultural. São Paulo: RT, 1995, p. 79.

¹² Curt Trennepohl. Ob. cit., p.14

¹³ Curt Trennepohl. Ob. cit., p.14 - 18. Cf., ainda, Prado, Luis Regis. Crimes Contra o Ambiente. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 15. Com efeito, prescreve o art. 225 da C.F. que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

menos acentuada, operou mudança a partir de 1981, com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente.

Com efeito, assim no Código Florestal (Lei 4.771, de 15.09.1965), como na Lei da Caça (Lei 5.197, de 03.01.1967), na Lei da Pesca (Dec. Lei 221, de 28.02.1967), e no Código das Águas (Dec. 24.643, de 10.07.1934), aparece a “errônea concepção de que os recursos naturais estavam à disposição das necessidades do homem”, com um caráter, pois, antropocêntrico, operando-se, então, a partir da edição da Lei 6.938, de 31.08.1981, que formulou a Política Nacional do Meio Ambiente, uma “visão eminentemente ambiental”, onde o meio ambiente é declarado patrimônio público, cujo objetivo é sua preservação, melhoria e recuperação de sua qualidade, visando assegurar condições para o desenvolvimento socioeconômico do País.¹⁴

Os princípios gizados na Política Nacional do Meio Ambiente tiveram por objetivo, portanto, compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, tendo o diploma legal em foco dado acentuado destaque aos instrumentos da educação e da reparação.

Aquela, a educação ambiental, há de ser considerada o fator pedagógico primordial e prioritário, “o primeiro grande passo” para criar uma consciência ecológica e gerar novos hábitos, a fim de atingir os objetivos da política ambiental. O que importa é, com efeito, criar uma nova cultura, novas idéias, que vão significar a sobrevivência do nosso ecossistema e de nossa própria espécie, sendo certo, no entanto, que este comportamento deverá se inserir em uma visão maior do processo educativo ecológico.

A reparação ambiental, por sua vez, visa à recomposição do ambiente degradado ou à compensação ou, ainda, ao pagamento de indenização (Lei 6.938/1981), cuja ação civil pública é o instrumento mais adequado para discutir problemas relativos ao meio ambiente.

Efetivamente, o texto legal responsável pela ação civil pública, que entrou em vigor há duas décadas, revolucionou o sistema processual brasileiro e foi concebido para permitir a defesa dos interesses coletivos da população.¹⁵

É de se lamentar, no entanto, que o art. 14 da Lei 6.938/1981 tenha estabelecido penalidades inexpressivas no caso de não observância das medidas de preservação ambiental, no limite máximo de, aproximadamente, R\$ 5.000.00, em valores atuais, quando, à evidência, a norma jurídica deve conter imposição de penalidade adequada pela inobservância das normas necessárias à preservação ecológica, sob pena de mostrar-se ineficiente para desestimular atividades danosas ao equilíbrio ambiental.¹⁶

¹⁴ Curt Trennepohl. Ob. cit., p.20 - 21. A Lei 6.938/1981 foi o primeiro texto legal nacional com uma visão da qualidade ambiental propícia à vida, dispondo sobre os fins, mecanismos de formulação e uma Política Nacional do Meio Ambiente.

¹⁵ Geraldo Ferreira Lanfredi. Política Ambiental - busca de efetividade de seus instrumentos, 2. ed. São Paulo: RT, 2007, pg. 277.

¹⁶ Curt Trennepohl. Ob. cit., p. 22. Esclarece o autor que “o IBAMA buscou de várias maneiras estabelecer muitas administrativas mais elevadas, condizentes e proporcionais aos danos causados ao meio ambiente. No entanto, a criação de penalidades através de portarias esbarrou na proibição legal, resultando na anulação dos autos infracionais, primeiro nos tribunais, depois administrativamente, por iniciativa do próprio órgão.”



g) Execução da Política Ambiental pelos órgãos responsáveis

Eram quatro os órgãos responsáveis pela execução da política ambiental, ao ensejo do advento da nova ordem jurídica promovida pela Carta Política Fundamental de 1988, a saber: Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), criada pelo Dec. 73.030/1973; Instituto Brasileiro do Desenvolvimento Florestal (IBDF), criado pelo Dec. Lei 289/1967, órgão competente para execução das diretrizes do Cód. Florestal (Lei 4.771/1965); Superintendência de Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE), criada pela Lei Delegada 10/1962, e, finalmente, Superintendência da Borracha (SUDHVEA), criada pela Lei 5.227/1967, todas elas ainda identificadas com a mesma orientação economicista da mentalidade anterior, à exceção da SEMA, que procurava condicionar suas atividades ao bem-estar da população.

Em seguida, extintos os organismos governamentais acima, foi criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), cujas atribuições, cargos, funções e empregos foram transferidos para o IBAMA, que, também, assumiu as mesmas deficiências daqueles órgãos.

Malgrado as dificuldades reinantes, há de se notar, todavia, que bons ventos legislativos sopraram para incrementar as mudanças havidas nos organismos federais.

Com efeito, foi editada, em 12.02.1998, a Lei 9.605, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que estabeleceu as sanções legais para as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e definiu os procedimentos para a apuração das infrações ambientais no âmbito administrativo, legislação essa que foi seguida pelo Dec. 3.179, de 21.09.1999, que especificou as sanções administrativas aplicáveis à violação das regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Desta forma, ficou bem servido o IBAMA, em termos de instrumentos legais, para executar a Política Nacional do Meio Ambiente, cuja mentalidade dos funcionários, no entanto, passou por um processo lento e gradativo, devido à falta de novos servidores, devendo-se notar que é, justamente, o IBAMA o órgão federal executor da política ambiental, enquanto o Ministério do Meio Ambiente (MMA) é a instituição central do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).¹⁷

Como já tivemos oportunidade de escrever, “Não obstante todos os percalços e reveses, não há como negar um significativo avanço na defesa do meio ambiente no Brasil, nestas duas últimas décadas, tanto no aperfeiçoamento constante das normas aplicáveis, quanto na atuação dos órgãos encarregados de aplicá-las, considerando a timidez que caracterizou a ação do Poder Público até o último quartel do século passado”.¹⁸

¹⁷ Geraldo Ferreira Lanfredi *et alii*. Direito Penal na área ambiental, p. 87: “Para dar dinamismo ao SISNAMA e renovar os quadros do IBAMA, o Governo Federal, pela Lei 10.410, de 11.01.2002, criou, em boa hora, a carreira de especialistas em meio ambiente, composta pelos cargos de gestor ambiental, gestor administrativo, analista ambiental, analista administrativo, técnico ambiental, técnico administrativo e auxiliar administrativo, cujos cargos criados, no expressivo número de 300, foram objeto de concurso público”.

¹⁸ Curt Trennepohl. Ob. cit., p. 28. Cf., ainda, Geraldo Ferreira Lanfredi (Coord.). Novos rumos do direito ambiental nas áreas civil e penal. Campinas: Millennium, 2006, p. VII.

II. CONCEITUAÇÕES BÁSICAS DA MATÉRIA SOBRE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS

O advento, em 1998, da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) veio proporcionar uma visão integrada dos tipos penais e infrações administrativas, de âmbito ecológico, dando o devido atendimento à política de responsabilidade penal e administrativa nessa área tão relevante.¹⁹

Na verdade, as linhas mestras da responsabilidade administrativa ambiental já se haviam gizadas, dez (10) anos antes, na Constituição Federal, art. 225, *caput*, ao definir a Carta Magna o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, cuja natureza se configura como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, “impondo a co-responsabilidade do cidadão e do poder público por sua defesa e preservação”.²⁰

Por outro lado, para afastar o dano ambiental, a *Lex Magna* acrescenta, no art.225, § 3º, que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Resulta do referido dispositivo constitucional que o dano ao meio ambiente apresenta três repercussões na área jurídica, uma vez que o poluidor, mediante um único ato danoso, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, administrativa e civil.²¹

Desde 1981, sete (7) anos, portanto, antes da entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988, estava disciplinado no âmbito civil, pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), segundo o princípio da responsabilidade objetiva, a cominação de penas para as condutas lesivas ao meio ambiente.

Uma vez feito o devido tratamento das responsabilidades penal e administrativa pela Lei 9.605/98, conhecida como **Lei de Crimes Ambientais (LCA)**, esse diploma legal dedicou o Capítulo VI ao tema das infrações administrativas e respectivas sanções, em virtude do que cuidaremos, neste trabalho, da responsabilidade administrativa em matéria ambiental, objeto dos arts. 70 a 76 da legislação em tela, que revogaram o art. 14 da Lei 6.938/81.

Há de se notar que, enquanto as sanções civis e penais só se aplicam pelo Poder Judiciário, as administrativas, a seu turno, são impostas aos infratores pelos agentes credenciados da administração direta ou indireta da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, onde se configura a expressão do poder de polícia conferido à Administração Pública, cuja aplicação de sanções administrativas pelos entes credenciados se pauta pelo princípio da legalidade.

¹⁹ Geraldo Ferreira Lanfredi. Política Ambiental – Ob. cit., p. 127.

²⁰ Edis Milaré e Paulo José da Costa Jr. Direito Penal Ambiental – Comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millennium Editora, 2002, p.197, obra que se mantém como importante referência para este trabalho e que tem na Lei 9.605/98 seu diploma básico, cujos artigos. 70 a 76 serão objeto de nosso estudo.

²¹ Conforme Edis Milaré e Paulo José da Costa Junior, “[...] o carreamento de efluentes para um manancial, comprometendo a fauna ictiológica e as conduções sanitárias do meio ambiente, pode ensejar: a) pagamento de multa de R\$ 5.000.00 a R\$ 1.000.000,00, com base no art.18 do Decreto 3.179/99; b) condenação à pena de detenção, de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente, com base no art.33 da Lei 9.605/98; pagamento de indenização ou cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, com base no art.14, §1, da Lei 6.938/81.” Ob. cit., p. 198.

A sanção aplicada, no caso, reclama, portanto, expressa previsão legal, uma vez que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (C.F., arts. 5, II, 37, *caput*, e 84, IV), o que não permite à Administração impor qualquer obrigação a terceiros, se não estiver prevista em lei, de tal sorte que não pode uma simples portaria ou resolução criar um dispositivo infracional e impor multa.²²

Esta, a Lei 6.938/81, e as Resoluções normativas do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) sempre reconheceram, expressamente, a competência dos Estados e Municípios para editar normas complementares às federais. Além disso, atribuíram, ordinariamente, aos Estados a execução das normas federais, reservando-se à União ação supletiva.

Portanto, Estados e Municípios também podem legislar sobre a proteção ambiental, bem como estão em condições de definir infrações administrativas e suas respectivas penalidades, respeitados os princípios gerais consignados na Lei Federal (CF, arts. 23, VI, 24, 30, inc. II; Lei 6.938/81), daí porque “os arts. 70 a 76 da Lei 9.605/98 não são as únicas normas sobre infrações administrativas”.²³

III. EXAME ESPECÍFICO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS

1. DEFINIÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (LCA, ART. 70)

Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º - São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais e instaurar integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º - Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia, Lei n. 9.605/98.

§ 3º - A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º - As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

O que se constata no art.70, *caput*, da LCA, é que a infração administrativa ambiental está ali definida de uma “forma muito aberta e abrangente, não especificando uma a uma as

²² Vide Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, p.73/74.; cf, também, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, Crimes Contra Natureza, 7.ed. São Paulo: RT, 2001, p.307, *apud* Édís Milaré e Paulo José da Costa Junior. Ob. cit., p. 201.

²³ Édís Milaré e Paulo José da Costa Junior. Ob. cit., p. 204.

diversas formas de violação das regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”²⁴, de sorte a seguir o revogado art. 14 da Lei 6.938/81 e acompanhar a mesma linha do art. 3º, III, da Lei 6.938/81, no que respeita à conceituação de poluição²⁵, do que se conclui, pois que “a infração administrativa em matéria ambiental, não é caracterizada apenas pela em matéria ambiental, não é caracterizada apenas pela inobservância de notas e padrões estabelecidos, mas, também, pelo resultado danoso, descrito na norma citada. É dizer, o dano ao ambiente natural ou artificial constitui o cerne da infração ambiental, como caracterizado na Lei paulista 977/76, em seu art.2º”²⁶.

Poluir, portanto, é desobedecer a padrões específicos ou lançar emissões que, de forma efetiva ou potencial, causem dano ao meio ambiente, não se exigindo, destarte, a efetiva ocorrência do dano, mas tão somente o perigo de sua ocorrência.

A caracterização mais abrangente emprestada à infração ambiental no art. 70 da Lei 9.605/98, em estudo, afigura-se, pois, como correta.

Note-se, porém, que o Decreto 3.179/99, que regulamentou a LCA, dispôs, de forma insuficiente, a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, deixando de abrigar o universo possível das infrações ambientais.

Está ao alcance dos Estados, por conseguinte, melhor definir as infrações administrativas, como analisamos anteriormente, não ficando, assim, sujeitos à restrita tipificação do Decreto Federal em foco.

2. A QUEM COMPETE APURAR A INFRAÇÃO AMBIENTAL

Nos termos do art. 70, § 1º, da LCA, compete aos funcionários dos órgãos ambientais dos três níveis de Governo, bem como aos agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha, designados para as atividades de fiscalização, o poder para lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos.

“Só o caso concreto, no entanto, indicará qual, dentre as elencadas, será a autoridade competente para a apuração das infrações e aplicação das respectivas sanções administrativas. É regra geral que essa competência está atrelada à atribuição para licenciar a atividade ou empreendimento vale dizer, cabe precipuamente ao Estado, Distrito Federal ou Município, atuando a União excepcionalmente, nos casos expressos em lei e em caráter supletivo”²⁷.

2.1 Direito de petição

Podem, também, os indivíduos interessados, pessoa física ou jurídica, independente da

²⁴ Édís Milaré e Paulo José da Costa Júnior. Ob. cit., p. 205.

²⁵ Lei 6.938/81, art. 3º, III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sócias e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia estabelecidas.

²⁶ Lei paulista nº 977/76, art. 2º – Considera-se poluição do meio ambiente a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade de concentração ou com características em desacordo com as que forem estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo: I – impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde; II – inconvenientes ao bem-estar público; III – e às atividades normais da comunidade.

²⁷ Édís Milaré e Paulo José da Costa Júnior. Ob. cit., p. 209.

idade, exercer o direito de petição, conforme previsto no § 2º do art. 70 da LCA, provocando a administração para que desempenhe seu poder de polícia ambiental. Uma vez feito o pedido, não poderá o peticionário se retratar, porquanto a *notitia damni* deverá ser inteiramente apurada, por envolver interesse transindividual, do mesmo modo que fica obrigada a autoridade destinatária a dar a devida resposta ao pedido.

Ressalte-se que alguns requisitos deverão ser observados pelo interessado em seu pedido, a saber: a autoridade administrativa a que se dirige; identificação, qualificação e endereço do interessado ou do seu representante; exposição dos fatos e seus fundamentos; data e assinatura, conforme prevê o art. 6, da Lei n. 9.784/99.

2.2 Apuração *ex officio*

Se se tratar de autoridade, esta se obriga, por igual, a apurar o atentado ao meio ambiente, tornando-se, por isso, desnecessária a provocação de qualquer outro interessado.

Embora ao infrator a responsabilidade civil seja objetiva, independente de dolo ou culpa, no que respeita ao servidor a responsabilidade será sempre condicionada à sua culpa ou dolo, devendo a co-responsabilidade à que se refere o § 3º restringir-se a esfera administrativa, conforme as regras próprias de seu regime funcional.

2.3 Processo administrativo, ampla defesa e contraditório

Manda a Constituição Federal, no art. 5º, inc. LV, que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Portanto, o processo administrativo, no que respeita às infrações ao meio ambiente, deverá observar o devido processo legal, previsto nas normas constitucionais e objeto da Lei n. 9.784/99, que não dispensam a ampla defesa e o contraditório.

3. PRAZOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DA INFRAÇÃO AMBIENTAL (LCA, ART. 71)

O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;

III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;

IV - cinco dias para o pagamento de multa, contado da data do recebimento da notificação.

3.1 Regras para a apuração de infração ambiental

Importa observar, antes de tudo, que as regras do presente dispositivo só se aplicam à administração federal, uma vez que a organização administrativa dos Estados e dos Municípios é matéria da competência administrativa dessas pessoas jurídicas de Direito Público, competindo a cada um destes entes, à falta de um Código Administrativo no Brasil, fixar suas próprias regras, “cada um estabelecendo rito próprio ou se valendo da norma federal, integral ou subsidiariamente”.²⁸

Ao estabelecer os prazos máximos do processo administrativo, no que respeita à defesa, julgamento, recurso e pagamento de multa, o objetivo do legislador foi “evitar a costumeira procrastinação e conseqüente prescrição da pretensão punitiva”.²⁹

Por outro lado, há de se realçar que o processo em tela se limita às penalidades de multa, como previsto, expressamente, no inc. IV do art. 71.

Tendo em vista, no entanto, que o Decreto 3.179/99, que regulamentou a Lei 9.605/98, descuidou, estranhamente, da disciplina do processo administrativo, o IBAMA, para suprir a omissão, editou a Instrução Normativa 7, de 25/04/02, para apuração da infração ambiental.

3.2 Auto de infração

A lavratura do Auto de Infração dá início ao processo administrativo de apuração da infração ambiental, oportunidade em que deverá descrever objetivamente as ações ou omissões, que caracterizam a atividade lesiva ao meio ambiente.

Se o autuado se recusar a assinar o Auto, determina a Instrução Normativa IBAMA 7/02 que a autoridade certificará o ocorrido, na presença de duas testemunhas.

Há de se atentar para duas situações diversas, em que o auto de infração pode se apresentar com vício sanável ou insanável. Na primeira hipótese, o Auto pode ser convalidado pela autoridade julgadora, por meio de um despacho saneador. Se impossível a convalidação, será cancelado e, após, novo Auto será lavrado (art. 6º da norma regulamentar)

3.3 Apresentação da defesa

Dispõe o inc. I do art. 71 que é de vinte (20) dias, a contar da data da ciência da autuação, o prazo para apresentação de defesa, cuja ciência da autuação se faz por vista no próprio processo, por via postal, por telegrama ou outro meio adequado, inclusive mediante publicação oficial.

Quanto à defesa, essa se poderá fazer pelo próprio infrator ou por advogado regularmente constituído, cabendo ao autuado o direito de produzir todas as provas pertinentes, a teor do art.5º, inc.LV, da Constituição Federal.

²⁸ Vladimir e Gilberto Passos de Freitas. Crimes contra a Natureza. 8. ed. São Paulo: RT, 2006, p.359 – 361.

²⁹ Edis Milaré e Paulo José da Costa Jr.. Ob. cit., p. 214.



3.4 Julgamento do Auto de Infração

Como previsto pelo inc.II do art.71, o julgamento deverá ocorrer no prazo de trinta (30) dias, a contar da lavratura do auto de infração, ainda que não apresentada a defesa.

Não parece adequado seja decidido o Auto sem a devida oitiva do autuado, a fim de se não ofender o princípio constitucional da ampla defesa, daí porque mais correta a Instrução Normativa IBAMA 7/02, ao estabelecer, no art.11, que: *“A autoridade julgadora, ao homologar o Auto da infração, deve fazê-lo de forma motivada, indicando os fatos e a fundamentação jurídica no prazo de trinta dias, contados da data da sua lavratura, ou da ciência do autuado, apresentada ou não defesa ou impugnação, comunicando-se a decisão ao interessado”*.

De se notar que a autoridade competente não fica adstrita aos critérios utilizados pelo agente atuante, na dosimetria da multa (Dec. 3.179/99, art. 7º), do mesmo modo que a autoridade julgadora poderá manter, minorar ou majorar a multa aplicada (Instrução Normativa IBAMA 7/02, art.20).

Acresce que, na decisão sobre as sanções aplicadas aos autuados por lesões ambientais, a autoridade há de considerar: a gravidade dos fatos; os antecedentes do infrator e sua situação econômica, bem como levará em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes, sem contar que a multa aplicada deve ser compatível com os fatos que a motivaram.³⁰

3.5 Recurso da decisão condenatória

Ao infrator é facultado recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, no prazo de vinte (20) dias.

Quanto à exigência de depósito prévio, como condição para recebimento de recurso voluntário (Instrução Normativa IBAMA 7/02), trata-se de medida que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art.5º, inc. XXXIV e LV), cujos dispositivos são uma exigência do devido processo legal.

3.6 Pagamento de multa

Em obediência à LCA, art.71, inc.IV, uma vez julgada procedente a imputação, da qual já não caiba mais recursos, a multa será quitada em cinco (5) dias, a partir da notificação, assegurando-se abatimento de 30% do valor atualizado do débito, desde que pago, na totalidade, até a data do vencimento.

É facultado, também, ao autuado, no prazo da defesa, pagar o valor de 30% da multa, o que desestimula a interposição de recursos protelatórios (Instrução Normativa IBAMA 7/02).

4. SANÇÕES POR INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS (LCA, ART. 72)

As infrações administrativas são punidas com as sanções abaixo, sem prejuízo do que dispõe o art. 6º.

³⁰ Édís Milaré e Paulo José da Costa Jr.. Ob. cit., p. 221. Cf., ainda, Séguim, Elida e Carrera, Francisco. Lei dos Crimes Ambientais. Rio de Janeiro: Ed Explanada, 1999, p. 193.

- I – advertência;
- II – multa simples;
- III – multa diária;
- IV – apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizado na infração;
- V – destruição ou inutilização do produto;
- VI – suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII – embargo de obra ou atividade;
- VIII – demolição de obra;
- IX – suspensão parcial ou total de atividades;
- X – (Vetado).
- XI – restritiva de direitos.

§ 1º – Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, serão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º – A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º – A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I – advertindo por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado 9 por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II – opuser embarço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania Dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º – A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

§ 5º – A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.

§ 6º – A apreensão e destruição referidas nos incisos IV e V do caput obedecerão ao disposto no art. 25 desta Lei.

§ 7º – *As sanções indicadas nos incisos VI a IX do caput serão aplicadas quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares.*

§ 8º – *As sanções restritivas de direito são:*

- I – suspensão de registro, licença ou autorização;*
- II – cancelamento de registro, licença ou autorização;*
- III – perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;*
- IV – perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de créditos;*

*V – proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.*³¹

Para orientação seja da autoridade judiciária seja da administrativa, determina o art. 72 da LCA que a aplicação das sanções em foco deve atender à gradação das penalidades conforme o disposto no art. 6 da mesma legislação.

4.1 Advertência

Trata-se de uma penalidade de índole, fundamentalmente, pedagógica e preventiva, que será “aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor ou de preceitos regulamentares”, para alertar o empreendedor que está pendente obrigação de sanar determinada irregularidade, sem prejuízo de aplicação de outras sanções (LCA, art. 72, inc. I, § 2º).

De se notar que a advertência é cabível apenas nas infrações mais leves impostas a infratores primários e “é particularmente indicada nas infrações das quais o agente não tem clareza do seu cometimento”, como, por exemplo, os “lançamentos de poluentes que, apesar de contidos dentro dos padrões legais de emissão, comprometam os padrões de qualidade do corpo receptor”.³²

4.2 Multa simples

A multa em tela será aplicada nos casos em que o agente não venha a sanar as irregularidades, por negligência ou dolo, no prazo constante da advertência ou opuser embaraço à fiscalização (LCA, art. 72, inc. II, § 3º).

Observe-se que a multa é cabível em toda e qualquer infração ambiental.

A multa simples tem condição de se converter em “serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”, cuja faculdade de alçada da administração pode ser requerida pelo infrator, sem prejuízo de corrigir irregularidade e reparar os bens ambientais degradados.

4.3 Multa diária

A multa diária tem como característica a sua aplicação nos casos da infração se prolongar no tempo, até que cesse efetivamente.

Note-se que não se trata uma infração repetida várias vezes, mas daquela cujos efeitos se prolongam no tempo, quando, por exemplo, ocorre uma atividade sem a devida licença ambiental ou, ainda, quando uma atividade se desenvolve desprovida de meios adequados para impedir Emissão de poluentes.

³¹ Santos, Celeste Leite dos. Crimes Contra o meio Ambiente. 3. ed São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.170.

³² Édís Milaré e Paulo José da Costa Jr.. *Ob. cit.*, p. 231. Cf. ainda, Rodrigues, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 274.

Trata-se de uma multa administrativa, que tem em vista recuperar o ambiente degradado com a previsão de inibir a conduta infracional e estimular a preservação ambiental.

Nesse sentido, cuida-se de uma “forma de transação com excelentes resultados práticos. E em perfeita consonância com a filosofia do sistema ambiental, conforme o contido na Carta Magna”.³³

4.4 Apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, bem como destruição ou inutilização dos produtos

- a) No que diz respeito aos animais, produtos, subprodutos, instrumentos, petrechos, equipamentos, veículos e embarcações de pesca, utilizados para infração administrativa, estes serão apreendidos e lavrados os respectivos termos, dando-se ciência ao Ministério Público para as providências cabíveis;
- b) No que respeita aos animais apreendidos, estes serão libertados em seu *habitat* natural ou entregues a jardins zoológicos ou entidades ambientalistas ou, mesmo, a um fiel depositário;
- c) Quanto à destinação de produtos e subprodutos perecíveis ou madeira, estes serão avaliados e destinados a instituições beneficentes;
- d) Em relação à destinação de produtos e subprodutos não retirados pelo beneficiário no prazo, estes serão objeto de nova doação ou leilão;
- e) Quanto a equipamentos, petrechos e demais instrumentos utilizados na prática de infração, estes serão vendidos pelo órgão responsável pela apreensão, depois de devidamente descaracterizados pela reciclagem.
- f) No que se refere a instrumentos úteis às atividades e órgãos ambientais, estes serão doados, depois de devidamente avaliados;
- g) Relativamente às substâncias ou produtos tóxicos, estes terão sua destinação determinada pelo órgão competente ou serão destruídos;
- h) No que se refere a veículos e embarcações, estes serão liberados após pagamento de multa ou oferecimento de defesa ou, ainda, confiados a fiel depositário;
- i) Os bens apreendidos em referência, conforme relação acima, não poderão ser transferidos a terceiros.

4.5 Suspensão de venda e fabricação de produto

Trata-se de penalidade de uso reduzido limitada a produtos, “que, apesar de não estarem sujeitos ao licenciamento ambiental, possam causar danos ao meio ambiente”.³⁴

³³ Vladimir Passos de Freitas. Direito Administrativo e Meio Ambiente. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 86, *apud* Édís Milaré e Paulo José da Costa Jr.. Ob cit., p. 237.

³⁴ Édís Milaré e Paulo José da Costa Jr.. Ob. cit., p. 241.



4.6 Embargo de obra ou atividade

Aplica-se, geralmente, à edificação feita sem a devida licença.

4.7 Demolição de obra

Cuida-se de medida extrema para as situações de irregularidade insanável, de perigo à saúde pública ou de grave dano ambiental.

4.8 Suspensão parcial ou total das atividades

É aplicada no caso de perigo iminente para a saúde pública ou de grave dano ambiental, podendo, também, ser limitada apenas a máquinas ou equipamentos poluidores.

4.9 Sanções restritivas de direitos

As penalidades acima mencionadas, que são acessórias da pena principal, não se aplicam isoladamente, associando-se à multa ou à suspensão de obra ou atividade.

4.10 Reparação dos danos causados

Trata-se de reparação dos danos causados pelo poluidor como sanção administrativa autônoma prevista no Dec. 3.179/99, modalidade esta que um regulamento não pode incluir, por não ter sido objeto da lei regulamentada.

5. DESTINAÇÃO DOS VALORES ARRECADADOS PARA UM FUNDO ESPECÍFICO (LCA, ART. 73)

Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Dec. 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.

Enquanto a destinação das multas impostas pela União não permite dúvidas, no que concerne aos Estados e Municípios as multas terão destino definido em leis próprias.

6. UNIDADES DE MEDIDA DA MULTA (LCA, ART. 74)

A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.

Dispõe o art. 74 da LCA em testilha que a multa deverá ter por base uma determinada medida, referindo-se, de modo exemplificativo, à unidade, hectare, metro cúbico e quilograma.

Observe-se, no entanto, que a norma em referência “aplica-se, com relativa facilidade, a danos causados à fauna e à flora. Porém, ela é de impossível aplicação à maioria das infrações relativas à poluição ambiental. Quando árvores são abatidas ou animais caçados e mortos, pode-se contá-los. Mas, como medir numericamente uma mortandade de peixes, causada por

emissão de poluentes nas águas? Ou a emissão irregular de gases no ar? Ou os incômodos à vizinhança pela poluição sonora?”³⁵

7. VALORAÇÃO DA MULTA (LCA, ART. 75)

O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Cuida-se, no dispositivo em referência, da definição do valor da multa entre o mínimo de R\$ 50,00 e o máximo de R\$ 50.000.000,00.

Vale, ainda, atentar para o fato de que, se infringido o princípio da razoabilidade, quanto à dosimetria da sanção por parte da autoridade administrativa, há de se recorrer ao controle jurisdicional para a sua adequação.

8. NÃO SE DEVE PUNIR EM DUPLICIDADE POR UMA MESMA INFRAÇÃO (LCA, ART. 76)

O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

Trata-se da norma que diz respeito ao repúdio do sistema jurídico brasileiro às sanções múltiplas, com base em fato único, que se resume no consagrado princípio *non bis in idem*.

Destarte, se a multa já foi imposta pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios, fica afastada a ação federal, tendo em vista a norma que reserva à União conduta meramente supletiva quanto ao poder de polícia em matéria de meio ambiente.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os diplomas legais que disciplinam e protegem o meio ambiente colocam o Brasil em posição de vanguarda, em matéria de legislação ambiental: a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), seguida da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e completada pela Lei n. 9.605/98 sobre crimes ambientais, objeto de nossos estudos, em que esta última dá acabamento ao círculo de controle do meio ambiente e enseja grandes inovações, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sanções com efeitos educativo-ambientais, ênfase no caráter consensual e reparatório da Justiça penal etc.

No âmbito legislativo, o país está, com efeito, à frente de algumas nações do chamado primeiro mundo, como a França, que sequer contam com regime especial de responsabilidade no campo ambiental³⁶ e não oferecem, ainda hoje, Itália inclusive, respostas satisfatórias a uma

³⁵ Édis Milaré e Paulo José da Costa Jr.. Ob. cit., p. 244.

³⁶ Geneviève Viney. *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 10.



série de quesitos sobre o dano ecológico.³⁷

Já, no âmbito administrativo, técnico e comportamental, os desafios são de proporções atemorizadoras. Grande parte da sociedade não está conscientizada para as questões ambientais; os órgãos fiscalizadores acham-se mal equipados e os tribunais enfrentam a morosidade do sistema judiciário. Acrescente-se a isso a vasta extensão territorial do país, a multiplicação das violações ambientais, o processo de degradação da biodiversidade, em contraste com os insuficientes recursos financeiros, técnicos e humanos.

A destruição do patrimônio natural é, lamentavelmente, realidade do dia-a-dia; desmatamentos e queimadas ameaçam florestas brasileiras, das quais os biomas da Amazônia e da Mata Atlântica são as principais vítimas, bem como o comércio da fauna continua descontrolado, além do que rios e praias apresentam sérios problemas de poluição.³⁸

Nessa situação, a Natureza cobra ações concretas de todos nós contra os riscos a que é submetida pelas infrações contra o meio ambiente.

Há de se prestar, pois, atenção ao clamor da Terra, desta Terra que sangra, que geme e sofre devido ao desequilíbrio Homem/Natureza, refletindo-se em seus recursos naturais: a água e o ar, o solo, a fauna e as florestas.

Bens indispensáveis à vida – **a água e o ar** – estão sujeitos, de forma continuada, à poluição e à contaminação, enquanto **o solo** é tratado sem a atenção reservada a um importante recurso natural, sujeito à degradação pelo acúmulo crescente de lixo. Por outro lado, não se dá a devida proteção **à fauna**, quando se cuida de um dos elementos mais expressivos da evolução da vida sobre a Terra, enquanto **as florestas**, responsáveis pelo equilíbrio do clima, são impiedosamente derrubadas.

Diante desse quadro, que mostra a distância que nos separa das metas propostas pela legislação nacional e nos coloca frente ao desafio que o Brasil precisa vencer, há de se entender e acatar os sinais que a Natureza nos manda através dos “tsunames” e vendavais, terremotos e furacões, a exigir severas punições administrativas e penais a quem destrói o Planeta, a fim de se preservar o maravilhoso legado que Deus nos deixou e que haveremos de transmitir às gerações futuras.

V. ABSTRACT

The work presented develops comments to Environmental Crimes Law (ECL), what's about, specifically, the administrative infractions against the environment, objective of Chapter VI, art. 70 to 76, Law 9.605/98. After environment legislation approach, since Kingdom Orders, in Portugal, through Empire and Republic periods, in Brazil, the author approach the environment administrative infraction and then, pass to exam and comments, one by one, the environment infractions.

Key word: *Environmental Legislation. Crimes against environment. Administrative infractions. Environmental infractions. Problematical environment*

³⁷ Barbara Pozzo (Coord.) La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente 12 Texto de Barbara Pozzo. I problemi della responsabilità per i danni causati dall'inquinamento: profili di diritto comparato. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 23-24.

³⁸ Pesquisa promovida pelo IBGE, intitulada Indicadores do Desenvolvimento Sustentável. O Estado de São Paulo, A 16, 05.11.04.

VI. REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman. A Proteção das Florestas Brasileiras: Ascensão e queda do Código Florestal. Da medida provisória n. 1.511/1996 ao Projeto de Conversão do Deputado Moacir Micheletto. Revista de Direito Ambiental 18, São Paulo, 2000.
- FERREIRA, Ivette Senise. *Tutela Penal do Patrimônio Cultural*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. A Polícia na proteção do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental 28, São Paulo, out/dez, 2002.
- FREITAS, Vladimir Passos de e Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8 ed. São Paulo: RT.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental - busca de efetividade de seus instrumentos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. (Coord.) *Novos rumos do direito ambiental, nas áreas civil e penal*. Campinas: Millennium Ed. 2006.
- _____. Lanfredi, Luís Geraldo Sant'Ana, Lanfredi, Cristian Sant'Ana e Lanfredi, Cristiano Sant'Ana. *Direito Penal na área ambiental*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- LECEY, Eládio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Efetividade na realidade brasileira, *apud* Antônio Herman Benjamin (Org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental: 10 anos da Eco-92. São Paulo: IMESC, 2002.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MARZAGÃO Júnior, Laerte Idalino. Uma visão atual da Polícia na prevenção e repressão aos crimes ambientais. Monografia jurídica apresentada no curso de mestrado Ecologia e Crime, junto à Faculdade de Direito da USP (FADUSP), 2003.
- MELLO, Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MILARÉ, Édís e Costa Jr., Paulo José da. *Direito Ambiental – Comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millennium Ed., 2002.
- _____. *Direito do Ambiente*. 5º ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. A nova tutela penal do ambiente. Revista de Direito Ambiental 16, 1999.
- _____. Sistema municipal do meio ambiente – Sismuma: Instrumentos legais e econômicos, Revista de Direito Ambiental, nº 14, São Paulo, 1999.
- MOACYR, Amaral Santos. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OST, François. La responsabilité, fil d' Ariane du droit de l' environnement. Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique 30/31, Paris, 1995.
- PRADO, Luis Regis. *Crimes Contra o Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT. 2001.

- PRIEUR, Michel. *Droit de l' environnement*, 2° éd., Paris: Dalloz, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4° ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Paulo Maurício e FONTINHA S. R. *Ambiente: Componentes e Interações. Ciências*. v. 2, São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1996.
- SOUZA, Eliane Castelo Branco. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por ato lesivo ao meio ambiente, *apud* Antônio Herman Benjamin (Org.). Anais do 6° Congresso Internacional de Direito Ambiental: 10 anos da Eco- 92. São Paulo: IMESC, 2002.
- SZNICK, Valdir. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.
- TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.
- WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, 1995.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizzaro. O Impacto da Lei n. 9.605/1998. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento na área penal. Revista de Direito Ambiental 16, São Paulo, 1999.



PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE DEFESA

Dnieper Chagas de Assis¹

Resumo:

O presente trabalho visa demonstrar as divergências em relação às provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro e sua convalidação face à legítima defesa. Sabe-se que essa modalidade de prova há tempos é vedada pelo ordenamento constitucional brasileiro e não aceita por parte da doutrina. Como o Direito é uma Ciência utilitária e dinâmica, e vive-se em um Estado Democrático, é mister acompanhar a evolução social e procurar responder sempre aos anseios sociais, mormente quando o escopo é a Justiça bem aplicada.

Palavras-chave: Processo penal. Prova. Prova ilícita.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa – 3. Conceito de Prova – 4. A Prova no Processo Penal – 5. Provas Ilícitas e suas Vedações – 6. Provas Ilícitas por Derivação – 7. A Vedação Constitucional quanto à Ilicitude das Provas – 8. A Convalidação das Provas Ilícitas face à Legítima Defesa – 9. O Princípio da Proporcionalidade – 10. Conclusão – 11. Abstract – 12. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prova ilícita e também a prova lícita, porém que deriva de outra ilícita, conhecida na doutrina americana como *fruits of the poisonous tree*, no Brasil, fruto da árvore envenenada, tem suscitado discussões plausíveis. A sua aceitação face a bens jurídicos de maior relevância, como a vida, o interesse coletivo e social, tem cada vez mais adeptos, fazendo do princípio da proporcionalidade o balizador para tal posicionamento. Esse balizamento faz-se necessário quando passa a existir colisões de garantias jurídicas e princípios constitucionais face a interesses do particular ou da coletividade, não podendo o Estado, enquanto poder-dever que detém, eximir-se de dar uma resposta rápida e precisa à solução desses conflitos. Corroborando com tal afirmação, a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, explica:

A liberdade não pode esperar, porque, enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes a só ameaça que torna incertos todos os direitos².

¹Advogado. Graduado pela Universidade de Uberaba (UNIUBE) em 2005. Membro da Comissão OAB Jovem, da 14ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG) e da Association Internacionale de Droit Pénal, em Bordeaux na França. Pós-Graduando em Ciências Penais pelo IPAN. Professor Substituto de Ética e Legislação Profissional da Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM). E-mail: dneiper@dnieper.adv.br

² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Artigo intitulado *O Direito Constitucional à Jurisdição*, inserido na obra coletiva *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sávio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva. São Paulo, 2001, pag. 37.

Aceitar uma prova ilícita originária ou derivada, como objeto probante contrário ao interesse social, parecia algo distante e extravagante no ordenamento jurídico brasileiro. A evolução dos direitos sociais, reafirmados na Carta Magna de 1988, intitulada Constituição Cidadã e a imersão dos Direitos Coletivos e Difusos propiciaram um amadurecimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, obrigatoriamente, reportando os operadores do Direito a uma reflexão mais centrada, como veremos a contento.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A prestação jurisdicional ocorre através do processo, no qual são dadas às partes oportunidades de demonstrarem suas versões e delas fazerem prova. Todo e qualquer ato processual deve ser conhecido pelas partes para que possam exercer o direito do contraditório e da ampla defesa. Essa premissa é garantida tanto ao autor quanto ao réu, isto é, existe para as partes o direito de alegarem fatos e de prová-los através de meios lícitos, conforme grifa o Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório é uma proteção constitucional aplicada ao indivíduo que busca em juízo dirimir algum conflito. Inerente ao Estado Democrático de Direito, esse princípio permite que o cidadão tome ciência e tenha a oportunidade de participar, informar, abster-se e defender-se de todos os atos do processo do qual é parte. A aplicação desse princípio é a externalização direta dos direitos e garantias fundamentais intrínsecos aos princípios do devido processo legal, à ampla defesa e até mesmo ao acesso à justiça. Não há no que se falar em acesso à justiça, sem o devido processo legal, tampouco ao devido processo legal sem a ampla defesa, que, por sua vez, para que possa ser exercida em sua plenitude, deve proceder ao contraditório.

Na concepção do grande mestre em Direito Processual brasileiro, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o princípio do contraditório seria “uma ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.³ A processualista Ada Pellegrini Grinover afirma que esse princípio é inerente ao conceito de “parte”, sendo imprevisível a sua segregação:

Tão importante se tornou o contraditório no processo moderno, que a definição mais atual de parte liga-se indissolúvelmente a esse princípio: a qualidade de parte, na expressão de Liebman, é a condição dos que participam do contraditório instituído pelo juiz.⁴

O contraditório é um princípio basilar da Democracia, onde valores como a informação, a liberdade de informação e o direito de participação são consagrados como de natureza subjetiva em relação ao cidadão. Assim, é necessário que o processo seja conduzido de tal maneira que as partes, de igual modo, possam participar de todos os atos processuais, buscando a equidade de oportunidades. Oportuno o ensinamento do jurista José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar:

O princípio do contraditório expressa valores dignos da maior reverência;

³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade da Instrução Criminal*. São Paulo, 1937, nº 80.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Const. e o Código Proc. Civil*. Ed.J.Bushatsky, SP, 1975, p.94.

mas não é pouco frequente, no direito processual – e no direito *tout court* –, que primeiro o legislador e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do mal menor⁵

A ampla defesa é todo e qualquer meio lícito admitido em direito com a finalidade de trazer ao processo a verdade real. O professor Alexandre de Moraes preceitua:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁶

Considerado como garantia fundamental de primeira geração, o princípio da ampla defesa não pode ser alterado ou abolido por emenda à constituição ou mesmo pelo constituinte derivado, haja vista que se encontra no rol das cláusulas pétreas, aliás, leciona Paulo Bonavides sobre o tema:

Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte, ou seja, o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da Lei Maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto de deliberação da parte do poder constituinte derivado. Ou, com mais precisão: a garantia constitucional qualificada de 1º grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma. Garantias constitucionais de 1º grau são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema.⁷

É vital a existência da ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro, podendo, inclusive, ser considerado um princípio autônomo. Nas palavras do ilustre Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, a ampla defesa é o “[...] verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, p.76.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2001, p.122.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 1996, p.503.

de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano”.⁸ Assim, surge a garantia constitucional de provar as alegações que se fizerem em processo judicial ou administrativo em que seja parte, utilizando-se, para isso, de provas obtidas por meios lícitos.

O princípio do contraditório e também o princípio da ampla defesa são princípios basilares para outro importante princípio em nosso ordenamento: o Devido Processo Legal. Surge então a indagação: como exercer o direito de defesa quando este depender de prova que só possa ser obtida violando preceito constitucional? A questão suscitada será oportunamente respondida.

3. CONCEITO DE PROVA

A etimologia da palavra **prova** revela sua origem do latim *probatio*, emanada do verbo *probare*, que deságuia em examinar, demonstrar, persuadir. É notoriamente de grande relevância na busca da verdade real e da verdade jurídica, e, aos olhos de grandes processualistas, o alicerce do Direito Processual. Nas palavras do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, provar é “antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade”.⁹ É levar aos outros algo apenas conhecido pelo remetente da prova. Para Julio Fabbrini Mirabete, provar é

[...] produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.¹⁰

O conceito de prova para o professor Fernando Capez¹¹, é a reunião de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, com o escopo de levar ao magistrado a existência ou não de um fato, a falsidade ou veracidade de uma afirmação. Já a processualista Ada Pellegrini Grinover define *prova* como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.¹² No entendimento do professor José de Albuquerque Rocha *prova*, “é o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência de certos fatos sobre os quais recairá seu pronunciamento”.¹³

Na concepção do autor Nicola Framarino Dei Malatesta, prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.¹⁴ Define prova, o ilustre autor Heleno Cláudio Fragoso, como “todo elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria. Trata-se de buscar a verdade real, para alcançar a certeza

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos do Direito Administrativo*. Ed. RT. São Paulo, 1990, p. 230

⁹ TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º vol. 23ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2002, p. 215.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 1998, p. 256.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003, p. 251.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 2001, p. 348.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2005, p. 244.

¹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Ed. Clássica, Lisboa, 1927, p. 19.

sobre o fato atribuído ao acusado”.¹⁵

A prova pode ser considerada sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção e ao efeito que produz no espírito daqueles perante o qual é produzida. Sob este segundo aspecto, resolve-se na certeza e credibilidade. Como as faculdades perceptivas são as fontes subjetivas da certeza, as provas são os modos de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à certeza. Como se percebe, inúmeros são os conceitos da prova, que possuem grande flexibilidade acerca de sua definição. Tem-se então que prova é tudo aquilo que possui relevância ao processo sobre o conhecimento de determinado fato ou afirmação que possa contribuir para o convencimento do magistrado sobre os verdadeiros acontecimentos, produzindo nas partes a certeza (confiabilidade e credibilidade) da existência dos fatos.

4. A PROVA NO PROCESSO PENAL

Como já dito anteriormente, prova é o instrumento pelo qual se traz a verdade ao processo. Em nosso caderno processual penal, as provas são distribuídas através do exame de corpo de delito e outras perícias (artigo 158 a 184), o interrogatório do acusado (artigo 185 a 196), a confissão (artigo 197 a 200), as perguntas ao ofendido (artigo 201), as testemunhas (artigo 202 a 225), o reconhecimento de pessoa ou coisa (artigo 226 a 228), a acareação (artigo 229 e 230), os documentos (artigo 231 a 238), os indícios (artigo 239) e, por fim, a busca e apreensão (artigo 240 a 250). Tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem visto com receio a confissão, pura e simples, como único meio probante e aplicado, com rigor, o texto legal onde o acusado não é obrigado a colaborar com a produção de provas contra si ou ainda ser visto como objeto de prova. Essas são as chamadas provas legais, porém a previsão legal não é exaustiva, mas exemplificativa. Desde que obtidas de forma lícita e em consonância com os princípios legais, outros meios poderão ser admitidos, como, por exemplo, a inspeção judicial aplicada subsidiariamente ao processo penal e existente no processo civil, e até mesmo os indícios.

5. PROVAS ILÍCITAS E SUAS VEDAÇÕES

Considerando que a *prova* no processo penal é fundamental para a formação do convencimento do magistrado, os interessados no resultado final elegem todos os meios para sua obtenção, inclusive os ilícitos. Há na doutrina uma classificação no que tange às provas *ilícitas* e às provas *ilegítimas*. As provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação das normas de direito material, como, por exemplo, uma interceptação telefônica não autorizada, ou a violação de correspondência, e as provas ilegítimas seriam aquelas inseridas no processo de forma contrária à legislação processual, com desrespeito a tramitação ou a forma, não devendo ser acolhidas no processo, face à restrição do artigo 564, IV do Código de Processo Penal. Como bem lembra Ada Pellegrini Grinover¹⁶, podem existir provas com características híbridas, ou seja, são tão ilícitas quanto ilegítimas, como no exemplo do professor Fernando da Costa Tourinho Filho ao afirmar que “a carta particular interceptada ou obtida por meios criminosos, além de ilícita, em face do processo de obtenção, é ilegítima, porque vedada pelo artigo 233 do CPP”.¹⁷

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre a Prova no Processo Penal*. Vol.23. Ed. Forense, Rio Janeiro, 1978.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 2001, p. 348.

¹⁷ TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º vol. 23ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2002, p. 215.

De forma mais precisa, conceitua Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.¹⁸

Assim, ilícitas são todas as provas obtidas com violação da norma material, com violação ao princípio da dignidade humana e até mesmo com a violação da moralidade, sendo vedada pelo ordenamento jurídico a sua utilização. Essa inadmissibilidade se apura através da interpretação dos limites intrínsecos ao processo penal, podendo tal vedação fluir da própria lei penal ou de lei diversa, como, por exemplo, da Constituição Federal.

De forma direta encontramos expressamente na atual Constituição Federal a vedação quanto à utilização de provas obtidas por meio ilícitos (violação ao direito material), artigo 5º, inciso LVI, e extraímos vedações quanto à utilização das provas ilegítimas, ou seja, com violação quanto à forma, contidas no Código de Processo Penal. O artigo 207 é taxativo ao afirmar: “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. Na mesma linha de proibições, cito o artigo 233 do CPP, que dispõe: “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.” Na doutrina, contudo, não é pacífico o entendimento quanto à vedação dessas provas. Existem autores que pregam a aceitação do material ilícito e a aplicação da sanção cabível à maneira com que determinada prova foi obtida. O professor José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, fala sobre essas correntes:

[...] De acordo com a primeira, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.¹⁹

Em voto proferido em decisão de *habeas corpus*, o eminente Ministro Celso de Mello preleciona acerca da inadmissibilidade da prova espúria:

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo pre-emptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2001, p. 123.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003, p. 109.

inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.²⁰

Nos países onde o Direito encontra-se arraigado ao sistema *Common Law*, é pacífico o entendimento da exclusão da prova obtida com violação aos preceitos fundamentais, sejam intrínsecos ou expressos.

Com a reforma do Código de Processo Penal, através da Lei 11.690/08, a questão discutida foi, em parte, pacificada. O legislador deu nova redação ao artigo 157 e vedou expressamente a utilização dessas provas:

Art.157 – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.

Desse modo, o legislador reformista foi oportuno ao trazer para esfera infraconstitucional penal a vedação genérica já existente na Lei Maior e defendida por grande parte da doutrina. Ainda sim, fazer dessas provas fundamento para condenação, sobre a exegese de que os fins podem e devem justificar os meios no combate ao crime, é tentar reprimir um ato antijurídico utilizando-se de outro, é estimular as condutas ilegais e fomentar a anarquia, além de propiciar ao réu a oportunidade de impugnar a referida decisão, em recurso de apelação, por total violação ao artigo constitucional anteriormente citado.

Evidenciada em nosso ordenamento a proibição de utilização de prova bastarda, prevenir-se-á que a lei seja violada com escopo de obtenção de material probatório, uma vez sabido que essa prova não será apreciada e tampouco valorada em juízo, não obstante, negando o juiz o desentranhamento da prova ilícita, poderá o acusado valer-se do instituto do *Habeas Corpus* para ver sua pretensão atendida e mais, essa vedação resguarda os direitos e garantias fundamentais que seriam constantemente violados sob alegação de obtenção de provas.

6. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas, mas que germinaram a partir de um comportamento antijurídico. O professor Fernando Capez explica:

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas por si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo: um documento é apreendido em um domicílio, em diligência de busca e apreensão, sem prévia ordem judicial. A prova será considerada ilícita. Entretanto, a partir dessa prova ilícita, não utilizada no processo, chega-se a testemunhas e a outros documentos regularmente produzidos (provas lícitas por si mesmas). Essas últimas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, a qual atinge todas as provas subsequentes.²¹

A aparente licitude da prova derivada de outra ilícita reveste de ilegalidade, por exem-

²⁰ STF HC- 80.948-ES. Rel. Min. Celso de Mello. DJU, 19 dez. 2001.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003, p. 260.

plo, a diligência de busca e apreensão em que resulta a prisão de pessoas portando entorpecentes. Mediante tortura, subtrai-se do acusado o paradeiro da *res furtiva* que é apreendida regularmente. Sem obedecer à regra prevista no artigo 226 do CPP, o reconhecimento de pessoa, fundamental para condenação do réu, não terá valor probante. Desta premissa, surge então a teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou “Frutos da Árvore Envenenada”. Adotada nos Estados Unidos desde 1914 com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia, essa teoria foi expressamente adotada em nosso ordenamento jurídico com a reforma processual penal, sendo uma contribuição importante para o desenvolvimento do processo penal constitucional. Após o advento da Lei 11.690/08, essa teoria dá corpo ao § 1º do artigo 157 do CPP, senão vejamos:

§ 1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Ainda que acertada a decisão do legislador reformista em adotar o entendimento jurisprudencial e doutrinário, com reiterados julgados do Supremo pela comunicabilidade das provas, o legislador mostrou-se acanhado quando conceituou de forma aberta esse princípio. Caberá aos magistrados, analisar caso a caso e verificar quando uma prova é derivada e quando é “fonte independente”, conforme estabelece o § 2º do referido artigo. Defensora da vedação de provas ilícitas na doutrina brasileira, Ada Pellegrini Grinover é favorável à inadmissibilidade das provas ilicitamente derivadas, por entender que esta é a posição mais sensível às garantias fundamentais da pessoa humana, e, conseqüentemente, mais intransigente com os princípios e normas constitucionais relacionados com a exclusão das provas ilícitas.²²

A citada teoria afirma que uma árvore de natureza podre, envenenada, só pode gerar frutos podres ou envenenados, sendo inadmissível sua utilização, ou seja, de uma prova obtida por meios ilícitos, só derivam provas ilícitas. Mesmo que traga o rótulo de licitude, sua origem é viciada, envenenada, eivada de ilicitude e máculas capazes de invalidar toda a persecução criminal. Trilhando pelas mesmas veredas doutrinárias, a jurisprudência vem chancelando a inadmissibilidade de provas lícitas, não obstante derivadas de outras ilícitas, como único meio de convencimento ou sustentação para persecução penal, ou ainda uma possível condenação criminal. É o entendimento da Suprema Corte brasileira, que edifica a tese de comunicabilidade das provas lícitas oriundas das provas ilícitas. Neste sentido, invocamos o voto proferido em *habeas corpus* de relatoria do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em que observou:

Vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas...E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtidas.²³

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição*. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1996, p. 53

²³ STF. HC- 69.912-RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 21 jun. 1996.

Contudo, essa posição de comunicabilidade das provas ilícitas não é pacífica. Por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal teve votação apertada sobre o assunto (seis votos contra cinco pela incomunicabilidade). Com a presença do Ministro Maurício Corrêa, o qual defende a comunicabilidade, ou seja, é a favor da teoria de que a árvore envenenada apenas produz frutos envenenados, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, adota a teoria do *fruits of the poisonous tree*.

7. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À ILICITUDE DAS PROVAS

O legislador originário vedou expressamente, no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. A partir de então, houve um corte epistemológico acerca do tema, suscitando discussões plausíveis, tendo em vista que algumas correntes doutrinárias, e até mesmo jurisprudenciais, como nos lembra o renomado professor Vicente Gregório Filho, “admitiam a produção da prova obtida nessas condições ou a admitiam em termos, somente na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção”.²⁴ A primeira corrente defende ser admissível a prova ilícita mesmo violando o preceito constitucional, com fundamento de que deve prevalecer em qualquer caso o interesse da justiça no descobrimento da verdade real, de modo que a ilicitude da prova não exaure o valor que ela possui como elemento para o convencimento do juiz, lembrando sempre que sua utilização não suprime a devida sanção ao infrator da norma material. A segunda corrente funda-se na ampla defesa. Salienta Julio Fabbrini Mirabete:

É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, p.ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.²⁵

Essa corrente nos reporta ao estudo do princípio da proporcionalidade, o qual será feito em momento oportuno. A terceira corrente, respaldada pela Lei Maior, exclama que o direito não pode vangloriar os comportamentos ilícitos, antijurídicos ou mesmo permitir que deles tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal. *A priori*, quer parecer à posição mais acertada. O Supremo Tribunal Federal decidiu em plenário:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudencial Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no artigo 5º, inciso LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis,

²⁴ GREGÓRIO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 1999, p.200.

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 1998, p. 261.

no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.²⁶

Em breves palavras, as provas ilegais, das quais se originam as ilegítimas e ilícitas, à luz da Constituição Federal, deverão ser desprezadas, não admitidas como válidas no processo penal.

8. A CONVALIDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS FACE À LEGÍTIMA DEFESA

Conforme dito anteriormente, em nosso sistema processual, todos têm o direito de apresentar sua versão e dela fazer prova, invocando o contraditório e a ampla defesa, princípios refugiados no seio constitucional. Imagine que a prova a ser constituída agrida o princípio da inviolabilidade de correspondência, porém é de vital importância para legítima defesa do infrator. Tal situação nos coloca diante de uma antinomia constitucional. É notório que não se pode admitir que meios ilícitos sejam utilizados para obtenção de provas com fundamento nas garantias e liberdades individuais. Seria uma afronta à Carta Maior e ao Estado Democrático de Direito, porém têm-se convalidado as provas obtidas de forma teoricamente ilícitas em situações de legítima defesa. Na hipótese, por exemplo, de gravação realizada pela vítima sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse o crime de extorsão praticado pelo outro interlocutor, não poderia ser tachada de ilícita, pois o coator invadiu primeiramente a esfera de liberdade da vítima. Esta, por sua vez, em legítima defesa, obteve meios que comprovasse a extorsão. Nesse sentido, salienta o professor Alexandre de Moraes:

Nota-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e conseqüentemente, em desrespeito ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas.²⁷

Desta forma, agindo em legítima defesa, afasta-se a ilicitude da prova e a invocação do artigo 5º, inciso LVI, da Lei Maior e também o artigo 157 do Código de Processo Penal. Neste diapasão, observa o Ministro Moreira Alves, em *habeas corpus* de sua relatoria:

[...] evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esqueceram que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.²⁸

Não obstante, para convalidação da prova ilícita, há de restar comprovada a real ameaça da integridade física ou moral da vítima ou de outrem. Não se pode permitir que as garantias constitucionais sejam ruídas sob a alegação de legítima defesa, sem que de fato exista a real e

²⁶ STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; RTJ 162/03-340.

²⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2001, p. 128.

²⁸ STF – 1ª T – HC nº 74.678-1/SP – Rel. Min. Moreira Alves, serviço de Jurisprudência do STF.

iminente ameaça ou lesão a um direito. Assim, reiteradas vezes, tem o Supremo Tribunal Federal se posicionado pela exclusão de ilicitude das provas obtidas por meios ilícitos, com fulcro na legítima defesa, que também é o posicionamento da doutrina majoritária.

9. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso, também chamado de princípio da razoabilidade dos países do *Common Law*, está cada vez mais arraigado ao nosso ordenamento jurídico. Por ele, é devido exigir a adequação dos meios, principalmente os de coação, à obtenção do resultado pretendido, bem como o balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito e até mesmo “a superação das vedações probatórias”.²⁹ O princípio da proporcionalidade é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito e essencial aos direitos e garantias fundamentais. Adotado na jurisprudência alemã do pós-guerra, lança por terra a idéia de que toda e qualquer garantia constitucional é suprema e absoluta. Sua utilização em matéria probatória, ensina Antônio Guimarães Gomes Filho,

[...] é muito antiga e, já no sistema das provas legais, a gravidade de certos crimes era invocada como justificativa do instituto da prova privilegiada, através do qual se podia qualificar como plena (e suficiente, portanto, para a condenação) uma prova meramente indiciária.³⁰

Nossa Constituição Federal impede a violação da intimidade e o sigilo das comunicações, artigo 5º, incisos X e XII, respectivamente, e, a contrário senso, garante ao acusado um processo justo e uma ampla defesa. Para resolver o grande dilema que aflige os que operam o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais (aos quais se deve igual obediência por ocuparem a mesma hierarquia normativa), é invocado o princípio da proporcionalidade, em que se analisará quais dos princípios em choque devem sobressair, tendo como base o princípio da dignidade humana e o bem comum. Esse princípio, embora não esteja explicitado em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável do sistema adotado por nosso constituinte originário para solução de antinomias constitucionais. O entendimento moderno tem admitido a valoração dessa prova face a um bem jurídico de maior relevância. O professor Alexandre de Moraes, multiplicador desse entendimento, com muita propriedade, explana:

Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.³¹

Reforçando o elo doutrinário, corrobora o professor Guilherme Penã de Moraes:

Advirta-se que as provas obtidas por meios ilícitos podem ser admitidas no processo, desde que a infração produza prejuízo inferior ao benefício trazido à ins-

²⁹ GOMES FILHO, Antonio Guimarães. *Direito a Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997, p. 104.

³⁰ Ob. cit. p. 104.

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – Teoria geral – Comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 5ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2003. p. 263.

trução do processo, a critério da autoridade judiciária competente para a ponderação entre direitos fundamentais em jogo.³²

Com sabedoria e brilhantismo, comunga com a tese ora esplanada o professor Jurandir Sebastião, em artigo ímpar intitulado “A Imprensa, a fonte ilícita e a indenização por dano moral”, onde com um pensamento contemporâneo nos enaltece com suas palavras:

[...] ergue-se no plano processual, como regra geral e igualmente sob manto Constitucional, a proibição de prova obtida “por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, CF/88). Não obstante a clareza dessa regra geral processual proibindo “prova ilícita”, é preciso conciliar os princípios constitucionais do respeito à *privacidade* (art. 5º, V, X, XII) com o da *livre informação* (art. 5º, IX, XIV). [...] Por outro lado, o princípio da *ampla defesa*, assegurado aos acusados em geral (art. 5º, LV) compreende a *relativização* do princípio da proibição de prova de origem *ilícita*, quando, nitidamente envolver *interesse público*.³³

Superada a fase de aceitação ou não do princípio da proporcionalidade (doutrina alemã) ou razoabilidade (direito norte-americano) surge então outro problema: aplicá-lo em prol do réu ou aceitá-lo em prol da sociedade? A doutrina tem pacificado aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, muito embora o legislador reformista deixasse escapar oportunidade ímpar de fazê-lo expressamente com a recente reforma. Nesta vertente, aponta também Antônio Guimarães Gomes Filho:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado.³⁴

Julio Fabbrini Mirabete, acompanhado da Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito Penal da USP, concorda com a utilização da prova ilícita *pro reo*, caso essa seja a única capaz de salvaguardar os interesses do réu alicerçando uma sentença penal absolutória e, cita Antonio Scarance Fernandes:

Por isso já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à admissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.³⁵

No mesmo diapasão é o entendimento de Tourinho Filho e a lição do professor Fernando Capez:

³² MORAES, Guilherme Peña. *Teoria da Constituição*. 2ª ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004, p. 118.

³³ SEBASTIÃO, Jurandir. *A imprensa, a fonte ilícita e a indenização por dano moral*. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, nº 9, p. 22

³⁴ GOMES FILHO, Antônio Guimarães. *Direito a Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997, p. 106.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2004, p. 280.

A aceitação do princípio da proporcionalidade *por reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, a qual se apresenta como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem qualquer responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.³⁶

Já em relação à aceitação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, existem entendimentos diferentes. Fernando Capez se mostra favorável a essa linha e esclarece:

A acusação, principalmente promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.³⁷

Tal posição não constitui uma unanimidade na doutrina, sofrendo as críticas daqueles que consideram inadmissível a violação dos direitos e garantias constitucionais para a repressão de delitos. Assim, Antonio Guimarães Gomes Filho afirma: “não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate*, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos ou a tutela da inocência – é diversa”.³⁸ Contudo, existem julgados no Supremo Tribunal Federal apontando para primeira corrente:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.³⁹ (Min. Celso de Mello)

Comungando com o Ministro Celso de Mello, é o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence acerca do tema, em julgamento de *habeas corpus* de sua relatoria. Senão vejamos:

À tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2005, p. 281.

³⁷ Ob. cit. p. 281.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Guimarães. *Direito a Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997, p. 107.

³⁹ STF, HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994.

compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.⁴⁰

Mesmo as provas lícitas derivadas de outras ilícitas, envenenadas, merecem apreciação frente ao princípio da proporcionalidade, seja *pro reo* ou *pro societate*. Imagine que, com uma gravação telefônica não autorizada feita pela esposa, com intuito de comprovar a traição do marido, descobre-se que ele é integrante de uma quadrilha e receberá uma grande quantidade de entorpecente em dia e local determinado. De plano, essa interceptação telefônica é ilícita para comprovação da traição do marido, e, como a descoberta do tráfico de entorpecentes originou-se dela, essa prova também seria imprestável para tal acusação. O fato nos reporta a uma rota de colisão entre princípios constitucionais. De um lado, o sigilo das telecomunicações; de outro, o bem comum social e a segurança pública. Neste momento, invocamos o princípio da proporcionalidade. Qual o bem jurídico de maior relevância? A vida de milhares de jovens potencialmente consumidores de droga ou a intimidade do investigado? A decisão de valorar a prova ilícita por derivação não afronta a Lei Maior e tampouco é taxada de inconstitucional.

Sobre o assunto, assevera o professor Jurandir Sebastião:

Ao nosso modesto modo de ver, a *busca da verdade* para definição da matéria de *fundo* (constatação de prevaricação, de abuso, de crime, e do interesse público lesado) não pode se subordinar à *forma*, de maneira absoluta, quando o agir desse modo resultar em acobertamento de ilícito mais grave, socialmente. A gravidade do fato lesivo (de nítido interesse *público*) há de se sobrepor ao princípio da proibição de utilização de prova obtida por meios ilícitos (art. 5º, LVI da CF/88), relativizando-o e abrindo espaço ao princípio da *proporcionalidade* processual.⁴¹

O Estado Democrático de Direito deve primar pelo bem comum, pela validação do princípio de maior relevância em face do outro, não reduzindo a importância deste, mas fazendo uma subsunção social do conflito, buscando sempre uma saída menos gravosa à sociedade, não permitindo que parem dúvidas quanto à eficiência do Poder Judiciário e à aplicabilidade das leis brasileiras.

10. CONCLUSÃO

Um Estado soberano se constrói, primeiramente, com igualdade entre seus administrados. O Estado Democrático de Direito alicerça a igualdade no que tange à aplicação de suas leis e na distribuição da justiça. Para prestação jurisdicional justa, são garantidos aos cidadãos direitos e princípios constitucionais que os protegem tanto dos particulares (nos conflitos entre si), como do abuso ou mau uso pelo Estado. O princípio do contraditório e o da ampla defesa caminham lado a lado para aplicação dessa justiça igualitária. Todos os que, de forma direta, sendo autores ou réus, ou indiretamente figurem no processo, podem e devem tomar ciência de todos os atos processuais e deles participarem, querendo. A ampla defesa, por sua vez, abre o leque de possibilidades para aqueles que resistem (ou tem uma pretensão resistida), para afastar, por meio do judiciário, qualquer empecilho que se anteponha à aplicação da lei, seja na esfera

⁴⁰ STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 16 mai. 2003

⁴¹ SEBASTIÃO, Jurandir. *A imprensa, a fonte ilícita e a indenização por dano moral*. Revista Jurídica UNIJUS, Vol.8, Nº 9, p. 25.

cível ou porque cometeu um ato antijurídico na esfera penal. Falar de Processo Penal é falar do dever-poder que o Estado possui de punir todos aqueles que praticarem conduta típica, comissiva ou omissiva, lesiva à sociedade, ou ao interesse individual. Porém, para a fiel aplicação do Poder Punitivo do Estado sobre o particular é necessário o *devido processo legal*. É antigo o entendimento de que não existe pena sem o devido processo – *nula pena sine iudicio* –, e que nenhuma pena poderá ser interposta sem o respaldo dessa garantia constitucional. Cumpridas todas as formalidades processuais, o Estado, ou mesmo o particular, busca a verdade real no referido processo e elege todos os meios de provas descritos ou não na legislação processual, com o escopo de ter sua pretensão confirmada ao fim da persecução penal, seja a condenação, por parte do órgão acusador, ou a absolvição, por parte do réu.

Na busca pela verdade, as provas obtidas de forma ilícita não podem ser, de plano, taxadas de imprestáveis ou sem valor probatório, devendo considerar sua aplicação em última *ratio* para absolvição do réu, se suficientes. Hodiernamente, os estudiosos da Ciência do Direito têm deixado claro que a Constituição Federal é um instrumento de proteção do cidadão. No atual estágio do Estado de Direito é inconcebível mantermos a idéia de que os princípios constitucionais são intocáveis, engessados e não podem, de nenhuma maneira, ser superados ou violados. Uma coisa é a proteção do inocente (e todos são inocentes até prova em contrário); outra, é o direito/dever de punir, pelo Estado, dentro das regras prefixadas, quando houver lesão aos interesses públicos. E outra, muito diferente, é a ampla defesa do acusado, a quem é lícito a utilização de todos os meios de prova possíveis, inclusive os proibidos, desde que não se revistam de violência contra a pessoa para a sua obtenção. Vale a pena repetir a lição já registrada, de MIRABETE:

É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, p.ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

Entretanto, permitir que a prova seja obtida a qualquer preço é fomentar a anarquia e os meios cruéis e insidiosos na obtenção da chamada verdade processual. O direito individual não pode sobrepor-se ao interesse social ou público, a não ser que o interesse individual seja, naquele momento, de maior relevância sobre o que originou a vedação como, por exemplo, o direito a liberdade. Para a aplicação de uma justiça igualitária, devem-se considerar todos os meios de provas apresentados, ainda que ilícitos, e analisar qual o peso probatório daquela peça; e, se conseguida com violação a direitos e garantias constitucionais, qual o bem jurídico lesado tem maior relevância no caso, salientando que aquele de menor relevância não significa que é menos importante, *erga omnes*, que outro. Esse posicionamento não consagra a ilegalidade ou os atos antijurídicos, mas prima pelo bem comum, devendo, se necessário, punir o transgressor da norma material. Essa antinomia gerada pela prevalência das normas constitucionais, seja o sigilo telefônico, a correspondência ou qualquer outro princípio implícito, em confronto com o interesse social e coletivo reporta o operador do Direito ao princípio da proporcionalidade, para que, de forma sistemática e analisando caso a caso, possa apontar quais dos direitos em choque têm maior relevância na esfera jurídica naquele momento. Esta análise não se sobrepõe ou minimiza direitos ou princípios constitucionais, apenas elege, momentaneamente, o direito de maior relevância. A existência desse contrapeso e de uma análise minuciosa dos fatos em

detrimento das provas, seja *pro reo* ou *pro societate*, emerge não só da doutrina, mas também da recente legislação processual com o advento da Lei 11.690 de 2008, ao tratar da reforma processual penal, possibilitando cada vez mais que inocentes não sejam condenados, ou que a vida não fique em segundo plano, trazendo ao operador do Direito e às partes, a certeza de que vivemos em um país democrático e que, mesmo ainda distante, caminhamos para criação do processo penal constitucional.

11. ABSTRACT

*This work aims to demonstrate the differences with regard to illegal test in Brazilian Penal Process and its validating against legitimate defence. It is known that this type of evidence is prohibited by the Brazilian constitutional laws and does not accept by the doctrine. As the Jurisprudence is a **utilitarian and dynamic** Science and lives up in a Democratic State of Law, is necessary to follow the social evolution and always seek to answer the social expectations, especially when the purpose is the social justice.*

Keywords: Penal process. Test. Illegal test.

12. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade da Instrução Criminal*. São Paulo, 1937.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 1996.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- _____. *Curso de Processo Penal*. 12ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre a Prova no Processo Penal*. Vol. 23. Ed. Forense, Rio Janeiro, 1978.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição*. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1996.
- _____. *Os Princípios Constitucionais e o Código Processo Civil*. Editora J.Bushatsky. São Paulo, 1975.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Guimarães. *Direito a Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997.
- GREGÓRIO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 1999.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Ed. Clássica. Lisboa, 1927.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos do Direito Administrativo*. Ed. RT. São Paulo, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 1998.
- _____. *Processo Penal*. 17ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2001.
- _____. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral – comentários aos arts. 1º e 5º da constituição da república federativa do Brasil*. 5ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2003.
- MORAES, Guilherme Peña. *Teoria da Constituição*. 2ª edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. 3ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 1984.
- _____. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Artigo intitulado *O Direito Constitucional à Jurisdição*, inserido na obra coletiva *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sávio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva. São Paulo, 2001.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2005.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *A imprensa, a fonte ilícita e a indenização por dano moral*. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, nº 9, Universidade de Uberaba, MG, novembro de 2005.
- TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º vol. 23ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2002.

Endereços Eletrônicos:

www.stf.gov.br



UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ANÁLISE DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DE CALDAS NOVAS

Diego Alves de Oliveira¹

Resumo:

O trabalho apresenta uma análise da importância da implantação de unidades de conservação no sentido da necessidade de preservação do bioma cerrado. Para isso são analisadas normas legais de âmbito federal e estadual as quais fornecem as bases fundamentais para a consolidação de ações de preservação de ecossistemas degradados. São feitas considerações a respeito do histórico da utilização do espaço pelas atividades econômicas e sociais desde a criação do Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, demonstrando a necessidade de que a população esteja consciente do papel que deve exercer como responsável pela qualidade de vida do meio. O sistema de gestão das unidades de conservação do estado de Goiás também revela mais uma vez a necessidade de criação de gerenciamento compartilhado e baseado na interdisciplinaridade das ciências a fim de que a legislação possa cumprir sua função e promover a materialização dos princípios nela expressos.

Palavras-chave: Unidades de Conservação. Parque Estadual de Caldas Novas. Legislação ambiental. Meio ambiente.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Histórico – 3. O direito das unidades de conservação – 3.1 Legislação Federal/Constituição – 3.2 Constituição Estadual e meio ambiente – 4. Legislação Estadual, criação e gestão administrativa do parque – 5. Considerações finais – 6. *Summary* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os povos do início século XXI demonstram ter consciência de sua responsabilidade com relação ao desequilíbrio provocado na relação natureza-homem, na medida em que este já comprometeu e, ainda, vem destruindo sua única fonte de vida – o meio ambiente.

O presente trabalho demonstra a importância da criação das unidades de conservação para uma gestão dos recursos que garantam a sustentabilidade de condições da manutenção da vida, buscando uma transcendência entre o exemplo do Parque da Serra de Caldas Novas até a fundamentação teórica dos grandes objetivos da nação contidos na Constituição de 1988, a fim de colaborar com a compreensão do processo de preservação do bioma cerrado, enquanto ainda sobrevive.

Sua efetivação se deu por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária e legislativa da temática e visita ao campo de estudo, o Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, atividades estas realizadas no segundo semestre do ano de 2006.

Este estudo divide-se em três partes. Em um primeiro momento, é apresentado um

¹ Graduando em Direito na Universidade de Uberaba, *campus* Uberlândia-MG.

histórico sobre os motivos e a criação da unidade de conservação. Na segunda parte, é feito um levantamento da legislação de âmbito federal e do estado de Goiás que trata do tema relacionado às unidades de conservação. Por fim, é feito um estudo acerca da legislação de criação e da gestão administrativa do Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, além de apresentar as considerações resultantes da realização deste trabalho.

Torna-se importante considerar em qual ambiente geográfico o Parque Estadual da Serra de Caldas Novas (PESCAN) está situado. Ao longo do trabalho serão feitas várias considerações acerca do tema, pois este aspecto define grande parte das ações executadas nesta unidade, por meio do convívio de toda a sociedade que se localiza em torno desse parque. Ao final, buscou-se compreender se todo o ordenamento normativo e as condições naturais de localização, realmente, articulam-se para promover os objetivos básicos que levaram à criação do parque.

A biodiversidade também deve ser preservada. No bioma do cerrado, poucas áreas que abrigam espécies nativas da fauna e da flora ainda existem. Devido à utilização do espaço pelas atividades antrópicas, condicionando os interesses econômicos acima dos princípios de sustentabilidade, a maior parte desse grande e diversificado bioma já não existe.

Nesse ponto, é importante destacar a necessidade de criação e manutenção de instrumentos eficazes que proporcionem a manutenção da biodiversidade desses refúgios de vida natural. As unidades de conservação possuem a função básica de manter o ecossistema onde são estabelecidas.

2. HISTÓRICO

A origem do parque está diretamente ligada à preocupação da sociedade dos municípios vizinhos da região que precisavam encontrar um meio de conservar e proteger a principal fonte econômica da região, as águas com propriedades térmicas específicas. O fruto da expansão urbana e econômica ocasionou prejuízos na conservação e disponibilidade da água que era explorada. Um dos fatores mais claros a servir de exemplo na época foi o rebaixamento do nível do lençol freático termal na região, fazendo com que os órgãos comerciais que dependiam do fornecimento de água desenvolvessem tecnologia para buscar a água em profundidades superiores. Segundo OTTOBELI, a criação do parque visa proteger a manutenção dos recursos oferecidos pelas águas:

Preocupados com o crescimento da cidade, e ampliação das áreas utilizadas pelos hotéis já existentes e a construção de outros, o lançamento de novos loteamentos, e a perfuração de poços artesianos, pudessem afetar os lençóis termais, alguns ambientalistas da época organizaram-se e pressionaram os órgãos governamentais e conseguiram em 25 de setembro de 1970, através da Lei Estadual número 7.282, criação do Parque Estadual de Serra de Caldas Novas (PESCAN), com área aproximada de 123 km². (Ottobeli, D. 2005, p. 92)

Outro fator importante que condicionou a implantação do PESCAN foi a intensa destruição do bioma cerrado ocorrido a partir da década de 1970, por meio do início dos pro-

gramas de desenvolvimento regional, os quais fomentavam a prática da agricultura moderna que vinha sendo implantada no país.

A área da serra, que fornecia dificuldade de acesso até o topo da chapada, acabou ficando “protegida” da invasão das monoculturas, e assim o parque pôde preservar uma significativa amostra do cerrado. A conservação da beleza cênica da vegetação também foi um motivo para plantar o PESCAN.

Segundo informações obtidas no *site* da Agência Ambiental de Goiás (AGMA), tanto a flora quanto a fauna do parque oferecem grande diversidade, bem como os afloramentos rochosos proporcionam belezas naturais:

A serra de Caldas possui alguns pontos de belezas cênicas, como as cachoeiras, os cânions, as veredas, os afloramentos rochosos além de cobertura vegetal, e da presença de espécies de pássaros e alguns animais como: seriema, ema, gavião-piê, coruja buraqueira, jibóia, veado catingueiro e o gato do mato. Segundo diversos estudos empreendidos na região de Caldas Novas, a Serra de Caldas constitui uma das mais importantes áreas de recargas dos aquíferos termais de região das águas quentes, os quais constituem as potencialidades turísticas da região. (Agência Ambiental de Goiás, 2007).

A utilização da área do parque anterior à sua criação era feita pelos habitantes do lugar, pois lá possuíam propriedade da terra e retiravam a sua subsistência. A utilização dos recursos naturais do parque é muito bem exemplificada por OTTOBELI:

Outro fator de destruição é decorrente da herança cultural do uso das queimadas para a limpeza dos pastos e preparo da terra para plantio. Há ainda a retirada de espécies raras de árvores para serem transformadas em carvão gerando uma atividade comercial sem preocupação com o reflorestamento das áreas degradadas. Nas margens dos rios, as áreas de matas ciliares foram retiradas, dando origem a sérios problemas de assoreamento e poluição, ocasionados por agentes químicos e tóxicos utilizados na fertilização dos solos e no combate às ervas daninhas e às pragas que prejudicam as plantas.

Pesquisas científicas têm mostrado o alto potencial de raízes, ervas, cascas, flores e frutas da flora do cerrado à indústria farmacêutica na fabricação de remédios e também de cosméticos. (Ottobeli, D. 2005, p. 90-91).

A lei de criação define a localização do parque e os principais objetivos que levaram a sua criação. Até a década de 1990, o parque possuía apenas sua área delimitada e já desapropriada, entretanto, não possuía nenhum tipo de infra-estrutura que lhe proporcionasse o desenvolvimento de suas atividades, como a realização de pesquisa e de educação ambiental. A construção da Usina Hidrelétrica de Corumbá I, realizada pela empresa FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS, proporcionou um investimento no parque no ano de 1998, decorrente da compensação ambiental causada pela implantação da usina.

Criado originalmente para proteger uma das áreas mais importantes de

recarga do aquífero hidrotermal, o Parque dispõe de infra-estruturas de apoio à visitação e à pesquisa científica, com mais de 1200 metros quadrados de edificação. (Ottobeli, D. 2005, p. 89).

A Agência Ambiental de Goiás, atualmente, é o órgão diretamente responsável pela administração do PESCAN. Disponibiliza em seu *site* uma apresentação do parque, juntamente com alguns aspectos de sua história.

Portanto, verifica-se que o Parque Estadual da Serra de Caldas Novas constitui-se em uma tentativa de preservação e recuperação do bioma do cerrado no estado de Goiás.

3. O DIREITO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

3.1 Legislação Federal/Constituição

A Constituição de 1988 traz, em seu artigo 225, as considerações feitas a respeito do meio ambiente pelo legislador e, por isso, todas as ações e lições que façam referência ao meio ambiente ou ao direito ambiental possuem como fundamento o texto desse artigo. Assim, para compreender de forma mais completa os objetivos propostos neste estudo e verificar em que medida existe uma aplicação das funções dispostas na Constituição e uma aplicação efetiva no cotidiano da realidade que permeia as atividades práticas relacionadas aos recursos naturais, é necessário realizar um estudo do texto legal.

A República Federativa do Brasil elege na Constituição Federal de 1988 os fundamentais direitos nos quais se constitui. Quando o tema tratado é o meio ambiente, refere-se essa temática aos princípios estabelecidos nos artigos 1º, 5º e 6º da Constituição, pois, ao inovar tratando o meio ambiente como um bem de propriedade difusa ou coletiva, é preciso comentar sobre os valores fundamentais a esta República antes de tratar dos principais aspectos do meio ambiente.

É preciso observar que a vida é um importante valor a ser preservado na Constituição, e esta, já no artigo 1º, III, registra que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. No artigo 5º *caput*, encontra-se a vida como um direito inviolável para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. No artigo 6º, que trata dos direitos sociais dos habitantes do país, os valores como a saúde e o lazer também caminham em conjunto para a promoção da vida como um bem a ser protegido. Então é preciso entender que, ao tratar de meio ambiente, enquanto este é entendido como o conjunto de elementos que fomentam e mantêm a possibilidade de existência da vida em suas mais diversas formas, incluindo a vida humana, justifica-se a precaução da necessidade de observar os princípios que protejam a vida e que estão expressos nos princípios constitucionais da nação brasileira.

A Constituição de 1988 deve ser destacada quando se refere ao meio ambiente, pois estabelece, pela primeira vez, um novo tipo de classificação dos bens protegidos pelo sistema jurídico ao registrar que “todos têm direito a um meio ambiente”. Estabelece que esse meio, considerado como um bem jurídico, já não pertence exclusivamente aos bens públicos sob a proteção do Estado, e também não apenas ao universo privado, regulado pelas normas civis

do Brasil. Estabelece-se assim a criação de um bem coletivo, o qual não pode ser apropriado por um único e determinado sujeito, sem delimitação no tempo e que caberá apenas à coletividade gerenciá-lo, de acordo com os interesses de “todos”. Para FIORILLO, 2002, esta discussão pode ser assim entendida:

Desse modo, defendemos que o alcance constitucional do termo todos, fixado no art. 225 da Carta Maior, estaria adstrito ao que estabelece o art. 5º, no sentido de que brasileiros e estrangeiros residentes no País é que delimitam a coletividade de pessoas, ainda que indefinidas, de um critério mais específico, com destaque para uma composição obviamente metaindividual. (Fiorillo, C. A. P., 2002, p. 12 – 13).

A Constituição, ao tratar desse direito difuso ou coletivo, também garante que esse bem deve ser administrado para as futuras gerações estabelecendo um “direito futuro” que deve ser preservado. Fiorillo elenca os princípios estabelecidos no artigo 225:

Assim, temos que o art. 225 estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações. (Fiorillo, C. A. P., 2002, p. 15).

Esses itens descritos pelo autor citado colaboram para o destaque dos princípios do direito ambiental adotados na Constituição de 1988, além da adoção de caracterizações como a classificação do meio como um bem difuso e a preocupação com a preservação dos recursos para o futuro. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em sua obra sobre o Direito Ambiental Brasileiro, destaca cinco princípios a partir da interpretação do artigo 225 da Constituição Federal. São eles: princípio do *desenvolvimento sustentável*; do *poluidor pagador*; da *prevenção*; da *participação*; e o da *ubiquidade*.

O primeiro princípio apresentado – *desenvolvimento sustentável* – destaca a necessidade de conservação dos recursos ambientais, conciliados com a exploração dos recursos que visem a manutenção da sociedade atual, entretanto com cuidados à não degradação de recursos desnecessários.

O princípio do *poluidor pagador* deve ser entendido não como um instrumento para justificar a destruição de recursos mediante prestações pecuniárias, mas, sim, como uma prática para *evitar* que mais ações que tragam danos ao meio sejam implantadas. O compromisso da responsabilidade civil toma aqui um papel importante ao atribuir ao sujeito que pratica uma ação potencialmente poluidora a responsabilidade presente e futura pelo restabelecimento do equilíbrio do ecossistema e os danos que se apresentem.

O princípio da *preservação* refere-se à necessidade de aplicação de medidas que

evitem a degradação de ecossistemas inteiros, e este é um princípio expresso em muitos outros documentos internacionais que também buscam a aplicação de políticas de administração e prevenção de ações danosas ao meio, por meio de avaliações de relatórios e estudos técnicos ambientais.

O princípio da *participação* refere-se à importância da divulgação em meios de comunicação a respeito de informações sobre o meio ambiente e também sobre as práticas de educação ambiental, expressa em vários estudos e até mesmo em outros instrumentos legais que promovem políticas de educação ambiental.

Por fim, o princípio da *ubiquidade* trata da importância de entender e preservar os recursos que mantêm a vida e também a qualidade de vida, sendo o meio ambiente o principal agente que garante esses valores fundamentais expressos na Constituição. Para Celso Fiorillo, todos esses princípios estabelecidos devem ser concretizados em ações práticas, juntamente com a legislação existente:

Dessa forma, observa-se que o direito ambiental reclama não apenas que se “pense” em sentido global, mas também que se haja em âmbito local, pois somente assim é que será possível uma atuação sobre a causa de degradação ambiental e não simplesmente sobre seu efeito. De fato, é necessário combater as causas dos danos ambientais, e nunca somente os sintomas, porquanto, evitando-se apenas estes, a conservação dos recursos naturais será incompleta e parcial. (Fiorillo, C. A. P., 2002, p. 43).

Neste sentido, considerando-se os princípios destacados no *caput* do artigo 225 expostos acima, torna-se relevante a observação dos incisos III, VI e VII do parágrafo 1º deste artigo, que têm uma relação específica com este trabalho.

Eis a redação legal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a suspensão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Dessa forma, pode-se observar que compete ao Poder Público, sem especificação de instância, seja federal, estadual ou municipal, a responsabilidade pelas ações que se fizerem necessárias em torno do assunto, bem como garantir que cada unidade possa preservar sua riqueza natural de forma integral e completa, sendo que todas essas resoluções são passíveis de transformação somente com autorização por termo legal e, automaticamente, proibidas as atividades que porventura possam causar a destruição da área protegida.

Também se percebe de forma clara que o legislador fornece elementos que levam a

destacar a importância da educação ambiental como um item a ser garantido pela Constituição e, ainda, uma ação a ser realizada sob os auspícios do Poder Público, como está no inciso VI do parágrafo 1º do mesmo artigo 225: “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

A responsabilidade de cuidar do meio ambiente se encontra aí dividida entre todas as camadas da sociedade, e essa atitude deve ser tomada partindo da educação ambiental. Segundo PHILIPPI e PELICIONI,

[...] A educação ambiental deve, portanto, capacitar ao pleno exercício da cidadania, favorecendo a formação de uma base conceitual suficientemente diversificada técnica e culturalmente, de modo a permitir que sejam superados todos os obstáculos à utilização sustentável do meio. (Philippi Jr, A. e Pelicioni, MC. 2005, p. 149).

Essa educação se torna parte do cotidiano de cada cidadão, e essa designação, de forma alguma, restringe-se aos de nacionalidade brasileira, mas a todos os homens e mulheres do planeta, pois todos estão inseridos e pertencem ao meio natural que nos condiciona os meios de sobrevivência.

Existe também uma garantia fornecida aos elementos que fomentam grande parte das cadeias naturais que fornecem aos ecossistemas vida e sustentabilidade: a fauna e a flora, os fatores bióticos que, juntamente com os fatores abióticos, compõem os ecossistemas espalhados por todos os lugares e, juntamente com o ser humano, compõem a biosfera.²

No inciso VII do parágrafo 1º do mesmo artigo 225 já citado, é possível verificar esta garantia: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

A flora possui um papel especial merecedor de grande importância e preservação, pois, como será apresentado a respeito do Parque da Serra de Caldas Novas, é ela a responsável pela sustentabilidade das primeiras classes da cadeia alimentar, o que a torna um elemento de vital importância para a manutenção da saúde da área preservada, pois é a partir dela que se produzirão os alimentos para todos os animais do lugar e, também, ela servirá como abrigo para algumas espécies, principalmente de aves.

Por esses e outros fatores, a preservação de todos os biomas que existem há milhões de anos no planeta se torna possível e necessária. Entretanto, nos últimos séculos, a partir do momento em que o homem começa a se apropriar dos elementos do espaço e torná-los seus, inicia também um processo de transformação dos elementos presentes na natureza que não poderão mais retornar ao seu estado primitivo em um curto espaço de tempo, equivalente à vida de um ser humano.

² Acreditamos necessários alguns esclarecimentos técnicos em torno de termos geralmente empregados no vocabulário ecológico-ambiental, a exemplo dos elementos bióticos que possuem “vida”, como fungos, aves, peixes, e plantas e elementos abióticos, que não possuem vida, como as rochas, a água o solo, mas que são essenciais à manutenção desta. Além destes, a Biosfera, termo utilizado para identificar a camada do planeta que abriga a vida, caracterizada por possuir espessura muito “fina”, se comparada ao raio do planeta.

Essas atividades por nós já conhecidas, divulgadas todos os dias pela mídia, já conseguiram reduzir ecossistemas inteiros a pequeníssimas frações ainda existentes e que cada vez mais correm o risco de desaparecer.

No Brasil, exemplos não serão poucos, mas a Constituição se incumbiu de garantir a preservação legal de importantes e ameaçados ambientes naturais, como consta no § 4º do artigo 225:

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma de lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Existe um fator que exerce influência significativa suficiente para ser considerado importante, entretanto, na maior parte das discussões, ele não é questionado. Deve-se lembrar que a maior parte das unidades de conservação existentes no país foram criadas antes da nova Constituição, mas a Carta de 1967 e sua Emenda em 1969 não registram qualquer referência à proteção do meio ambiente.

Assim, pode-se constatar que, diante da lacuna naquela Constituição, passou-se a tratar desta temática por meio de leis ordinárias e decretos-leis. O documento que mais exerceu influência no gerenciamento da temática ambiental nesse período foi a lei número 4.771 de 15 de setembro de 1965, conhecida por “Instituir o Novo Código Florestal”. É nessa lei que estão os princípios que nortearam o gerenciamento e a criação de grande parte das áreas de conservação que podemos estudar atualmente.

Portanto, essa norma surgiu em razão da necessidade de aprimorar as diretrizes do Código Florestal de 1934. Implantou inúmeras regras para preservação das florestas nativas, e criou a chamada *reserva legal* – princípio que possui referência jurídica, inclusive na legislação atual. Assim, AHRENS conclui:

[...] Estes objetivos deveriam ser alcançados por meio da proteção das “florestas e as demais formas de vegetação” e da normatização do seu respectivo uso. Essas assertivas são evidenciadas ao se constatar a incorporação, ao Código Florestal, de importantes institutos jurídicos que determinam as possibilidades, a forma e a intensidade admitidas na utilização das florestas e demais formas de vegetação existentes no território nacional. Por esse motivo, além da Reposição Florestal Obrigatória, da tutela das florestas em terras indígenas e da disciplina do uso do fogo em florestas, foram também criadas as seguintes figuras jurídicas: a) as “Florestas e demais formas de vegetação natural de Preservação Permanente” (Art. 2º; pelo só efeito da Lei; e Art. 3º; quando assim declaradas por ato do Poder Público); e b) a “Reserva Legal” (Arts. 16 e 44). O “novo” Código Florestal sintetizou em 50 artigos, com aprimoramentos e adequações, o que o primeiro Código Florestal (de 1934) apresentava em 101 artigos. (Ahrens, S. 2003, p. 10).

Essas foram as bases a partir das quais o Parque Estadual de Serra de Caldas Novas

foi criado e gerenciado por muitos anos até que, no ano 2000, foi aprovada a lei número 9.985, que implementa o artigo 225 da Constituição de 1988 e estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (o SNUC). Segundo seu artigo 1º, “Esta Lei institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação”.

Dessa forma, todos os procedimentos adotados para essas unidades deverão ser fundamentados pela citada norma. Uma análise dessa lei não constitui objetivo deste trabalho, mas será importante destacar que tal lei possibilita uma divisão (classificação) das espécies de unidades, segundo seus usos e objetivos de criação. A principal classificação é a divisão entre as Unidades de Conservação de proteção integral, que permite o uso indireto de atividades humanas. Sua definição encontra-se no artigo 7º, § 1º; sua subdivisão, no art. 8º, e a definição de cada um destes, nos artigos 9º até 13.

No momento em que utilizamos essa nova classificação, o objeto de nosso estudo, o PESCAN (Parque Estadual da Serra de Caldas Novas), encontra-se neste tipo de unidade e, no artigo 11, estão estabelecidas suas características principais:

Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

§ 1o O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 2o A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento.

§ 3o A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

§ 4o As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.³

A segunda classificação principal dessas unidades de conservação são as Unidades de Conservação de uso sustentável, as quais permitem o uso direto das atividades humanas, incluindo a possibilidade de localização de pequenas vilas dentro dessas áreas, fato que não ocorrerá nas unidades de proteção integral. Uma análise dessa legislação poderia ser feita para o Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, contudo a temática não pertence aos objetivos principais deste estudo, embora importante e de interesse geral.

No artigo 7º, § 2º, está a definição das áreas de uso sustentável, e no art. 14, suas

³ Uma análise mais completa a respeito deste artigo estará ainda dentro deste texto, mais adiante.

respectivas subdivisões. A descrição de cada tipo pode ser encontrada nos arts. 15 a 21.⁴

Por fim, após uma breve análise dos princípios legislativos no âmbito federal, passamos para uma reflexão no âmbito estadual, especificamente do estado de Goiás, para identificarmos os fundamentos destacados pelos legisladores desse estado para com o meio ambiente e, especificamente, as unidades de conservação.

3.2 Constituição Estadual e Meio Ambiente

O Parque Estadual da Serra de Caldas Novas está localizado nos limites do estado de Goiás, portanto, sujeito às normas constitucionais desse Estado membro. Assim, é nessa legislação Estadual que vamos encontrar a defesa e a manutenção do meio ambiente e, em particular, das unidades de conservação destacadas pelos legisladores.

Na Constituição do Estado de Goiás, especificamente no artigo 4º, estão definidas as competências que deve exercer conjuntamente com a União. No inciso II, alínea “f”, do mesmo artigo, verifica-se o dever de proteção ao meio ambiente, conforme transcrição abaixo:

Art. 4º - Compete ao Estado, sem prejuízo de outras competências que exerça isoladamente ou em comum com a União ou com os Municípios:

II - legislar, concorrentemente com a União, sobre:

f) florestas, fauna, caça e pesca, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

O dever de legislar sobre os temas ambientais ressalta a preocupação e a consciência de que o meio só pode ser compreendido e trabalhado de forma integrada, sem divisões ou limites imaginados (criados ou estabelecidos) pelo ser humano. Os objetos propostos pelo estado para proteger o meio ambiente são semelhantes aos do artigo 225 da Constituição Federal analisados anteriormente.

Na carta goiana, promulgada em cinco de outubro de 1989, destacam-se os artigos 127 a 132 do Título V (Da justiça e da defesa da sociedade), Capítulo V (Da proteção dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente), que passamos a analisar, conforme sua importância para a unidade de conservação em estudo.

No artigo 127, *caput*, encontramos definição semelhante à da Constituição Federal⁵, apenas se diferenciando pelo acréscimo do termo “recupera-lo” e a retirada da expressão “para as presentes e futuras gerações”, se comparado ao texto do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988. Eis o *caput* desse artigo:

Art. 127 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

⁴ Para definições mais completas, consultar legislação. Lei 9 985/2000

⁵ O termo “semelhante à da Constituição Federal” refere-se ao artigo 225, *caput*.

bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, recuperá-lo e preservá-lo.

Ao analisarmos a importância do termo “recuperá-lo”, é preciso fazer referência ao ecossistema ao qual estamos nos referindo, pois, desde a década de 1970, o cerrado e, conseqüentemente, o Estado de Goiás vêm sofrendo enormes destruições em sua cobertura vegetal nativa, para a implantação de culturas agrícolas e de pecuária, conforme ocorre o avanço da fronteira agrícola e até mesmo por implicações da implantação da capital federal, Brasília, na década anterior.

No § 1º, apesar de haver alguma semelhança ainda com o texto da Constituição de 1988,⁶ e continuar sendo tarefa do Poder Público⁷ assegurar os direitos sobre o meio ambiente, os incisos I e III merecem destaque na discussão, já que permitem que se possa garantir a preservação da diversidade das espécies e ecossistemas existentes no Estado.⁸ No inciso III, é definido o direito de implantar a educação ambiental em todos os níveis de ensino, prerrogativa esta não incluída no texto federal, e que visa à promoção de práticas conservacionistas de finalidade de preservação do meio ambiente. Vejamos abaixo esses incisos:

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, cabe ao Poder Público:

I – preservar a diversidade biológica de espécies e ecossistemas existentes no território goiano;

[...]

III – inserir a educação ambiental em todos os níveis de ensino, promover a conscientização pública para a preservação do meio ambiente e estimular práticas conservacionistas

Pelo § 2º, o Estado de Goiás deverá destinar recursos a fim de que se promova a manutenção das unidades de conservação pelas quais é responsável:

§ 2º - O Estado destinará, no orçamento anual, recursos para manutenção dos parques estaduais, estações ecológicas e áreas de preservação permanente do meio ambiente e dos ecossistemas.

Segundo OLIVEIRA e DUARTE, os recursos destinados no ano 2000 não eram suficientes para que as unidades conseguissem realizar as atividades de manutenção necessárias:

Embora tenham sido previstos recursos do Tesouro Estadual no valor de R\$ 53 milhões para tratar toda a questão ambiental em 2000, não existe esclarecimento

⁶ Ainda a referência ao texto constitucional se refere ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988

⁷ No âmbito desta norma, as instâncias do poder público a que se refere o texto são de referência estadual e não mais federal, apesar de que qualquer direito violado nesta temática dever ser tema de todos os níveis de organização estatal nas três esferas.

⁸ Com referência ao inciso I.

sobre a real aplicação desses recursos e sobre qual percentual deveria ser usado para regularização e manutenção das Unidades de Conservação. Entretanto, o diagnóstico da gestão ambiental realizado pelo Ministério do Meio Ambiente considerou os recursos humanos e financeiros existentes insuficientes para gerenciar as Unidades de Conservação (que em 2001 representavam cerca de 0,65% da superfície do estado), estimando a necessidade de um montante de R\$ 17 milhões para administração a contento dessas unidades. (Oliveira, E.; Duarte, L. M. G. 2004, p. 113).

O artigo 128 especifica as normas para que o estado crie unidades de conservação, com o fim de proteger de forma eficaz a diversidade biológica. No inciso I, é definido que nas unidades de conservação, no mínimo vinte por cento da vegetação mantenha sua integridade e que exista representatividade de todos os ecossistemas nele presentes.

A criação de unidades de preservação particulares é incentivada no inciso IV, através de incentivos fiscais, conforme se segue:

Art. 128 - Para promover, de forma eficaz, a preservação da diversidade biológica, cumpre ao Estado:

I – criar unidades de preservação, assegurando a integridade de no mínimo vinte por cento do seu território e a representatividade de todos os tipos de ecossistemas nele existentes;

[...]

IV – estimular, mediante incentivos creditícios e fiscais, a criação e a manutenção de unidades privadas de preservação.

O estado membro e os municípios deverão criar unidades de conservação destinadas a proteger mananciais que pertençam a áreas protegidas⁹ nas modalidades de unidades de conservação federais, estaduais ou municipais, conforme o artigo 130, inciso II. Um esclarecimento especial se refere ao § 1º, que prevê a criação de lei especial que deverá regulamentar as atividades a serem exercidas em áreas com acidentes geográficos de relevo, como existem na Serra de Caldas Novas.

Por fim, no artigo 132, o estado se responsabiliza por criar instituto especial responsável pela gestão das áreas de conservação. Teremos mais adiante oportunidade de discutir a respeito desse artigo, sendo importante destacar no momento que os provimentos oriundos de taxas, licenças, tarifas e multas constituirão recursos para a execução do Fundo Estadual do Meio Ambiente, o qual deve financiar pesquisas para a solução de problemas ambientais, consoante §§ 1º e 2º:

Enfim, após analisar a legislação estadual que trata a respeito do meio ambiente, tem-se o arcabouço necessário para compreender e avaliar de forma crítica e consciente a história do PESCAN e, ao final deste texto, alcançar conclusões e reflexões para a sua melhoria e para o devido cumprimento da legislação vigente, garantindo a sustentabilidade da

⁹ Ou que seus cursos de água se localizem, em algum momento, dentro dessas áreas, mesmo se suas respectivas nascentes se situarem fora dessas delimitações.

biodiversidade do lugar.

4. LEGISLAÇÃO ESTADUAL, CRIAÇÃO E GESTÃO ADMINISTRATIVA DO PARQUE

O Parque Estadual da Serra de Caldas Novas foi criado por meio da lei número 7.282, de 25 de setembro de 1970, que estabelece sua implantação a partir dos princípios definidos na lei 4.771, de 1965, também chamada de Código Florestal. O artigo 5º dessa lei 4.771, alínea “a”, estabelece que cabe ao poder público criar as unidades de conservação, e aos estados (neste caso o de Goiás), implantar a unidade.

O Código Florestal regulamentava a criação e manutenção de unidades de conservação até a criação da lei 9.985, de 2000, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. No Código Florestal, as categorias de unidades eram: os parques nacionais, os parques estaduais, os parques municipais, a reserva biológica e as florestas nacionais, estaduais e municipais. É importante destacar que o parágrafo único do artigo 5º definia unidades de conservação com a categoria de parques nacionais, estaduais ou municipais. A exploração dos recursos naturais sob qualquer forma era proibida. Com a criação do SNUC, esta norma foi mantida, e, sob outra visão, foi aumentada ao se criarem novas categorias de unidades de conservação de uso integral.

Assim, no artigo 5º está escrito:

O Poder Público criará:

a) Parques Nacionais, Estaduais e Municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos;

b) Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, com fins econômicos, técnicos ou sociais, inclusive reservando áreas ainda não florestadas e destinadas a atingir aquele fim.

Parágrafo único. Fica proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos Parques Nacionais, Estaduais e Municipais.

Como o parque foi criado no ano de 1970, seus princípios decorrem da lei de âmbito federal 4.771, a qual por sua vez regulamentava a criação de parques estaduais.

Ainda analisando a lei de criação do parque, o artigo 1º estabelece a localização da área da unidade, que será a Serra de Caldas Novas e que possuirá sede no município de Caldas Novas, além dos objetivos para os quais o parque foi criado e tendo estes como sua função principal. A unidade deve “resguardar” (este é o termo utilizado pelo legislador) e também deverá proteger a flora, a fauna e as belezas naturais que pertencem à área da unidade.

Assim, percebe-se que os elementos que garantem a sustentabilidade do ecossistema presente no parque possuem uma garantia jurídica de que deverão ser protegidos e que haverá um manejo sustentável tanto da flora quanto da fauna, que são os níveis mais importantes que

garantem a manutenção do cerrado em condições a ser classificado como preservado.

A importância da paisagem também foi garantida pelo legislador ao indicar na lei que a beleza natural do parque deve ser protegida e mantida. A região possui um grande potencial turístico devido a sua forma de relevo e outros elementos, como as cachoeiras e a rede hidrográfica, e até mesmo a fauna e a flora, constituindo tudo isso as belezas naturais da unidade.

Verifica-se que todos os elementos que ofereçam risco de destruição sob o uso antrópico são protegidos através da criação da *área de conservação*. Assim o *caput* do artigo 1º define:

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS decreta e eu sanciono a seguinte lei :

Art.1º- fica criado, nos termos do art. 5º alínea “a”, da lei federal Nº 4.771 , de 15 de setembro de 1965, o Parque Estadual da Serra de Caldas Novas , localizado no acidente geográfico do mesmo nome, no Município de Caldas Novas, e destinado a resguardar e proteger sua flora , fauna e belezas naturais.

Esse artigo 1º está acrescido de significativo parágrafo único, contendo informações importantes sobre o conteúdo e extensão do parque:

Parágrafo único - O Parque criado, por este artigo, compreende não somente o topo da Serra em que se situa, mas também suas fraldas e encostas, ficando toda sua área considerada de preservação permanente e proibida sua alienação e exploração, no topo ou em parte.

Nas primeiras letras do texto, encontra-se a delimitação do parque e define-se que não apenas a superfície plana da serra pertencerá ao parque, mas inclusive suas vertentes, que são as bordas inclinadas da Serra de Caldas Novas. A seguir, a lei define que a unidade de conservação deverá ser considerada de preservação permanente, ou seja, o homem não poderá desenvolver nenhuma atividade que afete a preservação do parque, inclusive a venda e/ou exploração dos recursos oferecidos pela área do parque. No artigo 2º, define-se que a criação será imediata à divulgação da lei.

Essa lei estadual, como já dissemos, recebeu o número 7.282 e foi sancionada do dia 25 de setembro de 1970, na gestão do governador Otavio Lage de Siqueira.

Por fim, após análise da lei que cria o parque, assim como da legislação estadual e federal que tratam da temática ambiental, e do modo como esse ordenamento está articulado, pode-se concluir que estão asseguradas as potencialidades para a sua efetiva utilização pelos sujeitos titulares do direito difuso, e, também, de possuírem um meio ambiente de boa qualidade.

Toda essa legislação apresenta o princípio de que é importante garantir a manutenção e o saudável manejo dos elementos da flora e da fauna a fim de que todo o ecossistema existente na unidade de conservação possa atingir os objetivos anteriormente declarados.

Como propósito deste estudo, analisa-se a estrutura do sistema de gestão das unidades estaduais de conservação do meio ambiente, definidas como *Parque Estadual*, o histórico dos órgãos de estado responsáveis pela sua gestão, em especial os órgãos diretamente responsáveis pela administração do PESCAN, assim como o ordenamento normativo que rege a administração dos órgãos envolvidos.

No *site* da Agência Ambiental de Goiás, existe um histórico das ações produzidas e que foi fonte importante na elaboração do estudo ora apresentado.

O Estado de Goiás, desde a década de 1940, adota medidas de controle ambiental devido a ações de degradação do meio ambiente, as quais provocavam a devastação de vegetação nativa, e o uso indiscriminado de queimadas na região, que gerava graves danos ao solo.

Em 1948, o governo do Estado de Goiás implantou o Serviço de Caça e Pesca, responsável por todos os assuntos relacionados à preservação do meio ambiente. Na década de 1970, o crescimento urbano, principalmente da capital, Goiânia, ocasionou grandes problemas de abastecimento de água, de esgotos sanitários e de destinação de lixo. Além do crescimento desordenado das indústrias existentes, outro problema sério era a sua instalação sem orientação técnica. As ações feitas então pelo Serviço de Caça e Pesca não obtinham mais a eficiência esperada pela sociedade. Foi elaborado um documento denominado “Diretrizes Gerais e Setoriais da Ação”, relatando as agressões ambientais em Goiás e propondo várias ações para preservar o meio ambiente. Entre essas propostas estava a criação de uma superintendência que pudesse executar uma política de proteção ao meio ambiente de Goiás, como condição de melhoria da qualidade de vida da população.

Em 1975, o governo do Estado de Goiás criou a Superintendência Estadual do Meio Ambiente de Goiás – Semago, através da Lei nº 7.928, de 21 de maio de 1975. Lei regulamentada mais tarde pelo Decreto nº 779, de 24 de dezembro de 1975, que dispõe sobre sua estrutura e competência. Para gerir uma política de proteção ao meio ambiente, a Semago contava apenas com uma coletânea de leis, decretos e portarias que visavam controlar a poluição e proteger os recursos naturais dos processos de degradação. Em 1983, o órgão ampliou sua estrutura física e pessoal. O quadro de servidores passou a ser formado por profissionais como engenheiros civis, florestais, químicos, agrônomos, sanitaristas, biólogos, bioquímicos, pedagogos, geógrafos, geólogos, técnicos em saneamento ambiental e em mineração, além dos servidores administrativos.

Em 1989, a Semago foi transformada em Fundação Estadual do Meio Ambiente – Femago.

Assim, com o desenvolvimento das ações de controle do meio ambiente, surgiram os órgãos que atualmente administram o tema no Estado.

A Agência Ambiental foi criada pela lei 13.550, de 11 de novembro de 1999. Essa lei cria uma série de modificações na estrutura do poder executivo do Estado. Ela extingue a Fundação Estadual do Meio Ambiente, que administrava as unidades de conservação, e cria a Agência Goiana de Meio Ambiente e Recursos Naturais. Ela absorve as funções da FEMAGO e outros órgãos que foram extintos e se torna a responsável por aplicar a legislação estadual relativa ao meio ambiente.

A lei 13.550, no artigo 30, define que a Agência Goiana fica sujeita ao jurisdicionamento da Secretaria do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Habitação. Esses órgãos existem atualmente e são os responsáveis pelas ações de administração dos Parques Estaduais.

Assim, observa-se que o regulamento da Agência estabelece sua organização, suas competências e as atividades que por ela devem ser desenvolvidas. A missão da Agência, definida no artigo 3º de seu regulamento, estabelece que o órgão visa à aplicação do *desenvolvimento sustentável* no Estado, e que a Agência é responsável pelas atividades de monitoramento de fontes potencialmente poluidoras e pelo zoneamento econômico-ecológico do Estado.

A Agência deve também divulgar a fauna e flora existentes, buscando sua proteção, segundo o artigo 4º e os incisos VIII e IX:

- VIII- implantar, administrar e estruturar as unidades de conservação do Estado;
- IX- promover diretamente ou em conjunto com órgãos e entidades relacionadas a preservação de espécies animais, a defesa e conservação dos sítios considerados de relevância ecológica.

Assim, percebe-se que é a Agência Goiana a responsável pela administração dos parques, sua proteção e manutenção, bem como pela criação de novas unidades. Dentro da estrutura do órgão existe um Conselho de Gestão, o qual é responsável pelas ações da Agência. Existe uma Diretoria de Ecossistemas, e dentro dela, um Departamento de Áreas Protegidas. Esse departamento, como o próprio nome indica, é o responsável direto na Agência para administrar as unidades existentes.

No artigo 22, são definidas as competências da Diretoria de Ecossistemas. Os incisos que tratam do tema deste trabalho são: I, II, VI, VII, IX e X. Essas competências da diretoria são extremamente importantes para que a unidade possa desempenhar os objetivos de preservação e educação ambiental, tão necessários para uma boa administração da unidade de conservação:

Art. 22 – Compete à Diretoria de Ecossistemas:

- I – promover estudos e monitoramento ambientais e administrar as unidades de conservação;
- II – promover a articulação interinstitucional e com a sociedade organizada, visando a consecução dos objetivos específicos de sua competência;
- III – preservar e estimular a utilização racional dos recursos ambientais;
- IV – promover e executar planos, programas e projetos de desenvolvimento florestal e incentivar o reflorestamento com essências nativas e exóticas;
- V – dirigir e promover as atividades conservacionistas, objetivando o engajamento da população na melhoria dos processos produtivos e de conservação da flora e da fauna;
- VI – criar, implantar e administrar parques e outras modalidades de unidades de conservação;
- VII – preservar áreas naturais no território do Estado de Goiás;
- VIII – executar projetos especiais voltados ao Desenvolvimento Sustentável;

- IX – realizar o monitoramento dos recursos naturais;
- X – promover e incentivar a pesquisa científica, junto a instituições privadas e públicas, voltadas à conservação e uso da biodiversidade;
- XI – apoiar e orientar o poder público municipal nas ações ambientais e executar medidas para a implantação de convênios e acordos de cooperação com órgãos do Governo Federal;
- XII – outras atividades delegadas pelo Presidente.

Neste sentido, para garantir a organização de critérios e normas de regulação de áreas que necessitam de preservação ambiental, o Estado instituiu o Sistema Estadual de Unidades de Conservação do Estado de Goiás (SEUC), por meio da Lei 14.247, de 29 de julho de 2002.

Essa lei promove a organização de todas as unidades do Estado, tanto as existentes como as que forem criadas no futuro. O Sistema busca um modo de administração das UC's baseado no universo das seguintes entidades: Secretaria Estadual do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Habitação – SEMARH, e Agência Goiana de Meio Ambiente, bem como na criação de um novo organismo de administração – órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Estadual de Meio Ambiente – CEMAm, com a atribuição de acompanhar a implementação do Sistema e fixar normatizações complementares que se façam necessárias. Também pode ser utilizada a participação de órgãos periféricos diretamente ligados à unidade de conservação, como secretarias ou departamentos municipais de meio ambiente, conselhos municipais de meio ambiente e demais órgãos ou entidades dos municípios responsáveis pela criação, implantação e gestão de unidades de conservação municipais.

A legislação do sistema, em grande parte, é similar ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação, inclusive porque o Sistema do Estado de Goiás classifica as modalidades de unidade de modo similar ao SNUC. No início, são estabelecidos os conceitos primordiais das unidades e de que modo devem ser entendidos na aplicação da lei.

No capítulo II, são dispostos os objetivos e diretrizes do Sistema, os quais visam sempre à normatização e à busca da eficácia da preservação, manejo e prática da pesquisa e da educação ambiental na unidade.

No capítulo III, são definidas as categorias das unidades de conservação existentes no Estado de Goiás. Numa primeira classificação, elas são definidas entre as unidades de proteção integral e entre unidades de uso sustentável. Essa classificação segue as normas já definidas pelo SNUC, que também já foram abordadas neste texto.

O Capítulo IV vem tratar da criação, implantação e gestão das unidades de conservação do Estado de Goiás. Aqui, encontram-se dispositivos legais que procuram garantir um bom planejamento ambiental das unidades, como, por exemplo, o artigo 24, o qual especifica que todas as unidades devem possuir plano de manejo. A gestão dessas unidades poderá ser acompanhada por um Conselho Consultivo formado por representantes da sociedade interessada e localizada nas proximidades da área preservada.

A administração das unidades não é exclusiva de órgãos ligados ao Estado, pois, no artigo 27, verifica-se que aquela pode ser gerida por organizações da sociedade civil sem fins lucrativos e que desenvolvam atividades pertinentes aos da unidade. O incentivo à pes-

quiza também é citado no SEUC, no qual se atribui ao estado e aos municípios de Goiás o papel de articulador junto às comunidades que realizem pesquisas científicas que destaquem, principalmente, os elementos da fauna e flora. No artigo 31 da mesma lei, é concedida à iniciativa privada a possibilidade de realizar pesquisa segundo os objetivos já mencionados anteriormente.

O artigo 35 trata dos casos de implantação de atividades de grande potencial de impacto ambiental, em que os responsáveis pela atividade devem apoiar financeiramente a estruturação ou criação de alguma unidade de conservação do grupo de proteção integral. O valor dos recursos a serem destinados é proporcional ao dano ambiental a ser provocado na atividade empreendedora. As atividades a serem realizadas e as unidades a serem beneficiadas são definidas conjuntamente entre empreendedor e a Câmara Superior das Unidades de Conservação do Estado de Goiás:

Art. 35 – Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a criação, implantação e/ou manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta lei.

§ 1º – Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor.

§ 2º – O montante dos recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade será proporcional ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento.

§ 3º – A definição das unidades de conservação a serem beneficiadas e das ações a serem implementadas a partir da compensação ambiental são condições prévias para a expedição de licença de funcionamento.

§ 4º – Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, seu licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Como última competência prevista na lei, ficou atribuída à Agência Goiana de Meio Ambiente o cadastramento de informações e dados sobre todas as unidades de conservação do Estado, dados que devem ser divulgados e colocados à disposição do público interessado, segundo o artigo 47.

O SEUC, portanto, é uma proposta de aperfeiçoamento do SNUC, em que se pretende adaptar a legislação às potencialidades existentes no Estado. O Sistema Estadual de Unidades de Conservação, por sua vez, não é exclusivo, nem isolado, pois existem outras leis e decretos que, conjuntamente, servem de apoio legislativo para a administração das unidades de conservação. Demonstra-se também que o controle e administração dessas áreas são feitos

por vários órgãos, os quais possuem variadas funções.

Foi criada, através do decreto 5.806, de 21 de julho de 2003, a Câmara Superior das Unidades de Conservação do Estado de Goiás. Essa Câmara possui o poder e competências deliberativas de implantação, manutenção e manejo das unidades de conservação do Estado de Goiás, e, principalmente, de aplicação dos recursos provenientes da compensação ambiental juntamente com a legislação pertinente.

A Câmara funciona como um órgão colegiado, com representantes da Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos, e da Agência Goiana do Meio Ambiente. Ela deve administrar, dentre outras competências, nos termos do art. 35 da lei estadual 14.247. Esse artigo trata dos recursos provenientes da compensação ambiental nas unidades de conservação. Ela deve administrar esses recursos segundo a prioridade abaixo:

1º destinação dos recursos às áreas de regularização fundiária e demarcação de terras;

2º elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;

3º aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da Unidade, compreendendo sua área de amortecimento;

4º desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova Unidade de Conservação;

5º desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

A gestão das unidades de conservação é compartilhada também pela Câmara Superior. Também, nas unidades onde ainda não existam os conselhos consultivos da unidade, a Câmara deverá assumir essa responsabilidade, a qual deverá proceder à eleição desse conselho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, foi possível chegar à conclusão de que este tema se manifesta, na realidade, de forma muito complexa, e que não pode ser analisado apenas sob um único estudo. Todas as variáveis que compõem a estrutura social, natural e econômica, nas quais o parque está situado, fornecem subsídios e incentivam a necessidade de discussão, por parte da comunidade, para eleição dos princípios fundamentais que devam ser eleitos para que se faça a gestão dos recursos ali existentes.

Compreende-se, por meio da análise de doutrinadores jurídicos e de outros pesquisadores do meio ambiente, incluindo aí os planejadores e gestores ambientais, que, atualmente, não se pode mais apenas criar as unidades de conservação e abandoná-las sem lhes proporcionar a devida utilização já prevista em vários instrumentos normativos, desde a Constituição Federal, até a lei do Sistema Nacional de Unidades e Conservação, e também nos Sistemas Estaduais de Unidades de Conservação que já existem, como é o caso do Estado de Goiás. Grande parte das preocupações e ações para a defesa da biodiversidade devem se pautar, no que tange às unidades de conservação, nos aspectos relacionados à sua implantação e gestão, como assim já adotou o legislador ao estruturar desta forma o SNUC.

No caso do Parque Estadual da Serra de Caldas Novas, as duas primeiras fases desse processo já ocorreram, e deste modo somente é possível indicar ações e procedimentos para a gestão do parque, o que não os torna menos significativos, já que a gestão também é fundamental para o funcionamento ideal do parque. Durante as pesquisas para estudo do tema, verificou-se que o atual plano de manejo do Parque foi elaborado há mais de 10 anos, sem o registro de que tenha havido revisões no mesmo, quando o indicado é que esse plano seja revisto ao final de cada período de 5 anos de sua vigência. A atualização do plano de manejo do Parque permitiria uma reavaliação das necessidades principais para a gestão da unidade, bem como uma adequação das atividades desenvolvidas para os seus visitantes, o que conferiria um caráter preventivo, sendo possível também a indicação dos limites suportáveis pelo parque (de uso e capacidade de visitação) aumentando a validade normativa desse plano, que deve sempre ser revisto.

Outra medida que deveria ser tomada a fim de evitar os já mencionados conflitos entre a população e a área do parque é a realização de mais consultas públicas com a efetiva participação da comunidade que vive nas proximidades da área delimitada, sendo orientada de modo adequado por meio de um programa permanente de educação ambiental realizado pelos agentes administrativos do parque consorciadamente com empresas privadas ou com os municípios vizinhos, pois é necessária uma aproximação da idéia de preservação da unidade e dos motivos de sua criação a fim de que a população possa conhecer e respeitar as normas instituídas pelo estado. Anteriormente à Constituição de 1988, a criação de áreas de conservação se tornava apenas um ato administrativo, o que acabava gerando graves conflitos com a população local.

Deve também ser executado um planejamento estratégico de ações que envolvam, principalmente, a concretização dos órgãos e funções previstos no Sistema Estadual de Unidades de Conservação do Estado de Goiás, como a implantação de um Conselho Consultivo que trabalhe conjuntamente com o chefe da unidade de conservação e em sintonia com a Câmara Superior das Unidades de Conservação, a fim de possibilitar a execução dos instrumentos de gerenciamento já previstos na lei 14.247/02, do Estado de Goiás. Vários instrumentos essenciais à conservação da unidade ainda não foram sequer idealizados, como a zona de amortecimento e a regulação das atividades de educação ambiental, pesquisa científica, turismo e recreação. Além disso, não há controle rígido por parte dos órgãos licenciadores ao aplicar medidas de compensação ambiental das empresas que exploram os recursos hídricos em torno da Serra de Caldas Novas.

Somente após a efetivação das ações dos instrumentos já previstos na legislação e a sua aplicação por meio da gestão colegiada, e que conte com a participação da comunidade, é que será possível verificar a grandeza da importância da criação dessa unidade de conservação, como foi proposto no início deste trabalho.

Entretanto, se todos os objetivos não puderam ser totalmente apreendidos, torna-se válida esta análise e as ações indicativas que foram apresentadas a fim de mitigar os efeitos da falta de aplicação do conteúdo normativo previsto na legislação em vigor.

O ordenamento jurídico produzido desde o âmbito federal até os decretos elaborados pelos órgãos que administram as unidades de conservação procura adaptar-se às condições particulares de cada unidade existente, resultado que conseguimos identificar com a criação

e manutenção do PESCAN.

Entretanto, é preciso apresentar algumas considerações que tornam toda essa articulação de leis, em algumas situações, ineficaz. Ao escolher como principais objetivos a promoção da educação ambiental e a preservação dos recursos naturais, a pessoa política responsável por essa definição, no caso a União e o Estado de Goiás, manifesta uma declaração na forma de lei, exercendo um poder de força coercitiva na população que habita ou habitava a unidade de conservação antes da elaboração desse ordenamento jurídico.

O estudo de BELISÁRIO, ao definir o espaço dos personagens que vivenciam de certa forma a experiência com o PESCAN, fornece subsídios para esta discussão:

A edição de uma lei, a desapropriação dos antigos proprietários, o isolamento de certa porção do espaço, a execução de obras de infra-estrutura, vigilância e acesso controlado, em suma, significaram a manifestação do poder estatal naquela área para atingir o objetivo intencional de implantar um sistema estadual de unidades de conservação. (Belisário, A. M. D. 2005, p. 96).

Assim, após a criação na forma de lei do parque, todos os sujeitos que habitam aquele espaço deveriam, ao menos, ter acesso prioritariamente a um estudo da importância da ação que está sendo implantada, pois desta forma eles poderiam não apenas colaborar nas negociações processuais como, por exemplo, os casos de desapropriação, mas também poderiam compreender a razão para a localização da unidade de conservação. Atualmente, esses princípios podem ser atingidos com a evolução dos procedimentos ambientais a serem seguidos para qualquer atividade que possua um grande potencial de transformação do meio ambiente. Mas é preciso destacar que, durante a segunda metade do século XX, é que fora criada a maior parte das unidades de conservação do país. E a criação desses espaços não foi operacionalizada segundo o que a legislação atual exige.

Destarte, a situação que existe é a de um grande “distanciamento” entre a população que habita o entorno da unidade de conservação e os objetivos para os quais o PESCAN foi criado. Grande parte da população não conhece a importância do rigoroso manejo das unidades de proteção integral, como no exemplo do Parque Estadual da Serra de Caldas Novas.

Por isso, nos anos decorrentes à implantação do parque, surgiram várias denúncias de queimadas provocadas por pessoas contrárias ao cercamento da área. Os fazendeiros cujas propriedades limitam com o parque não possuem discernimento suficiente para propor métodos que evitem a propagação de queimadas, como o aceiro, e, também, a população que vive nas cidades situadas tão próximas ao parque não compreendem a necessidade da instituição de instrumentos de manutenção do parque, como a cobrança de entrada. Outros sujeitos também ainda não estão suficientemente articulados aos objetivos do parque, caso pertinente aos agentes econômicos turísticos que dependem das águas termais como matéria-prima. Verifica-se também dificuldade para que as organizações não governamentais que existem com o objetivo de proteger o parque promovam ações compatíveis com a real utilização da unidade de conservação, conforme objetivos legais estudados no presente trabalho. Apesar de apresentarem um conhecimento mais complexo acerca da temática, ainda não conseguem conjugar suas ações a fim de se tornarem eficazes na colaboração com as atividades do parque.

Assim como os instrumentos de intervenção previstos anteriormente são importantes para a modificação da realidade do PESCAN, é essencial compreender que todo o processo de gestão de uma unidade de conservação deve ser entendido como uma ação de planejamento que deve indicar ações que devam ser concretizadas, mas logo após sua implantação deve ser avaliada sua eficácia para formular um novo plano de ação a ser implantado novamente no futuro. Felizmente a legislação criada a partir da lei 9.985, de 2000, vem demonstrando cada vez mais a importância da realização completa deste ciclo de planejamento, o que torna visível um futuro com muitas expectativas para a correção de vários atos inadequados que atualmente vêm sendo aplicados às áreas especialmente protegidas para a defesa do meio ambiente.

As considerações ora apresentadas revelam a necessidade de continuar as discussões fundamentadas acerca do tema e, também, de implementar ações mais eficazes a fim de que possam alcançar seus objetivos. Dois fatores são essenciais na constituição desse modelo que torna possível a conjunção de um ordenamento jurídico eficaz e de uma realidade ativa e consciente de seus princípios fundamentais: a educação ambiental e a manutenção de um ecossistema equilibrado, que proporcionarão a preservação dos recursos naturais existentes. Esses dois fatores exigem e tornam possível a constituição das unidades de conservação para a preservação do cerrado.

6. SUMMARY OF THE ARTICLE:

The paper presents an analysis of the importance of the deployment of units of conservation in the sense of the need to preserve the savannah biome. This usually considered laws of the federal and state which provide the fundamental basis for the consolidation of shares of preservation of degraded ecosystems. They are made considerations about the history of the use of space for social and economic activities since the creation of the park showing the need for the population is aware of the role that should exert as responsible for the quality of life of the medium. The system of management of the conservation units of the state of Goiás also reveals once again the need to create and manage shared based on the interdisciplinary sciences so that the legislation can fulfil its role and promote the materialization of the principles expressed.

KEYWORDS: Units of Conservation. Parque Estadual de Caldas Novas. Environmental legislation. Environment.

7. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA AMBIENTAL DE GOIÁS. Site da **Agência Ambiental de Goiás**. Disponível em: < <http://www3.agenciaambiental.go.gov.br/site/principal/index.php>>. Acesso em: set. 2007.

AHRENS, Sergio. **O “Novo” Código Florestal Brasileiro: Conceitos Jurídicos Fundamentais**. Acesso em 14 jan 2007. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/florestal/download/SAhrensCodigoFlorestal.pdf>>.

BELISÁRIO, Alessandro Magno Damasceno. **Territórios e Ambientalismo na Serra de Caldas Novas**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Goiás, Instituto dos Estudos Sócio Ambientais, Goiânia: 2005. 146f.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília de 1988. DF: Presidência da República, 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

BRASIL. **Lei 4.771 de 15 de setembro de 1965**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 15 fev. 2007.

BRASIL. **Lei 9.985 de 18 de julho de 2000**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm>. Acesso em: 15 fev. 2007.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 337 p.

GOIÁS. **Constituição do Estado de Goiás**. Goiânia. 1989. Disponível em:

< <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/>> . Acesso em 05 set. 2007.

GOIÁS. **Lei 7.282 de 25 de setembro de 1970**.

GOIÁS. **Lei 13.350 de 11 de novembro de 1999**. Disponível em:

< http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/lei_ord_1999_part2.htm>. Acesso em 02 set. 2007.

GOIÁS. **Lei 14.247 de 29 de julho de 2002**. Disponível em:

< http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/lei_ord_2002_part3.htm>. Acesso em 05 set. 2007.

GOIÁS. **Decreto 5.806 de 21 de julho de 2003**. Disponível em:

< http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/decretos_num_2003_part2.htm>. Acesso: 15-08-2007.

GOIÁS. AGÊNCIA AMBIENTAL DE GOIÁS. Diagnóstico do Meio Biótico. **Estudo Integrado de Bacias Hidrográficas do Sudoeste Goiano**. Parte B, Capítulo IV – Diagnóstico do Meio Biótico. 146p. Disponível em:

< http://www3.agenciaambiental.go.gov.br/site/estudosprojetos/eibh/arqu/3-ParteB-CapI-Contex_bacias.rar>. Acesso em 25 mar. 2007.

LIMA L. F. ; POMINI E. Visitantes florais em *Vochysia elliptica* e *Salvertia convallarioedora* no Parque Estadual da Serra de Caldas Novas. **Métodos de Campo em Ecologia**. Universidade de Brasília. Pós Graduação em Ecologia. 2003. Disponível em:

< http://www.unb.br/ib/ecl/posecl/Relatorios_Curso%20de%20Campo.htm>. Acesso: 01-09-2007.

OTTOBELI, Delmar. **Modernização agrícola e as transformações sócio-espaciais em Caldas Novas-GO** – Uberlândia. Dissertação de Mestrado. UFU, Uberlândia: agosto de 2005, 130 f.

SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS. Site da **Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos**. Disponível em: < <http://www.semarh.goias.gov.br/>> . Acesso em set. 2007.

NOVAES, Washington. **A década do impasse: da Rio – 92 a Rio + 10**. São Paulo: Estação Liberdade: Instituto Socioambiental, 2002.

PHILIPPI JR., A.; ALVES, A. C. **Curso interdisciplinar de Direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005.

PHILIPPI JR A. PELICIONI MC. Planejamento e Avaliação de Projetos em Educação Ambiental. **Educação Ambiental e Sustentabilidade**. Editora Manole: Barueri; 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22° ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TV CULTURA. REPÓRTER ECO. **A importância da Educação ambiental na formação das gerações futuras**. 2006. Disponível em:

< <http://www.tvcultura.com.br/reportereco/materia.asp?materiaid=497>>. Acesso: 28 mar. 2007.



INTERDEPENDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E PODER JUDICIÁRIO – ALGUMAS QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

Orlando Augusto Carnevali¹

RESUMO:

A arbitragem é o instituto por meio do qual as partes de uma relação jurídica, através da convenção de arbitragem, escolhem um ou mais terceiros confiando-lhe(s) a missão de dar solução a um conflito já existente ou que eventualmente venha a surgir. Trata-se de um meio alternativo de solução de conflitos acerca de direitos patrimoniais disponíveis que os jurisdicionados podem escolher, como forma de não acentuar o acúmulo de processos que, atualmente, tramitam no Poder Judiciário. Muito embora tenha como uma de suas principais características a extrajudicialidade, no decorrer do processo arbitral, o árbitro, carente dos poderes de *imperium*, pode ser obrigado a buscar o Poder Judiciário para o efetivo cumprimento de sua atividade jurisdicional, estabelecendo, assim, uma verdadeira relação de cooperação entre as duas jurisdições. Dessa forma, em diversos momentos a jurisdição arbitral e a estatal entram em contato.

Palavras-chave: Arbitragem. Poder Judiciário. Pontos de contato.

SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais – 2. Arbitragem e poder judiciário: necessidade de cooperação – 3. Início do processo arbitral – 3.1. Execução específica da cláusula compromissória vazia – 3.2. Execução específica da cláusula compromissória em face de órgão arbitral institucional – 4. Exceções ao árbitro e ao juízo arbitral (questões prévias) – 4.1. Exceções de caráter subjetivo (exceções de impedimento e de suspeição) – 4.2. Exceções de caráter objetivo (exceções de incompetência e de vício na convenção de arbitragem) – 5. Questões dispostas na convenção: explicitação – 6. Matérias que obstam o julgamento arbitral: remessa ao poder judiciário para apreciação de questão prejudicial – 7. Impasse quanto à nomeação de último árbitro – 8. Honorários do árbitro: fixação pelo estado-juiz – 9. Instrução – 10. Medidas cautelares e tutelas de urgência – 11. Nulidade da sentença arbitral – 12. Execução da sentença arbitral – 13. Embargos do devedor previstos na lei de arbitragem – 14. Homologação da sentença arbitral estrangeira – 15. Conclusão – 16. *Abstract* – 17. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A realidade demonstrada por uma singela vivência jurídica aliada a alguns dados estatísticos bem justifica o que alguns juristas já chamam de “falência do judiciário”. Com efeito, o Poder Judiciário, assoberbado por uma intensa e crescente demanda de ações, não consegue dar vazão ao volume de processos pendentes de julgamento que, cada vez mais, se acumulam e abarrotam os tribunais do país.

Segundo o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDJP), no ano de 2001,

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca – FDF. Advogado. Contato: Rua Castro Alves, nº 1060, Centro, Matão-SP, CEP 15990-205; telefone: (16) 33843862, 9252 3682; e-mail: oacarnevali@bol.com.br

1.756.516 processos deram entrada nos diversos tribunais do país e foram julgados 1.535.142; no ano de 2002, 1.690.641 ações foram ajuizadas contra 1.430.258 que foram julgadas; em 2003, esses números passaram a ser 1.237.114 e 1.009.994, respectivamente.²

Por conseguinte, a crise do Poder Judiciário põe em xeque o princípio constitucional expresso no art. 5º, inc. XXXV, da Magna Carta – “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” – eis que o “direito ao acesso a justiça não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas, sim, o direito a uma decisão justa, rápida e eficaz”.³ E, o inciso LXXVIII, art. 5º da Constituição Federal (CF), assegura a todos os jurisdicionados o direito à razoável duração do processo.

Assim, o acesso à justiça não é mera concepção encerrada no direito abstrato de ação. Em sentido mais amplo, é a obtenção de adequada e justa resposta final do Poder Judiciário ao exercício deste direito de acesso.⁴

É inconcebível que a entrega definitiva da prestação jurisdicional por parte do Estado se efetive após longos anos de espera. Nenhuma decisão judicial pode ser considerada justa se proferida depois de mudada a realidade socioeconômica, tanto do país como das partes.

Neste contexto, a arbitragem aparece como uma forma alternativa rápida, eficaz e desburocratizada de solução de litígios.

Trata-se, pois, de uma forma de heterocomposição⁵ extrajudicial de resolução de contendas que versem acerca de direitos patrimoniais disponíveis, em que um ou mais terceiros recebem poderes de uma convenção – pela cláusula compromissória, caso a escolha pelo arbitramento se dê antes do surgimento do conflito; ou pelo compromisso arbitral, em caso de ser eleita após o surgimento da pendenga – para, sem a intervenção do Estado, dar uma decisão com efeito vinculativo, ou seja, com natureza de título executivo judicial.

Fernando da Fonseca Gajardoni bem define a arbitragem como

[...] mecanismo de solução de controvérsias pela qual um ou vários terceiros recebem, através de uma convenção de natureza privada firmada pelas partes, poderes para, sem a intervenção do Estado (e daí a extrajudicialidade), solucionar, definitivamente, os litígios relativos a direitos patrimoniais submetidos à apreciação.⁶

Como se observa, a extrajudicialidade do instituto advém do fato de tratar-se de um mecanismo de solução de controvérsias de maneira tal que ou não haverá a intervenção do Estado-juiz ou esta será invocada apenas em alguns casos particulares, já que o árbitro

² Segundo tabela disponível em: < <http://www.stf.gov.br/bndjp/movimento/Movimento6C.asp> >. Acesso em 14 jan. 2007.

³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132.

⁴ A Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004, inseriu o inc. LXXVIII ao art. 5º da CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵ Assim como o próprio Poder Judiciário, a arbitragem é um meio heterocompositivo, porém, privado e alternativo de se dirimir uma controvérsia. Alternativo tomando-se como base o Poder Judiciário (heterocomposição judicial) que, talvez por uma questão de cultura, ou sua falta, é o meio mais comumente utilizado para se resolver uma pendenga. Não é à toa que “a cultura brasileira do paternalismo estatal, do Estado distribuidor de benesses, tem caráter atávico, o que inclui o entendimento que de que é o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, que devem resolver toda e qualquer espécie de conflito” (Cf. MARTINS, Pedro A. Martins *apud* SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário*: lei 9.307/96: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001. p. 47).

⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 124.

é carente de poderes de coerção e de execução, o que, aliás, dá ampla margem à discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem⁷.

Infelizmente, em relação a outros países, o Brasil relutou na adoção da arbitragem, tendo chegado ao desuso e quase que ao fracasso total. Somente em 1996, o instituto foi tratado em lei específica (Lei nº 9.307/96).

Anteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem, em 23 de setembro de 1996, a matéria só aparecia no Código de Processo Civil e no Código Civil de 1916, o que não permitia o desenvolvimento da arbitragem na difícil missão de coadjuvar o Estado na distribuição da justiça. Não havendo previsão, a cláusula compromissória era tratada como mera promessa de submeter eventuais divergências à solução de um árbitro, sem qualquer efeito vinculativo entre as partes que não o de gerar perdas e danos em caso de resistência na instituição do juízo arbitral.

No mais, a antiga necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprimia duas das principais vantagens desta importante forma alternativa de solução de conflitos: o sigilo e a celeridade.

Em resposta às necessidades dos setores mais expressivos da sociedade, cada vez mais convencida das grandes limitações do ordenamento jurídico positivo até então em vigor no tocante a arbitragem, a Lei nº 9.307/96 veio a dar nova roupagem jurídica ao instituto.

A avançada legislação sobre a arbitragem trouxe sensível benefício aos jurisdicionados, eis que pôs à disposição da sociedade um meio ágil de solução de conflitos extirpada dos empecilhos e das formalidades próprios do Poder Judiciário.

Neste momento, cumpre destacar algumas das novidades trazidas com o advento da Lei de Arbitragem: conferiu grande liberdade às partes, facultando-as a escolher a forma que se dará o julgamento e as regras que o árbitro utilizará para dirimir o conflito; a cláusula compromissória ganhou força obrigacional – anteriormente conferido apenas ao compromisso arbitral – deixando de ser mero pacto que se resolvia em perdas e danos; os árbitros foram equiparados a juízes de direito, sob o aspecto funcional, proferindo sentenças que fazem coisa julgada; o laudo arbitral não mais precisa de homologação do Poder Judiciário.

Muito embora a arbitragem ideal ser aquela em que não há a interferência do Estado-juiz, em inúmeros casos, a cooperação do Poder Judiciário se faz indispensável ao árbitro, carente de *coertio* e *executio*, exclusivos do poder de império do Estado. É justamente neste aspecto de coexistência institucional e cooperação recíproca entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário que o presente trabalho terá seu enfoque.

⁷ De um lado, adeptos à teoria contratualista, os privatistas negam o caráter jurisdicional da arbitragem pela falta de dois elementos da jurisdição – *coercio* e *executio* – sendo conferidos aos árbitros apenas os elementos da *notio*, *vocatio* e *iudicium*. Por outro lado, os publicistas sustentam a natureza jurisdicional do instituto, já que os árbitros cumprem função semelhante à dos juízes estatais, ou seja, avaliar a norma vigente e aplicá-la ao caso concreto. Com efeito, muito embora sejam reservados ao Estado os poderes de coerção e execução, “se a decisão arbitral é condenatória, esta terá, como sentença similar proferida pelo juiz togado, força executiva em sentido potencial, ou seja, a possibilidade jurídica de se provocar o uso da força (Cf. RIVAS, Arnaldo Armando *apud* VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*: lei nº 9.307/96. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 28).

2. ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO

Sobre a falta de coerção do poder do árbitro, Joel Dias Figueira Júnior assevera que: “diferentemente do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em *imperium*, ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado”.⁸

Já quanto ao poder de execução, Carmona aponta que o que falta aos árbitros é competência funcional para executar suas próprias decisões.⁹

Assim, por vezes, é necessário que o árbitro recorra à espada do Poder Judiciário para que possa dar efetivo cumprimento à função que lhe foi outorgada pelas partes, de modo que a própria Lei nº 9.307/96 prevê, expressamente, diversas modalidades de intervenção da justiça estatal dentro do procedimento arbitral.

Situações há em que a cooperação do Poder Judiciário para com a arbitragem se faz imprescindível para a efetivação da tutela jurisdicional exercida pelo árbitro, ou a interferência do Estado é indispensável ante o surgimento de questões de ordem pública ou em face da natureza da relação conflituosa. No decorrer do processo arbitral, verifica-se uma relação de interdependência entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral. Em alguns casos, a LA faculta ao árbitro pleitear a força do juiz para obtenção de maior mobilidade e efetividade no curso do procedimento, enquanto que em outras hipóteses, ele se vê obrigado, inarredavelmente, a pedir socorro ao Estado para o cumprimento de seu mister.

Não custa apontar que a relação existente entre o Poder Judiciário e o juízo arbitral não é de supervisão e sim de colaboração. Em sua obra, Pedro A. Batista Martins afirma:

O Judiciário não é órgão de fiscalização ou intervenção na justiça privada, ou veículo de interferência no processo levado a efeito pelos árbitros [...]. É preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes.¹⁰

Dessa forma, verifica-se que os dois juízos devem caminhar em perfeita harmonia, de maneira tal que é de extrema importância a complementação e o suporte do Judiciário na assistência da providência determinada pelo árbitro. Assim procedendo, a satisfação é geral. A sociedade tem à sua disposição um meio alternativo eficaz de solução de litígios e o Estado se vê livre de vultuosos processos que, por sua elevada complexidade e alto custo, provavelmente abarrotariam Poder Judiciário.

Joel Dias Figueira Júnior escreve:

Com a redução gradativa do acesso à jurisdição estatal para dirimir questões patrimoniais de maior complexidade, os Magistrados certamente encontrarão mais tempo para se dedicar às causas que, de fato e de direito, não prescindem de sua

⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 96.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

¹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. São Paulo: Forense, 1999. p. 97.

efetiva participação, como instrumento de pacificação social.¹¹

Que fique bem claro, no entanto, que o árbitro somente se socorrerá ao Estado-juiz em caso de limitação de sua jurisdição, não podendo ser mais um fardo para o Poder Judiciário.

3. INÍCIO DO PROCESSO ARBITRAL

Diferentemente do que ocorre com o Poder Judiciário, o art. 19 da LA considera instituída a arbitragem e, portanto, o processo arbitral, quando aceita a nomeação pelo árbitro ou por todos os árbitros, no caso de serem vários.¹²

Pedro A. Batista Martins, contudo, explica que o início da arbitragem não se dá com a aceitação do encargo pelo(s) árbitro(s), mas sim, “com a efetiva confirmação dos árbitros, depois de submetido o Termo de Independência às demandantes”.¹³ O árbitro pode até aceitar o encargo, mas pode não vir a assumi-lo por não ter sido confirmado pelas partes, caso haja algum fato que denote dúvida quanto à sua imparcialidade e independência.¹⁴

Então, o referido texto normativo deve ser interpretado como instituída a arbitragem não com a aceitação pelo(s) árbitro(s), mas sim pelas partes envolvidas na disputa (isso é claro, no caso de não terem sido elas próprias quem escolheram o árbitro na convenção de arbitragem). Em suma, somente com a confirmação dos árbitros (e não sua aceitação) se terá por instituído o juízo arbitral.

É de suma importância saber qual é o momento da triangularização da relação processual arbitral, pois somente a partir de então são vinculados efeitos jurídicos de natureza material e processual, como o aperfeiçoamento da relação entre as partes, a prevenção do juízo arbitral, a litispendência, a interrupção da prescrição e da decadência e a constituição em mora do devedor.

Ademais, assumindo a função de julgar, o árbitro recebe poderes de juiz de fato e de direito (art. 18 da LA) para conduzir e decidir a lide de acordo com as regras estabelecidas na convenção de arbitragem. Cumpre notar, no entanto, que a mera existência de uma convenção de arbitragem opera efeitos mesmo antes da instituição do processo arbitral.

Com efeito, conforme já explicitado, com a convenção de arbitragem as partes renunciam à jurisdição estatal (efeito negativo), se comprometendo a submeter à solução de um árbitro (efeito positivo) toda e qualquer divergência existente ou que eventualmente venha a surgir daquela relação jurídica.

¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

¹² Sistema diverso é adotado pela Itália, que considera instaurado o processo arbitral a partir do ato pelo qual um dos litigantes promove a arbitragem (domanda d'arbitrato), como, por exemplo, com a simples notificação para que a outra parte celebre o compromisso arbitral, ainda que o notificado se recuse a celebrá-lo (LA CHINA, Sergio *apud* CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 151).

¹³ MARTINS, Pedro A. Batista. As três fases da arbitragem. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, set. 2006. p. 88.

¹⁴ Importante salientar que a função desempenhada pelo árbitro em nada difere daquela exercida pelo juiz. Por este motivo, a ele são aplicadas as mesmas regras de imparcialidade (art. 13, § 6º e art. 21, § 2º da LA), impedimento, suspeição e responsabilidade previstos no CPC (art. 14 da LA)

Se, todavia, uma das partes acionar a justiça estatal, deve o juiz de direito se declarar incompetente para a causa, julgando extinto o feito sem resolução do mérito (art. 267, inc. VII, CPC).

Antes do advento da LA, a jurisprudência era pacífica no sentido de negar à cláusula compromissória o efeito de impedir o acesso à justiça estatal, devendo, pois, o juiz togado declarar-se incompetente apenas diante de um compromisso arbitral. Assim, na vigência dos dispositivos correspondentes do CPC de 1973, a cláusula compromissória não era óbice para que as partes pleitassem seus direitos perante o Estado-juiz. Agora, tendo a LA atribuído à cláusula compromissória o mesmo efeito jurídico do compromisso arbitral, pode-se dizer que aquela perdeu o caráter de mero pré-contrato de compromisso, sendo possível, portanto, instaurar-se a arbitragem independentemente da celebração de compromisso arbitral. Consequentemente, tanto uma como outra geram efeitos negativos em relação à jurisdição estatal, devendo, pois, o juiz togado declarar-se incompetente no caso de estar diante de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória. Trata-se de uma interpretação extensiva do art. 301, § 4º do CPC que, muito embora se refira apenas ao compromisso arbitral, abrange toda a convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso).

Questão interessante de se saber é se o magistrado pode ou não declarar sua incompetência de ofício. Consoante entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni é “impossível ao Magistrado o acolhimento de tal exceção processual (art. 301, IX, do CPC) de ofício (art. 267, § 3º, CPC), seja em relação à cláusula compromissória, seja em relação ao compromisso arbitral”. Segundo o autor, ambas as partes podem acionar a jurisdição estatal apenas por terem desistido da instituição do processo arbitral, razão pelo qual o juiz de direito tem o dever de dar a tutela jurisdicional, não podendo declarar-se incompetente para tanto.¹⁵

Outro posicionamento é o adotado por Carmona. A seu ver, a cláusula compromissória “constitui-se em objeção processual e deve ser conhecida de ofício pelo juiz togado independentemente de alegação da parte, enquanto o compromisso arbitral depende de expressa menção do interessado para que seja levada em consideração”.¹⁶

Como se vê, o entendimento de Carlos A. Carmona é extremamente formal e legalista, o que deve ser evitado. Ao contrário do que parece, o legislador não omitiu a cláusula compromissória propositadamente do § 4º do art. 301 do CPC (o artigo aponta apenas o compromisso arbitral – e não a convenção de arbitragem – como exceção processual), devendo o dispositivo ser interpretado de forma extensiva de modo a abranger toda a convenção de arbitragem entre as formas de exceção processual. Consequentemente, a cláusula compromissória não se trata de objeção e sim de exceção processual – tal qual o compromisso arbitral – o que impede o magistrado de tomar conhecimento de ofício de toda a convenção de arbitragem. No mais, é muito mais conveniente que o juiz espere a manifestação de uma das partes antes de tomar qualquer tipo de decisão acerca de sua incompetência. Com efeito, da mesma forma que as partes convencionaram em submeter a resolução de suas pendências à decisão de um árbitro, podem se desinteressar pela instituição da arbitragem, preferindo dirigirem-se à justiça estatal.

¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, p. 194, 2002.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82, nota 110.

Muito embora já se tenha passado mais de dez anos desde que a LA tenha entrado em vigor¹⁷, seu advento parece não ter dado fim a dúvida quanto à necessidade ou não da celebração de um compromisso arbitral pelas partes para a instituição do processo arbitral.¹⁸

Como dito, no velho sistema da arbitragem, a cláusula arbitral revelava-se mero pré-contrato de compromisso, dependendo sempre da elaboração de compromisso para a implementação da arbitragem. Com efeito, no Brasil, a cláusula compromissória sempre foi tida como *pacto de contrahendo* – não servia para afastar a jurisdição do juiz togado, tampouco era suficiente para instaurar o juízo arbitral.

A confusão pode ser dirimida pela análise mais detalhada da LA que, em seus artigos 5º, 6º e 7º, fornece três situações distintas, com soluções também distintas. Não custa adiantar que em alguns desses casos é prescindível a celebração de compromisso arbitral para a implementação da arbitragem.

Diante de cláusula compromissória “cheia” – aquela em que constem as regras estabelecidas pelas partes (arbitragem *ad hoc*¹⁹) ou se refira a regras de instituição arbitral –, não há que se falar em celebração de um compromisso. Em outras palavras, na cláusula “cheia” há prévia indicação dos elementos indispensáveis para a imediata instituição do juízo arbitral, quais sejam, nomeação de árbitro ou de órgão arbitral institucional. Surgindo uma controvérsia e em se tratando de cláusula “cheia”, procede-se na forma do art. 5º da LA, que prevê a instituição automática da arbitragem na forma convencionada, sem necessidade de que as partes firmem um compromisso arbitral. Deve-se ter em mente, no entanto, que a arbitragem somente é considerada instituída com a aceitação da nomeação pelo árbitro (art. 19 da LA).

Portanto, com a nova sistemática, hoje é possível, em alguns casos, a implementação da arbitragem apenas com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso. Neste sentido, consoante lição de Carmona,

O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5º da nova Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso.²⁰

O que ocorre muitas vezes, no entanto, é que a cláusula compromissória, por não conter requisitos necessários, não é suficiente, por si só, para a implementação efetiva do juízo

¹⁷ Estando para completar 12 anos desde a promulgação da Lei de Arbitragem, os tribunais estatais já colacionam valorosa jurisprudência em matéria arbitral. E após uma breve análise dos principais precedentes, “bem se percebe que o Judiciário tem feito sua parte em prol da consolidação da arbitragem, afastando o intervencionismo tão recitado por aqueles que apostam no instituto como eficaz meio alternativo de solução de controvérsias”. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais – 10 anos de jurisprudência. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba-MG, v. 9, n. 11, p. 143-153, Nov. 2006.

¹⁸ Talvez essa confusão seja fruto de uma interpretação isolada do art. 7º da LA que se refere a uma situação específica de execução de cláusula vazia. Ademais, pode-se dizer que, de certa forma, a redação do art. 7º é ambígua, eis que continua a amparar-se no binômio cláusula-compromisso.

¹⁹ Por arbitragem *ad hoc* deve ser entendida como aquela que, constituída exclusivamente para resolver determinada controvérsia, é regida por regras específicas estabelecidas pelas partes.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29, nota 22.



arbitral. É o caso das cláusulas ditas patológicas, que, por serem incompletas, impedem que a vontade manifestada pelas partes, de submeter a divergência à solução de um juízo arbitral, possa ser efetivamente implementada. Nestas hipóteses, não se aplicará a regra do art. 5º da LA, e, sim, aquela contida em seu art. 6º.

Conforme a lição de José Emílio Nunes Pinto, “a patologia da cláusula compromissória pode estar presente em duas situações: na cláusula ‘vazia’ e, ainda, na cláusula ‘patológica’ propriamente dita”. Segundo esse advogado paulista, para esses casos, “o defeito conceitual deverá ser corrigido por meio do compromisso, atuando este como uma manifestação inequívoca da autonomia privada”,²¹ matéria que se encontra prevista no art. 6º da LA.

A diferença entre as duas espécies é que, embora ambas sejam acordos de vontade dirigidos à solução arbitral da controvérsia, a cláusula “vazia” não faz qualquer menção quanto à forma da instituição da arbitragem. Já a cláusula patológica propriamente dita, apesar de fazer referência ao lugar onde será dirimida a controvérsia, não especifica, contudo, quais as regras deste lugar devem ser adotadas para a solução do caso.

No entender de Carmona, nem mesmo nestes casos se faz necessária a celebração de compromisso²² para a implementação válida do processo arbitral, de sorte que, “encontrando as partes um mecanismo de indicação de árbitros, isto bastará para que estes, aceitando o encargo, dêem início à arbitragem”.²³

Questão interessante surge quando, havendo cláusula vazia e não tendo sido atingido o fim do *caput* do art. 6º da LA, convocada para firmar o compromisso, a parte simplesmente não comparece, tornando-se revel ou então, embora compareça, opõe resistência à instauração do processo arbitral. Se isso vier a ocorrer, alternativa não restará à parte que pretende ver instaurada a arbitragem senão recorrer à execução específica da cláusula compromissória, na forma do art. 7º da LA.

3.1 Execução específica da cláusula compromissória vazia

Vale insistir, mais uma vez, que somente em caso de cláusula compromissória vazia é que a recalitrância da parte adversa dará ensejo à instituição judicial da arbitragem através da execução específica prevista no art. 7º da LA.²⁴ E é justamente neste procedimento que ocorre um dos primeiros pontos de contato entre a arbitragem e o Poder Judiciário. Assim, mesmo antes de se dar início ao processo arbitral pode ser necessária a intervenção do juiz togado, justamente para a própria formação do juízo arbitral.

Quanto à instituição da arbitragem via judicial, eis a lição de Carlos Alberto Carmona:

²¹ PINTO, José Emílio Nunes. A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, set. 2006. p. 69.

²² Evidente a desnecessidade do compromisso, já que até mesmo o termo a que se refere o parágrafo único do art. 19 da LA será suficiente para evitar dúvidas futuras.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 101.

²⁴ Anteriormente à Lei de Arbitragem, a cláusula arbitral era desprovida de exequibilidade, sendo resolúvel apenas em perdas e danos, razão pela qual era de costume a inclusão de uma cláusula penal no contrato.

Havendo cláusula compromissória vazia e não tendo as partes atingido acordo nos termos do *caput* do art. 6º da Lei, poderá a parte mais diligente solicitar o concurso do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula, qual seja, de fazer solucionar litígio decorrente de determinada relação jurídica através da arbitragem.²⁵

É que, sendo a cláusula compromissória de natureza contratual, a ela se aplicam as disposições relativas aos contratos em geral previstas no CC.

Assim, embora a cláusula vazia não seja suficiente para implementar o processo arbitral, o ordenamento jurídico pátrio, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, procurou lhe dar validade e plenos efeitos²⁶ tocantemente a obrigação que as partes assumiram no sentido de afastar a competência do juiz togado e submeter qualquer pendência a uma solução arbitral. Nesse sentido, como bem explica José Emilio Nunes Pinto,

Tendo ajustado o recurso à arbitragem na cláusula compromissória para a solução de controvérsias que venham a surgir, ainda que de forma defeituosa, as partes, no exercício pleno da autonomia privada, assumiram um compromisso e infundiram, uma na outra, a confiança de que, sempre que o evento viesse a ocorrer, a controvérsia seria solucionada por arbitragem.²⁷

Não restam dúvidas, portanto, que, não obtendo sucesso em implementar o processo arbitral ante a renitência de uma das partes ao dantes pactuado em cláusula vazia, possa a outra requerer ao juiz togado, através do procedimento disciplinado pelo art. 7º, para que declare instaurada a arbitragem por meio de sentença.

O STJ, por força de Recurso Especial (REsp. nº 450.881-DF, Rel. Min. Castro Filho, 3º Turma, v.u., j. 11/4/2003), “sacramentou ser plenamente possível a execução específica da cláusula compromissória vazia, bastando que sua existência seja aliada à prévia convocação extrajudicial da parte renitente a firmar o compromisso, nos termos do artigo 6º da Lei de Arbitragem”.²⁸

A instituição deste procedimento judicial, no entanto, poderia impor um alto prejuízo a duas das principais características da arbitragem: a celeridade e o sigilo.

Para que isso não ocorresse, seria necessário fazer com que as partes passassem pelo Judiciário de forma breve, de modo a não aumentar o grau de litigiosidade entre elas, bem como para evitar expedientes procrastinatórios. A solução encontrada pelo legislador foi a adoção de um procedimento semelhante ao sumaríssimo previsto para os Juizados Especiais

²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 102.

²⁶ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, p. 213, nota 39, 2002, quando ensina que, no art. 1.443 do CPC, o legislador francês adotou solução mais radical, qual seja a de considerar nula a cláusula compromissória que deixe de nomear o árbitro ou deixe de estipular a forma de nomeá-lo.

²⁷ PINTO, José Emilio Nunes. A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, set. 2006. p. 73.

²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais – 10 anos de jurisprudência. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba-MG, v. 9, n. 11, p. 143-153, Nov. 2006.

Cíveis.

A execução específica do art. 7º trata-se, portanto, de um procedimento especialíssimo (processo de conhecimento²⁹ com rito próprio fixado em nova lei) e de cognição reduzida. Nesse sentido é a lição de Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho:

Essa cognição é restrita porque, em razão do art. 8º da LA, que trata da autonomia da cláusula compromissória e confere competência ao árbitro para analisar da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato, o juiz estatal não terá competência funcional para estas matérias.³⁰

Tanto é verdade que o juiz estatal não está obrigado, pela LA, a resolver todas as controvérsias acerca dos termos do compromisso arbitral. Sua competência fica restrita tão-somente aos requisitos obrigatórios do compromisso arbitral previstos no art. 10, como escolha do árbitro, matéria que será objeto da arbitragem e local da prolação da sentença arbitral. Dessa forma, é reservada ao árbitro a competência para a questão de fundo, tendo o juiz togado poderes limitados para decidir apenas acerca das questões relativas à instituição compulsória do juízo arbitral.

No supracitado Recurso Especial (nº 450.881-DF), o STJ referendou a competência plena do árbitro para a matéria de fundo, restando ao Poder Judiciário tão-somente aferir, na execução específica da cláusula compromissória, se é o caso de instituição do juízo arbitral. No entanto, em caso de total inércia do demandado (contumácia) para a audiência de conciliação prevista na parte final do art. 7º da LA (audiência especial), há o entendimento de que o juiz tem maior liberdade para decidir, despreendendo-se das eventuais limitações ou restrições constantes na cláusula compromissória.

Sobre o assunto, vale notar a lição de Carmona:

[...] a ausência do réu na audiência permite ao magistrado que supere a vontade manifestada pelos contratantes na cláusula compromissória, deixando a seu critério a organização da arbitragem. [...] se o réu deixar de comparecer à audiência atribuirá o demandado ao juiz poderes quase que desmensurados para prever a forma através da qual o litígio será dirimido.³¹

Dessa forma, a contumácia (ausência do demandado na audiência de conciliação somada à falta de contestação) enseja a aplicação do § 6º do art. 7º da LA, conferindo ao juiz togado poderes ilimitados para decidir não apenas aqueles requisitos do art. 10, mas, também, as questões de fundo. Com todo respeito ao entendimento do autor, seria mais conveniente ao juiz, mesmo com os poderes que lhe são ampliados por força do § 6º do art. 7º, que deixe para o árbitro a apreciação das questões de fundo relativas à controvérsia, enfrentando tão-somente aquelas necessárias à instituição compulsória do juízo arbitral (art. 10 da LA).

²⁹ Muito embora a utilização do termo execução específica, o art. 7º é, na verdade, processo de conhecimento com rito fixado em lei própria, aplicando-se subsidiariamente, no que couber, as regras do CPC.

³⁰ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63.

³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 111/112.

Como se vê, a LA é expressa em afirmar a subsidiariedade da jurisdição estatal. Portanto, quando escolhem a via arbitral, as partes manifestam no sentido de tirar do Poder Judiciário a apreciação da controvérsia, bem como das matérias que a cercam. Por essa razão, que seja conferida ao árbitro a primeira oportunidade de avaliar e resolver as questões não convencionadas pelas partes na cláusula compromissória.

3.2 Execução específica da cláusula compromissória em face de órgão arbitral institucional

A intervenção do Poder Judiciário na arbitragem também pode ser necessária quando o órgão arbitral institucional, entendendo ser inválida a convenção de arbitragem, se recusa a dar início ao processo. Aqui, a resistência à instituição do procedimento é do órgão arbitral institucional e não da outra parte signatária da cláusula compromissória.

Diante desse quadro, poderá a parte interessada, utilizando-se do procedimento previsto no art. 7º da Lei (analogia), requerer ao juiz togado que determine a instituição do processo arbitral. Nesse procedimento, o órgão arbitral e a parte adversária atuarão em litis-consórcio passivo necessário, pois o interesse desta última também será afetado.

Entendendo ser válida a cláusula compromissória, o juiz togado julgará procedente a demanda com a constituição compulsória do processo arbitral.

4. EXCEÇÕES AO ÁRBITRO E AO JUÍZO ARBITRAL (QUESTÕES PRÉVIAS)

Instituído o processo arbitral pelas próprias partes ou pelo Poder Judiciário, eventuais exceções ao árbitro ou ao juízo arbitral pretendidas deverão ser apresentadas pelas partes na primeira oportunidade que tiverem de se manifestar nos autos (art. 20 da LA).³²

A respectiva peça deverá ser dirigida diretamente ao árbitro ou ao presidente do colégio arbitral³³, devidamente fundamentada e com as provas pertinentes (art. 15 da LA).

A forma de apresentação da exceção seguirá as regras estabelecidas pelas próprias partes na convenção ou pelo órgão arbitral institucional que elas elegeram.

4.1 Exceções de caráter subjetivo (exceções de impedimento e de suspeição)

Muito embora a LA tenha feito referência expressa apenas a figura do impedimento, a hipótese abrange todas as limitações que sofrem os juízes togados no que diz respeito às possibilidades de impedimento ou suspeição elencadas nos arts. 134 e 135 do CPC (art. 14 da LA).

Conforme mandamento do § 1º do art. 14 da LA, antes de aceitar o encargo, bem como durante todo o procedimento, é dever daquele que foi indicado para o julgamento revelar

³² Esse prazo preclusivo deve ser entendido de forma relativa. Na verdade, as exceções deverão ser apresentadas tão logo a parte tome conhecimento do fato motivador da recusa.

³³ Anteriormente à Lei nº 9.307/96, o CPC exigia que as exceções fossem apresentadas ao juiz togado competente para a causa.



qualquer fato que possa gerar dúvida quanto à sua imparcialidade e independência.³⁴

Se entender que o fato é relevante, a parte interessada poderá apresentar a exceção ao árbitro ou ao presidente do colégio, se for o caso.

Acolhida a exceção, o árbitro será afastado e substituído pelo seu suplente, na forma estabelecida pelas partes na convenção de arbitragem ou conforme as regras do órgão arbitral institucional, caso os contendores hajam deixado a seu cargo a constituição da arbitragem.

Todavia, o acolhimento da exceção implicará a extinção do processo arbitral se as partes tiverem estabelecido expressamente que não aceitariam substituir o árbitro (indicação *intuitu personae* do árbitro).

Por outro lado, nada dispondo as partes acerca da substituição e não chegando a um acordo quanto à nomeação de um suplente, será necessária a intervenção do Poder Judiciário, na forma no art. 7º da LA. É justamente esta a solução dada pela LA que, em seu art. 16, § 2º, prevê a indicação judicial do substituto em caso de impasse das partes.³⁵ Mas isto, somente se a convenção de arbitragem for omissa, consoante lição de Joel Dias Figueira Júnior:

Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a substituição do árbitro, procederá a parte interessada nos termos do art. 7º da Lei em exame, ou seja, buscará a solução perante a jurisdição estatal, ressalvada a hipótese de as partes terem acordado expressamente, na convenção de arbitragem, que não aceitariam a substituição.³⁶

Sendo o árbitro declarado impedido ou suspeito, ante o dissenso entre as partes para a nomeação e não havendo solução na convenção de arbitragem, não resta outra alternativa para a parte interessada senão socorre-se ao Poder Judiciário, ocasião em que a outra parte será citada para comparecer em juízo, a fim de que seja resolvida a questão.

Vale notar que, se o árbitro, porém, negar a recusa, o processo arbitral terá prosseguimento normal, sem prejuízo de a parte que se julgar prejudicada requerer o reexame da questão pelo Poder Judiciário após a prolação da sentença arbitral, através da ação declaratória de nulidade de sentença arbitral.

Verifica-se, portanto, que a decisão que rejeita a exceção não fica sujeita a controle imediato do Estado-juiz, mas apenas a controle eventual e futuro, bastando ao vencido que proponha a demanda prevista no art. 33 da LA – outro ponto de contato entre as jurisdições estatal e convencional que será tratado adiante. Por outro lado, segundo Carmona, em hipótese alguma “a decisão de acolhimento da exceção, com extinção do processo arbitral, não está sujeita a revisão judicial”.³⁷ Se o próprio árbitro não se considera imparcial, não há lugar para a intervenção do juiz togado, sendo certa a inaplicabilidade do art. 33 da LA.

³⁴ Esta obrigação encontra similitude com o disposto no art. 137 do CPC, que dispõe ser dever do juiz togado comunicar a causa de impedimento ou suspeição, sob pena de violar do dever de abstenção.

³⁵ Idêntico procedimento será adotado se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação ou se, após a aceitação, vier a falecer ou ficar impossibilitado para o exercício da função (art. 16 da LA).

³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 132.

³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 200.

4.2 Exceções de caráter objetivo (exceções de incompetência e de vício na convenção de arbitragem)

Ao juízo arbitral podem ser opostas exceções de incompetência e de vício na convenção de arbitragem.

Conforme se depreende do parágrafo único do art. 8º da LA, a legislação pátria consagrou o princípio da *kompetens-kompetens*, conferindo ao árbitro poderes para decidir sobre sua própria competência, bem com sobre qualquer controvérsia no que diz respeito à convenção de arbitragem. Contudo, o referido princípio é apenas relativo, vez que eventual incompetência do juízo arbitral ou questões quanto à existência, validade e eficácia da convenção poderão ser atacadas por meio da ação de nulidade, após a decisão final do árbitro.

No tocante aos vícios da convenção de arbitragem, nem mesmo durante o processo arbitral a atribuição do árbitro deve ser entendida como totalmente absoluta.

Segundo Carmona, “o ordenamento brasileiro não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem”.³⁸ Esse autor exemplifica a situação com a possibilidade de uma parte alegar a invalidade perante o juízo arbitral e ao mesmo tempo propõe a demanda perante o juiz togado.

Para esse extraordinário ponto de contato entre as duas jurisdições, a melhor solução seria a suspensão do processo arbitral até decisão da preliminar pelo juiz togado, até porque caberá a ele mesmo enfrentar a questão da validade da convenção em eventual ação de nulidade.³⁹

No que diga respeito à exceção de incompetência arguida em razão da pessoa, o procedimento será o mesmo do art. 16, § 2º: se o árbitro acolher a exceção, de rigor a intervenção do Poder Judiciário ante o impasse das partes e omissão da convenção quanto a substituição do árbitro; não acolhida a exceção o processo arbitral terá normal prosseguimento.

A leitura da segunda parte do § 1º do art. 20 da LA parece criar mais um ponto de contato entre a arbitragem e o Poder Judiciário. Mas, ao contrário do que parece, as partes não serão remetidas ao órgão do Poder Judiciário. Na verdade, acolhida a exceção de incompetência em razão da matéria⁴⁰ ou qualquer vício na convenção de arbitragem, a decisão do árbitro limitar-se-á tão-somente a extinguir o processo arbitral.

A exemplo do já foi dito quanto as exceções de impedimento e de suspeição, aqui, as decisões do árbitro também não serão passíveis de imediata revisão pelo juiz togado, restando ao interessado apenas a demanda de que trata o art. 33 desta lei.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 121.

³⁹ Não é partidário deste entendimento Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, para quem “uma vez instituído o juízo arbitral, as partes não poderão, em ação própria, ir de imediato à justiça comum a fim de discutir a validade da convenção”. Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 303, 1999.

⁴⁰ Apesar de o artigo não fazer diferenciação, é óbvio que a hipótese se trata apenas da incompetência em razão da matéria.

5. QUESTÕES DISPOSTAS NA CONVENÇÃO: EXPLICITAÇÃO

Iniciado o processo arbitral, o árbitro (ou tribunal) pode entender ser necessária a elucidação de alguma questão obscura, omissa, contraditória ou ambígua presente na convenção de arbitragem capaz de lhe causar insegurança no deslinde da causa. Se isso ocorrer, deverá o árbitro proceder na forma do parágrafo único do art. 19 da LA com a final elaboração de aditamento à convenção arbitral. Antes de tudo, buscará a complementação da convenção de acordo com o consenso das partes.

Não chegando as partes a um acordo, podem ocorrer duas situações diferentes: na primeira, ao árbitro será permitido decidir a questão (art. 21, § 1º – caberá ao árbitro estipular acerca do procedimento); na segunda, a questão não poderá ser solucionada pelo árbitro (delimitação do objeto da arbitragem, por exemplo).

No último caso, qualquer uma das partes poderá requerer ao juiz togado para que regule a questão, promovendo o aditamento da convenção. Assim, caberá ao juiz, através da ação prevista no art. 7º da lei, regular a parte dúbia da convenção.

6. MATÉRIAS QUE OBSTAM O JULGAMENTO ARBITRAL: REMESSA AO PODER JUDICIÁRIO PARA APRECIÇÃO DE QUESTÃO PREJUDICIAL

Assim como ocorre no processo judicial, no curso da arbitragem podem surgir questões que obstam o julgamento da lide principal, as quais não podem ser postergadas para verificação final, quando da prolação da sentença arbitral.

Ocorre que, como visto, somente divergências acerca de direitos patrimoniais disponíveis podem ser solucionadas através da arbitragem. Essa limitação imposta pela lei refere-se tanto ao objeto principal da lide (causa) quanto a algum ponto controvertido que surgir no curso do processo (questão).

Diante de uma controvérsia que diga respeito a direito indisponível, o art. 25 da LA impõe ao árbitro a obrigação de remeter as partes ao órgão judicial competente, suspendendo o curso do processo arbitral até o julgamento da questão prejudicial. Percebe-se, portanto, que o legislador preferiu adotar o sistema da prejudicialidade obrigatória. Em outras palavras, ante a natureza da matéria apresentada, somente o órgão judicial que seria competente para decidir tal questão como principal poderia, *incidenter tantum*, resolvê-la como prejudicial.⁴¹

O inconveniente da opção do legislador é o fato de não haver prazo algum para a solução pelo juiz togado. O curso do processo arbitral fica suspenso por prazo indefinido enquanto a demanda estiver sob o crivo do Poder Judiciário – a suspensão é obrigatória até o trânsito em julgado da sentença proferida na justiça comum (parágrafo único do art. 25 da LA). Isso poderia levar ao fracasso de um dos atrativos da arbitragem (celeridade), pois o aguardo de uma solução pelo Poder Judiciário poderia estimular expedientes procrastinatórios.

Solução interessante que poderia ter sido adotada pela legislação brasileira seria permitir ao árbitro a análise da questão como incidente processual – decisão que não faria

⁴¹ Cf. CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 303.

coisa julgada – ressalvando à parte inconformada a possibilidade de vir ao Judiciário com o fim de anular a sentença arbitral, como, aliás, ocorre em muitas outras hipóteses.

Cumprе ressaltar que, não obstante a paralisação da arbitragem, a aplicação analógica do art. 266 do CPC permite ao árbitro que proceda a inquirição de testemunhas bem como a produção de provas que reputar urgentes.

7. IMPASSE QUANTO À NOMEAÇÃO DE ÚLTIMO ÁRBITRO

Revogado art. 1.076 do CPC⁴², o art. 13, § 1º, da LA determina que as partes devam nomear os árbitros em número ímpar. A exigência da lei tem o intuito de evitar o empate na votação. Não obstante a exigência legal, não é maculada de nulidade a convenção que nomeia julgadores em número par. Tanto que o próprio art. 13, em seu § 2º, soluciona a hipótese. A lei presume que os árbitros nomeados em número par ficam, desde logo, autorizados pelas partes a escolher o último julgador.

Note-se que são os próprios árbitros, e não as partes, que ficam incumbidos de indicar mais um árbitro. Cachapuz corrobora a assertiva afirmando que “se as partes nomearem árbitros em número par, estes que foram indicados ficam autorizados, por expressa previsão normativa e desde logo, a nomear mais um árbitro”.⁴³

Quando os árbitros já nomeados não chegarem a um consenso quanto à indicação do outro colega, é facultado às partes, através de procedimento análogo ao do art. 7º desta lei, a pleitear ao juiz togado, que seria originariamente competente para a causa, a nomeação do julgador faltante.

Embora a lei seja omissa, Marco Aurélio Gumieri Valério aponta que as partes também podem requerer a intervenção do Estado-juiz quando não estiverem satisfeitas com a nomeação feita pelos árbitros.⁴⁴

Com a devida vênia, não parece razoável a hipótese aventada por esse autor, porque, quando a nomeação recai em número par de árbitros, a lei presume (presunção *iuris et de iure*) que as partes autorizaram aqueles já nomeados a proceder livremente a escolha do outro julgador, de modo a não haver lugar para posterior arrependimento.

8. HONORÁRIOS DO ÁRBITRO: FIXAÇÃO PELO ESTADO-JUIZ

Inicialmente, cumprе ressaltar que a fixação dos honorários do árbitro está entre os requisitos facultativos do compromisso arbitral, *ex vi* do inc. VI do art. 11 da LA, ou seja,

⁴² O art. 1.076 do CPC, revogado pela Lei nº 9.307/96, já trazia solução parecida com adotada pela LA, em caso de as partes elegerem número par de árbitros: “As partes podem nomear um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar. Quando se louvarem apenas em dois (2), estes se presumem autorizados a nomear, desde logo, terceiro árbitro”.

⁴³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem*: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 121/122.

⁴⁴ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*: lei nº 9.307/96. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 79.



dentre os quais a sua falta não gera nulidade ao compromisso.⁴⁵ Tendo as partes ajustado os honorários do árbitro no compromisso arbitral, criam a favor do árbitro um título executivo extrajudicial.

Por outro lado, nada tendo sido estipulado quanto à verba honorária e frustrada a fixação pelo consenso no curso do processo, poderá o árbitro submeter a sua pretensão ao juízo estatal. O parágrafo único do art. 11 da lei em comento permite ao árbitro que promova demanda perante o juiz togado, que seria originariamente competente para a causa, para que sejam fixados seus honorários por sentença. Nesse procedimento, as partes figurarão em litis-consórcio passivo necessário, pois o interesse de ambas será atingido (cada uma responderá pela fração que lhe couber).

A sentença proferida pelo Poder Judiciário que fixar o *quantum* devido ao árbitro valerá como título executivo judicial. Deixando as partes de efetuar o pagamento, poderá o árbitro promover ação judicial para a satisfação de seu crédito. Por força do art. 275, II, “f”, do CPC, a ação de cobrança dos honorários do árbitro seguirá o procedimento sumário, eis que se trata de um profissional liberal.

9. INSTRUÇÃO

O *caput* do art. 21 da LA contemplou a liberdade de procedimento no juízo arbitral. Via de consequência, as partes podem livremente adotar mecanismos probatórios que melhor se ajustem aos seus interesses, sendo-lhes vedado, contudo, limitar ou restringir os meios de prova que a legislação pátria admite, sob pena de infringir-se os princípios do contraditório e igualdade das partes consagrados no § 2º do art. 21 do LA.

Como é possível observar da leitura do *caput* do art. 22 da LA, os poderes de instrução do árbitro são bastante semelhantes àqueles conferidos ao juiz togado nos artigos 125 e 130 do CPC, podendo, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a produção das provas que entender necessárias para a formação de seu convencimento e apuração da verdade real.

Imperioso destacar que, no processo arbitral, o não comparecimento de uma das partes para prestar o depoimento pessoal não implica na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo demandante, embora o árbitro ou tribunal arbitral deva levar em consideração o comportamento da parte faltosa (art. 22, § 2º, primeira parte, da LA).

No caso de a falta ser da testemunha, o árbitro solicitará ao Poder Judiciário para que promova a condução da testemunha renitente ao local em que será ouvida, no dia e horário estabelecidos (art. 22, § 2º, segunda parte, da LA). Há uma enorme divergência entre os autores sobre qual seria o órgão competente para a execução da medida coercitiva: juízo da sede da arbitragem; aquele que exerce jurisdição sobre o local que a testemunha reside; ou o que seria originariamente competente para a causa (art. 22, § 4º). Ora, tendo em vista que uma testemunha não está obrigada a deslocar-se fora dos limites da comarca em que reside para depor, o correto é que uma eventual solicitação de condução coercitiva seja dirigida ao

⁴⁵ O revogado art. 1.074 do CPC, ao contrário, dispunha que a falta de previsão pelas partes quanto à responsabilidade pelo pagamento dos honorários do árbitro era causa de nulidade do compromisso arbitral.

Poder Judiciário que exerce jurisdição sobre o local da residência da testemunha.

Não é nada oportuna a adoção do art. 22, § 4º. Imagine-se a hipótese de solicitação de condução coercitiva dirigida ao juízo originariamente competente para julgar a causa sendo a testemunha domiciliada em comarca diversa da qual ele exerce jurisdição. Sendo ele carente de competência territorial para aquele ato, teria que solicitar, via carta precatória, ao juízo deprecado a realização da medida fora de sua circunscrição. Portanto, melhor que esse tipo de solicitação seja dirigida diretamente ao órgão do Poder Judiciário que tem jurisdição sobre o local onde a testemunha reside.

A intervenção do Estado-juiz na execução da medida é necessária em razão de o árbitro não ter à sua disposição um aparato policial e administrativo para tanto, além do que o cumprimento da medida esbarraria na exclusividade do Estado para os atos de coerção.

Segundo João Alberto de Almeida, trata-se de verdadeiro “ato cooperativo do juiz togado para com o árbitro, já que este não está investido de poderes que lhe permitam tomar medidas que acarretem a coerção física de pessoas”.⁴⁶

O juiz que executará a medida não exercerá qualquer ato de cognição sobre a decisão do árbitro. Vale dizer que o juiz não poderá negar o cumprimento do pleito do árbitro sob a alegação de que a prova é desnecessária. Cabe a ele apenas a verificação dos requisitos formais da convenção de arbitragem. Tanto é verdade que, conforme lição de Fernando da Fonseca Gajardoni,

Não se trata de processo em que seja exercitada atividade jurisdicional, seja voluntária, quanto menos contenciosa (afastado, portanto, qualquer tipo de contraditório). A jurisdição foi exercitada pelo árbitro quando da determinação do ato de força.⁴⁷

Finalmente, o requerimento do árbitro ou tribunal arbitral será feito através de simples ofício⁴⁸, acompanhado da cópia da convenção de arbitragem, dirigido ao juízo que exerce jurisdição sobre o local da residência da testemunha. Sendo válida a convenção de arbitragem – o que será analisado pelo juiz togado – será expedida a ordem de condução coercitiva em hora e local designados pelo árbitro.

10. MEDIDAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Tal como ocorre no processo judicial, no curso da arbitragem, ou até mesmo antes de sua instituição, pode ser imprescindível a concessão de medidas que visem evitar a ocorrência de dano irreparável ou torne inútil a decisão proferida pelo árbitro. Muito embora a LA

⁴⁶ ALMEIDA, João Alberto de. *Processo arbitral*. Minas Gerais: Del Rey, 2002. p. 117.

⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, p. 201, 2002.

⁴⁸ Neste mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 213; FURTADO, Paulo e BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91. Por outro lado, este não é o entendimento de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 106, p. 201, 2002. Segundo o autor, tal requerimento deve ser como uma carta precatória.

faça referência expressa apenas a medida cautelar, será plenamente possível a concessão de antecipação de tutela, ressalvado que esta somente poderá ser deferida incidentalmente.

Não foi feliz o legislador na redação do § 4º do art. 22 da LA. E não é por menos. Na forma como foi redigido, o dispositivo em apreço deixa pairar dúvidas quanto a competência do árbitro para conceder a medida cautelar.⁴⁹ Coube a doutrina e a jurisprudência majoritárias a tarefa de esclarecer que é apenas do árbitro a competência para decidir a demanda cautelar acerca da matéria sujeita a decisão arbitral, cabendo ao juiz togado, se necessária, a execução da medida.

E não é preciso que os poderes do árbitro para decretar a tutela de urgência estejam expressamente previstos na convenção de arbitragem.⁵⁰ Ora, tendo-se em vista que o árbitro pode julgar o mérito da questão principal sem qualquer participação do Judiciário, é óbvio que pode, nas mesmas condições, conceder medidas incidentais quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Afinal, quem pode o mais pode o menos.

Otrossim, nada impede que, na convenção de arbitragem, as partes estipulem que eventuais medidas cautelares, se necessárias, sejam pleiteadas diretamente ao juiz togado.

Sendo reservado ao Estado todos os atos de coerção, caso haja resistência no cumprimento da medida concedida pelo árbitro, será necessário o concurso do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa (art. 22, § 4º, LA), não para que aprecie se é caso ou não da concessão da cautelar, mas para que dê efetividade à sua concretização.

Assim, o § 4º do art. 22 da LA deve ser interpretado da seguinte forma: [...] havendo necessidade, os árbitros poderão solicitar o concurso do juiz togado para a execução da medida coercitiva ou cautelar. Nesse sentido é a lição de Joel Dias Figueira Júnior:

Após o deferimento da tutela de urgência e verificado o não cumprimento espontâneo da medida, o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral oficiará o órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, solicitando que dê efetividade à medida já concedida.⁵¹

O árbitro, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, provocará o órgão judicial competente através de mero ofício instruído com a cópia da convenção de arbitragem. O juiz togado verificará o preenchimento dos requisitos formais, sendo-lhe vedado rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida pelo juízo arbitral.

Questão interessante surge quando haja necessidade da concessão de medida cautelar preparatória, ou seja, antes da instauração do processo arbitral. Nessa hipótese, a parte interes-

⁴⁹ Cf. FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi L. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93. Segundo os autores, “não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”.

⁵⁰ Não é esta a opinião de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Para o autor, o árbitro somente poderá decidir a respeito dos pleitos cautelares se houver expressa autorização na convenção de arbitragem. Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 311. 1999.

⁵¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

sada requererá a concessão da medida diretamente ao juiz togado que seria competente para o julgamento da causa principal, tornando-se preventivo para eventual ação de nulidade, eis que, aqui, manifesto o exercício de atividade jurisdicional.

Segundo Sidnei Beneti, “as cautelares preparatórias competem, em regra, à jurisdição estatal, pela simples razão de que, enquanto não instalado o juízo arbitral, não há jurisdição arbitral perante a qual se deduza a cautelar”.⁵²

Acolhendo o entendimento de que é da Justiça Estatal a competência para decretar a cautelar preparatória, a 1º Câmara de Direito Privado de Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assentou que a existência da cláusula arbitral não impede que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, conceda tutelas de urgência.⁵³ Todavia, em julgado mais recente (Agravo de Instrumento nº 384.896-4, Rel. Des. Sérgio Gomes, j. 3/5/2005), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sacramentou que a intervenção do Estado na concessão de medida de urgência antes da instauração do processo judicial deve ser feita apenas em caráter excepcional.

11. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral não está imune ao controle do Poder Judiciário, o que vem a rechaçar qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96.⁵⁴

Diante do que dispõe o art. 33 da lei, a atuação do Poder Judiciário é incontestada, de modo que não se poderá dizer violado o art. 5º, inc. XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito”.

E isso pelo fato de a sentença arbitral poder ser declarada nula⁵⁵ nos casos previstos no art. 32 da LA, ou seja, se: for nulo o compromisso; emanou de quem não podia ser árbitro; não contiver os requisitos do art. 26 desta lei; for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; proferida fora do prazo, respeitado estipulação em contrário; não observado os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Mais uma vez, é criticável a redação da LA. Não obstante o art. 32 referir-se a nulidade da sentença arbitral, a maior parte dos incisos apontados são, na verdade, causas de anulabilidade. Conforme lição de Carmona,

[...] enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o art. 33 da Lei, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito

⁵² BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, set. 2006. p. 103.

⁵³ Agravo de instrumento nº 240.062-4, Rel. Des. Elliot Akel, j. 27/08/2002.

⁵⁴ No dia 12/12/2001, concluindo o julgamento do Agravo Regimental da Homologação de Sentença Estrangeira (Espanha) nº 5.206, o STF, em sessão plenária, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da LA.

⁵⁵ A sentença arbitral pode ser anulada pelo Poder Judiciário, mas não pode ser reformada. É o princípio da imutabilidade da sentença arbitral, incabível ação rescisória. Cf. LEMES, Selma Ferreira. Sentença arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n. 4, p. 26).



prazo decadencial de noventa dias para o ataque do laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo.⁵⁶

Oportuno ressaltar que as partes não podem, na convenção de arbitragem, pretender ampliar as causas de nulidade – seguindo a terminologia da lei – previstas na lei tampouco estabelecer novas formas de impugnação judicial do laudo. Contudo, as hipóteses enumeradas no artigo não são taxativas. Outras causas poderão inquirir de nulidade o laudo arbitral, tais como: decisões que ofendem a ordem pública, arbitragem sobre direitos indisponíveis, fraude etc.

Constatada uma das possíveis causas de nulidade, poderá a parte, nos termos do art. 33, pleitear ao Poder Judiciário a declaração⁵⁷ da nulidade da sentença arbitral através da ação declaratória de nulidade. Segundo Cachapuz,

O fundamento jurídico da demanda (causa de pedir próxima) repousará na demonstração de alguma das hipóteses elencadas no art. 32 da Lei e o objeto imediato (pedido) será a desconstituição da sentença arbitral através do comando declaratório a ser obtido no dispositivo da sentença judicial de procedência.⁵⁸

Verifica-se, portanto, que a ação de que trata o art. 33 da LA visa à desconstituição da sentença arbitral, ou seja, a sua anulação. A parte interessada em atacar a sentença arbitral, deverá ajuizar a ação declaratória de nulidade dentro do prazo decadencial⁵⁹ de noventa dias, a contar da data do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (§ 1º do art. 33 da LA).

Nos termos do § 1º do art. 33 da LA, a demanda para a declaração da nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no CPC. A partir de então, não se fala mais em processo arbitral, e as normas que regerão a demanda serão apenas as do CPC.

Segundo a lição de Carmona, a opção do legislador recaiu apenas no procedimento comum ordinário, eis que “a imposição de um procedimento mais veloz, pudesse suscitar nos mais dogmáticos a sensação de que se estivesse tentando subtrair algo à tutela judicial, com eventual perda do tão declarado *due process of law*”.⁶⁰

No sistema pátrio, não existe a devolução da causa para o Poder Judiciário para que, anulada a sentença arbitral, profira decisão que a substitua. É o princípio da imutabilidade da sentença arbitral – a decisão proferida pelo árbitro pode ser anulada pelo Judiciário, mas não pode ser reformada. Assim, caso o autor formule o pedido tendo por fundamento a nulidade da convenção de arbitragem (incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32), o juiz simplesmente há

⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 261.

⁵⁷ A terminologia correta é declaração e não decretação. Cf. FURTATO, Paulo; BULOS Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 119.

⁵⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 213.

⁵⁹ Decorrido o prazo de noventa dias, o interessado incidirá na decadência, cujo efeito é o perecimento do seu direito de obter a tutela declaratória de nulidade da sentença arbitral perante o Estado-juiz, restando-lhe apenas o manejo da impugnação (antigo embargos à execução) se o credor ajuizar ação de execução do laudo condenatório.

⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 275.

de declarar a nulidade da sentença, o que fulminará todo o processado, sendo-lhe vedado passar ao exame da causa.

Por outro lado, se o vício apontado pelo autor afeta apenas o laudo (incisos III, IV e V do art. 32), deverá o juiz declarar a nulidade da sentença e, aproveitando todo o processado, devolve a causa ao órgão arbitral para que profira nova decisão.

12. EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

O árbitro ou tribunal arbitral detém uma parcela da jurisdição que lhes é conferida através de uma convenção de arbitragem que, por força do art. 18 da LA, os transforma em juízes de fato e de direito. Por conseguinte, a sentença arbitral haverá de produzir entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença que seria proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da LA).

Todavia, o juízo arbitral tem sua atuação limitada às ações previstas no processo de conhecimento, ou seja, não detém poder de coerção e império para fazer valer sua sentença, seja ela de natureza condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

É que, como visto, o árbitro não é investido dos poderes de execução, sendo necessário, portanto, a intervenção do Estado-juiz para a satisfação dos direitos do vencedor declarado na sentença proferida pelo árbitro. Sobre esse assunto, Joel Dias Figueira Júnior assevera que,

Na jurisdição arbitral o julgador limita-se a dizer o direito das partes, sem poderes para fazer exercê-lo. A satisfação no plano material do direito do vencedor que obteve a sentença arbitral favorável (condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*) estará na dependência da vontade do vencido de cumprir a decisão espontaneamente.⁶¹

Versando a hipótese de descumprimento de sentença arbitral de natureza mandamental ou executiva *lato sensu*, segundo Joel Dias Figueira Júnior, “basta que o árbitro solicite ao Poder Judiciário, que seria originariamente competente para julgar a causa, que efetive a medida para a satisfação do vencedor no plano material”.⁶² Caso não haja cumprimento espontâneo da sentença condenatória pura⁶³ pela parte sucumbente, restará ao interessado promover a ação de execução perante o órgão do Poder Judiciário.

Nos termos do art. 475-P, III, do CPC: “o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante [...] o juízo cível competente, quando se tratar de [...] sentença arbitral”. Neste sentido, Cachapuz deixa claro que “se a sentença proferida for de natureza condenatória e na hipótese de não ocorrer a satisfação espontânea do julgado por parte do sucumbente, a tutela executiva deverá ser pleiteada pelo vencedor ao Estado-juiz competente.”⁶⁴

⁶¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 178.

⁶² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 178.

⁶³ As sentenças declaratórias e constitutivas não são executáveis, eis que geram seus efeitos no plano material como decorrência natural do comando contido na própria decisão.

⁶⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 214.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que

Não obstante tivessem as partes se comprometido a submeter à arbitragem os litígios que pudessem surgir em decorrência da compra e venda de imóvel acordada, o fato é que o juízo arbitral tem sua atuação limitada ao processo de conhecimento, na medida em que resolvida a questão levada à sua apreciação, não tem o poder de coerção, sendo necessária a jurisdição estatal para tornar o efetivo o comando expresso na decisão do árbitro, reconhecida como título executivo judicial, possibilitando ao executado, inclusive, a interposição de embargos à execução.⁶⁵

Isto porque a sentença arbitral condenatória gera título executivo judicial que possibilita ao vencedor a faculdade de utilizar-se da execução forçada através da provocação do Estado-juiz que seria originariamente competente para conhecer a lide cognitiva.

Ao contrário do que parece à primeira vista, a revogação do art. 584 do CPC pela Lei nº 11.232/05 não significa que a sentença arbitral deixou de ser título executivo.⁶⁶ Com efeito, a Lei nº 11.232/05, além de ter transferido para o processo de conhecimento todo o objeto do processo de execução, transladou para o art. 475-N o enunciado dos títulos executivos judiciais, aí situando a sentença arbitral. Por isso, a sentença arbitral é título executivo judicial e sua execução far-se-á de acordo com o estabelecido no Capítulo X, “Do Cumprimento da Sentença”, do Título VIII do Livro I do CPC.

Não obstante o cumprimento da sentença condenatória ter sido incorporado na esfera do processo de conhecimento, no âmbito da arbitragem a técnica legislativa é diferente. E não é por menos. A sentença arbitral não é proferida no fecho de um processo de conhecimento; não está encapsulada em autos judiciais; não há órgão judicial já fixado em lei para a prática de atos inerentes ao cumprimento da sentença.

Quanto ao cumprimento da sentença arbitral, Humberto Theodoro Júnior ensina que

[...] o juízo cível depende da instauração de um processo novo e não da simples continuidade do feito já em curso, como se dá nos demais títulos arrolados nos incisos do artigo 475-N. Há de se instaurar relação processual civil *ex novo*, ou seja, de forma originária, mediante petição inicial e citação do devedor [...]⁶⁷

Assim, o cumprimento forçado da sentença arbitral depende do ajuizamento de uma ação de execução (autônoma) por meio de petição inicial dirigida ao juízo cível competente, que deverá observar os requisitos do art. 614 do CPC, e citação do executado para que integre a “nova relação processual”.

Pode ocorrer de a sentença arbitral se tratar de título representativo de obrigação ainda ilíquida. Nesse caso, a execução será precedida de liquidação de sentença, no juízo cível competente, nos moldes do art. 475-A a 475-H do CPC, devendo o credor iniciar o processo

⁶⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, 15.1.2005, Aci nº 7596/2004, Rel. Adriano Celso Guimarães, *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 7, 2005, p. 265.

⁶⁶ A Lei nº 10.358/01, dando nova redação ao art. 584 do CPC, fez nele inserir a sentença arbitral como título executivo judicial. Todavia, o art. 584 foi totalmente revogado pela Lei nº 11.232/05, como se lê em seu art. 9º.

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. São Paulo: Forense, 2006. p. 151.

mediante citação do devedor para acompanhar a definição do *quantum debeatur*.

13. EMBARGOS DO DEVEDOR PREVISTOS NA LEI DE ARBITRAGEM

Mesmo que não proposta a demanda anulatória da sentença arbitral no prazo legal não se encerra ao vencido todas as oportunidades de ataque à decisão proferida pelo árbitro.

O art. 33, § 4º, da LA, estabelece que: “A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme artigo 741 e seguintes do CPC, se houver execução judicial”.

Até o advento da já citada Lei nº 11.232/05, a LA disciplinava os chamados embargos à execução fundado em sentença. Contudo, uma das reformas da Lei nº 11.232/05 foi a eliminação dos embargos do devedor, executado por força de título executivo judicial.

Assim, a remissão feita pela LA ao art. 741 do CPC fica um tanto sem sentido, já que o preceito passou a regular matéria de exclusivo interesse da Fazenda Pública (embargos à execução contra a Fazenda Pública), quando executada. Via de consequência, ao devedor, quando citado para o cumprimento da sentença arbitral, resta a interposição de impugnação sem efeito suspensivo, em regra.⁶⁸

Dessa forma, pode-se concluir que o início do processo de execução continua a abrir em favor do executado novas oportunidades de ataque à sentença arbitral, seja por meio de impugnação, após a realização da penhora; embargos, atualmente privilégio da Fazenda; ou, ainda, de exceção de pré-executividade.

Resta saber, ainda, qual a matéria que serve de fundamento à impugnação.

Anteriormente, quando ainda havia a possibilidade da utilização dos embargos à execução, a doutrina era pacífica no sentido de permitir ao executado trazer à baila toda a matéria contida no art. 32 da LA.⁶⁹ Nesse sentido, no que toca à matéria a qual podia ser arguida em sede de embargos, Carmona afirmava que

Havendo execução, continuará aberta ao vencido a via dos embargos do devedor, onde poderá este, além das matérias do art. 741 do Código de Processo Civil, alegar também qualquer um dos vícios relacionados no art. 32 da Lei. As matérias do art. 32 da Lei somam-se, portanto, àquelas estabelecidas no art. 741 do Código de Processo Civil, ampliando consideravelmente os temas sobre os quais versará a defesa do credor.⁷⁰

De modo diverso, com a nova fórmula de ataque aos títulos executivos judiciais, a doutrina atual procura restringir o teor da impugnação às hipóteses previstas no CPC.

Seguindo este entendimento, Paulo Salvador Frontini assevera que

A ampliação do objeto da impugnação é contrária aos objetivos da reforma processual, que visou, dentre outras preocupações, valorizar o título

⁶⁸ A impugnação não terá efeito suspensivo, salvo se invocado motivos relevantes que justifiquem a suspensão do processo de execução (possibilidade de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação – art. 472-M do CPC).

⁶⁹ Note-se que era pacífico o entendimento de que se os embargos fossem opostos depois de 90 dias de proferida a sentença arbitral, não mais poderia a parte apresentar como defesa as matérias previstas no art. 32 da LA, se, dentro deste prazo, não tivesse, também, ajuizado ação de anulação da sentença arbitral.

⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 278.

executivo judicial, inclusive a sentença arbitral. Afinal, se o devedor se considera ao abrigo das hipóteses que autorizam o ajuizamento de ação de nulidade deve fazê-lo; deve tomar a iniciativa de postular em juízo, como autor, a invalidade da sentença arbitral, ao invés de quedar na espera do ingresso do credor em juízo, com a ação de cumprimento de sentença arbitral.⁷¹

No mais, é possível ir mais além e dizer que nem todas as hipóteses previstas nos incisos dos arts. 475-L e 741 do CPC são hábeis a fundamentar o ataque (via impugnação ou embargos) contra a sentença proferida pelo árbitro.

Com efeito, ao analisar a aplicabilidade dos motivos prescritos nos arts. 475-L e 741 do CPC, poder-se-ia concluir que apenas o inciso I de ambos os artigos são capazes de fulminar a sentença arbitral. Clávio de Melo Valença Filho corrobora a assertiva afirmando que

A maior parte das hipóteses contidas nos referidos dispositivos, quando concretizadas, deixam incólume a sentença arbitral, seja porque significam a extinção do crédito nela contido – o que pode ocorrer v.g., pelo adimplemento ou transação – seja porque atingem apenas o processo de execução, como é o caso da sentença ilíquida ou inexigível.⁷²

Isto posto, somente os incisos I dos arts. 475-L e 741 do CPC descrevem hipóteses fáticas que aniquilam a sentença arbitral. Trata-se de oposição fundamentada na ausência de citação do réu condenado na sentença que serve de base a execução. Enfim, ajuizada a execução da sentença arbitral, resta ainda a interposição de embargos, no caso de a executada ser a Fazenda Pública, e impugnação (perante o Poder Judiciário, é óbvio) com fundamento nas hipóteses previstas no art. 741, inc. I e 475-L, inc. I, ambos do CPC.

14. HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

O art. 34, parágrafo único, da LA, considera sentença arbitral estrangeira toda aquela decisão proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral fora do território nacional. Portanto, para buscar a definição de sentença arbitral estrangeira, o legislador brasileiro adotou uma solução territorialista⁷³, baseando-se apenas e tão-somente no local onde o laudo será proferido. Nesse sentido é a lição de Carmona:

Será nacional a sentença arbitral se o laudo for proferido no território nacional [...]; será estrangeiro o laudo arbitral se proferido fora do território nacional, ainda que sejam as partes brasileiras, resolvendo controvérsia decorrente de contrato celebrado no Brasil e que aqui deva ser cumprido.⁷⁴

⁷¹ FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral: apontamentos sobre os reflexos da Lei nº 11.232/05 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, p. 86, set. 2006.

⁷² VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Sentença arbitral e juízo das execuções. In: SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, n. 87, AASP, São Paulo, p. 38, set. 2006.

⁷³ Não custa ressaltar que o legislador francês diz que é internacional a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional (art. 1.492 do CPC francês).

⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 282.

No entanto, em razão da soberania nacional, a sentença estrangeira não possui a mesma eficácia das decisões nacionais, sendo necessário, mais uma vez, a intervenção do Estado-juiz para que adquira eficácia em todo o território nacional. Por essa razão, a sentença arbitral proferida fora do território nacional “não adquire eficácia extraterritorial automática, sujeitando-se a mecanismo de incorporação (homologação) na ordem interna”.⁷⁵

Segundo lição de Cachapuz,

O sistema jurídico brasileiro reconhece eficácia à sentença estrangeira, sem reexame de mérito, apenas verificando a ocorrência de certos requisitos para que possa produzir, no Brasil, os efeitos que lhe foram conferidos no ordenamento de origem e para que não fira a ordem nacional.⁷⁶

É o que preceitua o art. 34, *caput*, da LA:

A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno, e na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

O reconhecimento consiste em atribuir à sentença arbitral estrangeira valor igual àquele que tem uma decisão proferida em território nacional, impedindo, assim, nova discussão sobre a matéria (efeitos da coisa julgada).

Já a execução apresenta-se como nítido caráter coercitivo, na medida em que permite a parte interessada requerer ao tribunal judicial a utilização dos meios coativos necessários à satisfação do direito reconhecido na decisão.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, a competência para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras passou do STF para o âmbito do STJ, conforme nova redação dada ao art. 105, inc. I, alínea “i”, da CF.

O pedido de homologação será dirigido ao presidente do STJ através de petição inicial que, além de obedecer aos requisitos do art. 282 do CPC, deverá estar acompanhada pela sentença arbitral bem como pela convenção de arbitragem (art. 37, I e II, da LA).

Nos termos do art. 36 da LA, o procedimento a ser adotado será regulado pelos arts. 34 a 40 da LA, aplicando-se, no que couber, o disposto nos art. 483 e 484 do CPC devendo ser observado, ainda, as normas do Regimento Interno do STJ. Somente quando o réu demonstrar uma das hipóteses previstas nos arts. 38 e 39 da LA é que o STJ poderá denegar a homologação da sentença arbitral estrangeira.

É inexistente a sentença estrangeira proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral antes de ser homologada pelo STJ. Assim, somente após a homologação é que a sentença estrangeira pode ser apresentada à execução, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para a satisfação do direito do vencedor caso a outra parte não cumpra espontaneamente a decisão.

Na verdade, conforme prevê o art. 484 do CPC, o título executivo é a carta de sentença

⁷⁵ Cf. COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 93.

⁷⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 222.

extraída dos autos da homologação e o procedimento obedecerá as regras estabelecidas para a execução de sentença nacional da mesma natureza.

Finalmente, em tais hipóteses, a competência para o processamento da execução é dos juízes federais de primeiro grau de jurisdição, nos termos do art. 104, inc. X da CF.

15. CONCLUSÃO

Em virtude da praticidade de seu procedimento, somente vantagens há na opção pela arbitragem, máxime se os interessados estabelecerem, na convenção de arbitragem, o processo de escolha dos árbitros ou adotarem as regras de um órgão arbitral institucional. Desta forma, evita-se a tão congestionada via estatal.

No presente trabalho, restou demonstrada a constante atuação e auxílio do Poder Judiciário ao longo do procedimento arbitral. Não obstante a convenção de arbitragem retirar do Estado-juiz a competência para a apreciação do mérito da causa, verifica-se que em diversos momentos a jurisdição privada entra em contato com a jurisdição estatal, estabelecendo-se, assim, uma verdadeira simbiose entre o Poder Judiciário e a arbitragem.

Com efeito, tendo o Estado reservado para si os poderes de *imperium*, em diversas passagens a própria Lei nº 9.307/96 prevê hipóteses em que o árbitro se vê obrigado a pedir o auxílio do juiz togado, para que possa cumprir seu mister com maior efetividade.

Desse modo, verifica-se a atuação do Poder Judiciário já no início do processo arbitral, em caso de uma das partes recusar-se a instituir o juízo arbitral e em se tratando de cláusula compromissória vazia.

Por outro lado, o Estado-juiz é frequentemente instado a auxiliar o árbitro em alguns atos endoprocessuais, tais como: quando da oposição de exceções; em caso de ser necessária a explicitação de alguma questão disposta na convenção ou em caso de questão prejudicial; para o deferimento de medidas cautelares e tutelas de urgência.

Outra importante intervenção do Poder Judiciário na arbitragem ocorrerá em caso de uma das partes pretender a anulação da sentença proferida pelo árbitro ou em caso de ser necessário o cumprimento forçado da sentença arbitral (execução da sentença) ou, ainda, para o reconhecimento e execução da sentença arbitral proferida fora do território nacional.

Como se vê, os que optam pelo processo de arbitragem acham-se protegidos pelo superior pronunciamento do Poder Judiciário, não subsistindo mais as dúvidas iniciais daqueles que, por equívoco, arguíam a sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que a Lei nº 9.307/96 feriria princípios constitucionais como o da inafastabilidade do controle judicial (CF, art. 5º, XXXV), o da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LVI), o da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF, art. 5º, LV), o que proíbe a criação de juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), além do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LV).

Importante esclarecer, ainda, que o Judiciário não deve ser tido como órgão de fiscalização do juízo arbitral. Não há uma relação de supervisão entre as duas jurisdições e sim de colaboração. Em suma, como já apontado no decorrer do trabalho, órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes de distribuição da justiça.

Enfim, caminhando os dois juízos de forma harmônica, com a complementação e o

suporte do Judiciário na arbitragem, a satisfação é geral. A sociedade tem à sua disposição um meio alternativo eficaz de solução de litígios e o Estado se vê livre de vultuosos processos que, por sua elevada complexidade e alto custo, provavelmente abarrotariam Poder Judiciário.

16. ABSTRACT:

The arbitration is the institute through which the parts of a juridical relationship, by the arbitration convention, choose one or more partners entrusting them the mission of giving solution to a conflict existent or that eventually comes to appear. It is treated of an alternative way of solution for conflicts concerning available patrimonial rights that the jurisdictionary dies can choose to escape of the crisis that now blemishes the Judiciary Power. Even though it has as one of their main characteristics the extrajudiciality, in elapsing of the process by arbitration, the arbiter, lacking of the imperium powers, can be forced to look for the force of the sword of the Judiciary Power to cash execution of his activity jurisdictional, establishing, like this, a true cooperation relationship among the two jurisdictions. This way, in several moments the jurisdiction by arbitration and the state-owned company get in contact.

Key Words: arbitration; Judiciary Power; contact points.

17. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Alberto de. *Processo arbitral*. Minas Gerais: Del Rey, 2002.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, nº 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.
- _____. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Servanda, 1999. v. 1.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Manual de arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.
- FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Minas Gerais: Del Rey, 1995.
- FURTATO, Paulo; BULOS Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais – 10 anos de jurisprudência. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba-MG, v. 9, n. 11, p. 143-153, Nov. 2006.
- _____. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 106, 2002.
- _____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

- GUERREIRO, José Alexander Tavares. *Fundamentos da arbitragem no comércio internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MAGALHÃES, José Carlos; BATISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. São Paulo: Forense, 1999.
- NAZO, Georgette Nacarato. Arbitragem: um singelo histórico. *Revista do Advogado – AASP*. São Paulo, nº 51, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1995.
- _____.; NERY Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil e legislação processual extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- REINALDO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 743, 1997.
- SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário: lei 9.307/96: mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Lia Justiniano dos; LEMES, Selma M. Ferreira (Coords.). *Revista do Advogado*. Arbitragem e Mediação. Ano XXVI, nº 87, AASP, São Paulo, set. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996.
- _____. *Contratos internacionais de comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 735, 1997.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2006.
- _____. *Curso de direito processual civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.
- VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro: lei nº 9.307/96*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.



AS DIFERENTES FORMAS DE SILÊNCIO NO TEXTO LEGAL E SEUS SENTIDOS

Irma Beatriz Araújo Kappel¹

RESUMO

Este estudo empreendeu uma reflexão acerca dos fatores sócio-históricos e ideológicos que constituem os sentidos do Discurso Institucional Legal. Para isso, efetuamos o cotejo entre os preâmbulos das Constituições Federais que regulamentaram ou silenciaram-se, a partir da hipótese de que, antes da elaboração final do texto jurídico, há um jogo político para o seu estabelecimento ao dizer ou ao silenciar. Sustentada na Análise do Discurso de linha francesa, a partir de uma análise qualitativa, considerando a presença de outros discursos, discutimos o processo de constituição das vozes (polifonia – percebida a partir das marcas de heterogeneidade e dos silêncios) nos enunciados, e dos sentidos (polissemia percebida a partir dos enunciados, dos silêncios e paráfrases) na identificação das formações discursivas e ideológicas. A análise procurou demonstrar que o Discurso Institucional Legal se inscreve em formações discursivas e ideológicas conflitantes, sobrepondo o dizer dos dominantes na elaboração conceitual e teórica que serve para instrumentalizar instituições e grupos privilegiados. Conhecer parte do discurso institucional legal, possibilitar-nos-á compreender um pouco mais a sociedade em que vivemos, da mesma forma que, ao analisar a sociedade, poderemos entender os discursos que nela são produzidos.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso. Polifonia. Silêncio. Paráfrase. Polissemia.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Fundamentação teórica – 3. (Re) Construção histórica das constituições – 4. Buscando outras significações para o texto constitucional – 5. Considerações finais – 6. Abstract – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

*Dura lex, sed lex*² – um ponto final ou uma interrogação?

Este trabalho tem por objetivo discutir as diferentes formações discursivas nas diferentes formas de silêncio em textos legais, enfocando aspectos linguísticos, sociais, econômicos, políticos, históricos e ideológicos em parte das Constituições Brasileiras. Para isso, efetuaremos o cotejo entre os Preâmbulos da Constituição de 1988 e as anteriores que

¹ Doutora em Letras – Linguística e Língua Portuguesa, UFTM – Uberaba MG.

² Diz o Código de Ética do Direito que o advogado não tem paixão nem preconceito. As regras existem para ser aplicadas objetivamente. *Dura lex, sed lex*. No entanto, o Direito é uma ciência humana, não meramente técnica. Conhecer e dominar o Direito não se resume ao conhecimento das normas, dos ordenamentos jurídicos” (CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso - o poder da linguagem nos tribunais de júri*. Guarulhos: Max Limonad, 2001, p.15).

enunciam e silenciam-se em diferentes formas, para verificarmos a hipótese de que, antes da elaboração final do texto legal, há um jogo político para o seu estabelecimento.

Procuraremos mostrar que a interpretação do texto legal necessita do concurso de outras disciplinas, sobretudo da Análise do Discurso³ a qual, segundo Pechêux (1990), visa a apreender o discurso como um processo. Para isso, indagaremos as condições de produção por partirmos do pressuposto de que o discurso é determinado pelos fatores sócio-histórico e ideológico que o constituem.

Assim como os estudos da linguagem, a Ciência Jurídica perdeu suas posturas tradicionais e positivistas nos últimos decênios. A concepção de uma ciência neutra e objetiva cede lugar à concepção de uma ciência marcada pela provocação constante de tensão - na elaboração, no entendimento e na execução e pelo conflito das normas, as quais, em alguns casos, utilizam-se de uma linguagem suscetível à vagueza e à ambiguidade.

Para isso, foi fundamental a consideração do papel do social e histórico na redefinição do objeto dessas duas áreas. Retomando a citação de Franchi, Geraldi afirma que

[...] a língua enquanto sistema simbólico torna-se significativa por remeter a um sistema de referências, produzido nas relações interativas que, por seu turno, situam-se numa determinada formação social e são por esta marcadas. Daí compreender a linguagem como trabalho constitutivo dos sistemas de referências e dos sujeitos cujas consciências se formam precisamente pelo conjunto de categorias que vão incorporando, enquanto signos, nos processos interlocutivos de que participam.⁴

Uma vez considerado o discurso institucional legal como um lugar de conflito, o texto legal deve ser compreendido e estudado a partir de uma visão da Análise do Discurso, que vê a linguagem como uma atividade constitutiva, uma forma de ação entre os homens (persuasão e convencimento). A inscrição do discurso legal apresenta, na realidade sócio-histórica, a instituição de valores, crenças, comportamentos, atitudes e conceitos nos quais se encontra presente o modo de produção de (seus) sentidos que são assumidos pela sociedade.

Acreditamos que a Análise do Discurso permitir-nos-á uma visão diferenciada desse tipo de texto, pois ela nos possibilita a análise das diferentes formações discursivas em que se circunscreve a Ciência Jurídica, e das condições de produção do seu discurso, na medida em que busca a determinação do sentido que se produz no campo social, histórico, político e ideológico, além do linguístico.

Por ser definida doutrinariamente, a Constituição Brasileira, uma lei que pertence a um gênero discursivo tido como um preceito comum e obrigatório, a partir de sua promulgação e de sua publicação, que a torna conhecida, consideraremos esse discurso institucional legal como uma prática, o que Foucault (1995) entende por um conjunto de regras históricas, anônimas, sempre determinadas que, numa época e lugar, definem a instância enunciativa.

É por meio da linguagem que o texto legal se constitui. Ora, a linguagem é uma forma de ação entre os indivíduos em seu meio social, assim, esse texto delega poder para que uma pessoa possa agir sobre a outra, ou um grupo possa agir sobre o outro, por meio da ação

³ Optamos por realizar nossos estudos na Análise do Discurso de linha francesa – AD.

⁴ GERALDI, João Wanderley. *Portos de Passagem*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 13-14.

linguística. Inserida no contexto sócio-histórico do indivíduo, a linguagem é um lugar de confronto ideológico, que se estabelece por essa propriedade que um discurso pode ter de exercer influência sobre o “sujeito-destinatário”. Essa relação de linguagem-poder é enfatizada por diversos autores, entre os quais, Barthes⁵: “o poder é o parasita de um organismo trans-social, ligado à história inteira do homem [...]: a linguagem”.

Bakhtin (1998) também resgata para o estudo da linguagem, o aspecto ideológico da palavra, mostrando que ela não é um dado natural, acabado, mas que se constitui em um processo repleto de significações que interagem na comunicação.

Partiremos dos conceitos de Estado, Direito, Legislação e das relações entre eles, depois, refletiremos acerca de alguns princípios da AD (que extrapola a Linguística ao considerar o quadro das instituições em que o discurso é produzido; os embates históricos, sociais, ideológicos; e o espaço que cada discurso configura para si mesmo no interior de um interdiscurso). A seguir, compararemos os Preâmbulos das Constituições para perceber as ideologias e as contradições presentes no texto constitucional, demonstrando como são construídas as identidades da instituição que produz o texto e como isso afeta a sociedade.

Para isso, efetuiremos uma pesquisa em textos que analisam historicamente a época em que as Constituições foram escritas e, posteriormente, faremos uma análise de nosso *corpus* (o silêncio por excesso ou por ausência nos Preâmbulos de todas as Constituições Federais e Emenda Constitucional/69) para uma análise linguística e discursiva.

A investigação a ser desenvolvida neste estudo se justifica pelo fato de que, no Brasil, poucos estudos têm tratado, numa perspectiva discursiva, da evidência dos recursos linguísticos, usados pelo Estado, na materialidade da legislação, mediante seu expediente jurídico-discursivo. Esse expediente, além de seus objetivos normativos, está eivado de sentidos que traduzem os significados desses objetivos em sua materialidade histórica e política. Com a realização deste estudo, poderemos preencher essa lacuna nos estudos discursivos de textos jurídicos.

Além disso, este estudo permitirá que se tragam à luz, mediante um olhar crítico sobre os enunciados representativos de um Discurso Institucional Legal⁶, os discursos nem sempre explícitos e frequentemente contraditórios que se encontram num texto legal. Por meio da análise discursiva, poderemos ainda perceber como a realidade é ideologicamente representada.

Julgamos ser importante focar esse discurso institucional legal, pois a sociedade brasileira se fundamenta, organiza-se e tem sua sustentação no arcabouço normativo erigido pelo Estado Democrático do Direito, tendo, por princípio, as prescrições Constitucionais. No entanto, entendemos, inicialmente, que esse discurso faz parte de um discurso dominante, produzido por agentes políticos que representam a ideologia e o interesse de determinado grupo ou classe social, o que Ricoeur (1990) denomina de *função de dominação*, ligada aos aspectos hierárquicos da organização social, em que toda autoridade procura legitimar-se.

Para a análise dos textos legais, enfocaremos a polifonia, os silêncios, a paráfrase

⁵ BARTHES, R. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1978.

⁶ SANTOS, João Bôscio C. *Por uma teoria do discurso universitário institucional*. 2000. Tese (Doutorado)- UFMG, Belo Horizonte, 2000.

e a polissemia. Partiremos das pré-categorias do nível linguístico (algumas marcas regulares do ponto de vista semântico e lexical) e daquelas pertencentes ao nível discursivo (heterogeneidade mostrada e constitutiva e interdiscursos).

Investigaremos se esse relacionamento produz a sobremodalidade, ou seja, a interferência de uma modalidade discursiva em outra, tendo em vista que os linguistas da AD defendem que os discursos só adquirem significação plena na sua relação uns com os outros, isto é, nos “interdiscursos”. A separação em tipos é metódica, pois os discursos são interdependentes e se interagem constantemente. Como lembra Maingueneau⁷ em uma citação de Borel, “[...] um discurso não é delimitado à maneira de um terreno, nem é desmontado como uma máquina. Constitui-se em signo de alguma coisa, para alguém, em um contexto de signos e de experiências”.

Nosso principal objetivo a ser alcançado com este estudo é apontar algumas especificidades do texto legal enquanto configuração da polifonia nos dizeres e nos silêncios, por meio da paráfrase e da polissemia como procedimentos de instauração de heterogeneidade.

Para alcançar esses objetivos, faremos uma pesquisa qualitativa, pois analisaremos textos já produzidos e veiculados, seguindo uma metodologia de acordo com a natureza dos elementos em investigação e do objeto a ser analisado.

Pretendemos fazer a análise desse *corpus* específico baseando-nos, principalmente, em análises de paráfrases, tentando perceber o igual, o homogêneo; o diferente, o heterogêneo e o polissêmico nesse discurso institucional legal, devido às estratégias discursivas de aliança e combinação de diferentes formações discursivas. O conceito de heterogeneidade “constitutiva” e “mostrada” de Authier-Revuz⁸ conduzirá ao exame do papel exercido pelo interdiscurso no intradiscurso, revelando a polifonia.

Para a constituição dos sentidos, discutiremos a participação dos silêncios seguindo as duas categorias definidas por Villarta-Neder⁹:

(1) ausência, que representa o não-dizer, e (2) excesso, que compreende a sobreposição que a palavra instaura sobre o silêncio ou sobre outras palavras. Essas relações dialéticas e complementares fazem do silêncio, mais que um apagamento de vozes do discurso, um procedimento de instauração da heterogeneidade.

O enfoque deste trabalho aceita as contradições que regem o ser humano, para que não se perca de vista o homem em sua realidade complexa de ser ideológico, histórico, social, cultural e político. Sendo assim, é imprescindível a concepção de linguagem enquanto discurso, que caracteriza e marca o homem. É com a linguagem que constituímos os sistemas de referência,

⁷ MAINGUENEAU, D. *Novas Tendências em Análise do Discurso*. 2. ed. Campinas: Pontes. (trad. de Nouvelles tendances en analyses du discours), 1993, p. 34.

⁸ AUTHIER-REVUZ, J. “Hétérogénéité montrée et hétérogénéité constitutive: éléments pour une approche de l’autre dans le discours”. *DRLAV*, Paris, v. 26, p. 91-151, 1982.

_____. Heterogeneidade(s) enunciativa(s). *Cadernos Est. Linguísticos*, Campinas, n.19, p.25-42, 1990.

_____. Falta do dizer, dizer da falta: as palavras do silêncio. In: ORLANDI, Eni. (org.) *Gestos de Leitura*. Da História do discurso. Campinas: Pontes, p. 253-276, 1994.

⁹ VILLARTA-NEDER, Marco Antonio. *Os movimentos de silêncio: espelhos de Jorge Luís Borges*. 2002. Tese (Doutorado)- UNESP, Araraquara, 2002, v. V.

através dos quais fazemos a leitura da vida e construímos nossa própria história.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Analisar o discurso é fazer desaparecer e reaparecer as contradições; é mostrar o jogo que jogam entre si; é manifestar como podem exprimi-las, dar-lhes corpo, ou emprestar-lhes uma fugidia aparência (FOUCAULT).

2.1 Algumas Abordagens Preliminares

Para a realização deste trabalho, alguns pressupostos teóricos são fundamentais para definir os parâmetros básicos de análise. Acreditamos que é num movimento constante de retorno entre o teórico e sua aplicação prática que será melhor esclarecido o fenômeno da linguagem humana como prática social.

Como analisaremos os Preâmbulos das Constituições Federais, as quais, de acordo com Leonardo Filho¹⁰, constituem “um verdadeiro instrumento político, antes mesmo de ser um meio jurídico da disciplinação da vida em sociedade”, faz-se necessário um autêntico inter-relacionamento do Direito com os estudos da Linguagem.

A princípio, precisaremos formular alguns conceitos do trinômio Estado, Direito e Legislação. Com bases e fundamentos na epistemologia jurídica, utilizaremos constructos teóricos de Reale (1993, 1994, 1995), opositor à teoria kelseana (1991, 1992), que aborda o Direito nos seus aspectos axiológicos, sociológicos e normativos.

Entendemos que, ao deixar à sociologia a análise do teor político-social e à filosofia, o teor axiológico/valorativo, Kelsen abre uma lacuna que foi preenchida por Reale que postula o fenômeno Direito por meio de três aspectos distintos entre si e inseparáveis: o axiológico (que envolve o valor de justiça), o fático (que trata da efetividade social e histórica) e o normativo (que compreende o ordenamento, o dever-ser).

Outro ponto a ser definido é a linguagem. Recentemente, defrontamo-nos com uma transição epistemológica no campo da ciência linguística que ultrapassa os limites da linguística propriamente dita. A Análise do Discurso visa à análise das diferentes formações discursivas e de suas condições de produção, extrapolando o campo linguístico, na medida em que busca a determinação do sentido também no campo sócio-histórico e psicanalítico.

O valor de Saussure (1971), na revolução linguística, é reconhecido por todos, mas certas limitações como a exclusividade da língua (objeto único da Linguística) e o esquecimento dos fenômenos ligados ao ato de fala e à enunciação fizeram com que suas idéias fossem questionadas por outros autores. Bakhtin (1998) partiu do mesmo princípio de que a língua é um fato social, mas vai além daquele, ao percebê-la como algo concreto: “A matéria linguística é apenas uma parte do enunciado, existe também outra parte, não-verbal que corresponde ao contexto da enunciação”.

¹⁰ LEONARDO FILHO, Luiz Sérgio. Linhas Gerais sobre a Pragmática da constitucionalização do poder. *Cadernos de Direito Constitucional e Política*. São Paulo: Parma, Ano 4, n. 5, abril-junho, 1996, p. 116.

Benveniste (1989), ao estabelecer a oposição entre uma linguística das formas e da enunciação, admite a subjetividade da enunciação, mas apenas como um processo de apropriação da língua e não como um processo de constituição como admitem Franchi¹¹, Possenti¹² ou Gerald¹³. Baseados nesses autores, consideraremos, neste trabalho, as noções de linguagem como atividade constitutiva, uma forma de atuação sobre o outro, sobre o mundo e não uma simples representação ou uma forma de comunicação.

A visão da linguagem enquanto processo social de criação realizado a partir da enunciação desconstrói os pressupostos de duas orientações fundamentais do pensamento filosófico-linguístico: o objetivismo abstrato e o subjetivismo idealista. A língua compreendida como sistema, como estrutura, passa a ser vista como processo, história; deixa de ser produto da enunciação isolada, para ser apreendida enquanto uma interação verbal na prática social do homem.

Esse avanço dos estudos linguísticos abre espaço para um estudo interdiscursivo dos diversos textos. A partir do momento em que o objeto da Linguística se expande e se torna mais complexo, o discurso questiona a concepção de língua definida por Saussure.

A partir dessas mudanças, o enunciável é visto exteriormente à matéria linguística, e as Teorias do Discurso conseguem abordar as condições de produção dos enunciados, trazendo para a reflexão acerca da linguagem a história como dimensão social, colocando também a própria ciência como fenômeno histórico, social e ideológico, num grande avanço.

Para Marx e Bakhtin, a ideologia não decorre de representações mentais individualizadas e separadas do real, pois a consciência deve ser definida sociologicamente.

O aspecto ideológico da palavra, justamente porque ela se constitui em um processo repleto de significações que interagem na comunicação social, foi resgatado por Bakhtin¹⁴:

A palavra é o fenômeno ideológico por excelência. A realidade toda é absorvida por sua função de signo. A palavra não comporta nada que não esteja ligado à sua função, nada que não tenha sido gerado por ela. A palavra é o modo mais puro e sensível de relação social.

A palavra é uma “das formas ideológicas”, segundo Bakhtin, da comunicação semiótica; é um dos veículos de produção da realidade material e não apenas o reflexo das visões sociais de mundo.

O texto institucional legal é constituído por palavras selecionadas para veicular uma realidade material. Como a complexidade de uma luta política se instaura em qualquer disputa pelo poder, esse tipo de texto explicita os valores, as idéias e as representações tidas como universais, as quais, porém, tentaremos mostrar que são próprias de certos grupos sociais. Os órgãos institucionais (Aparelhos de Estado, conforme Althusser, 1980) compreendem, em suas

¹¹ FRANCHI, Carlos. Linguagem: Atividade Constitutiva. *Almanaque – Cadernos de Literatura e Ensaio*, São Paulo: Brasiliense, p 9 – 27, 1977.

¹² POSSENTI, S. *Discurso, estilo e subjetividade*. São Paulo: Martins Fontes, Cap. VI, 1988.

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ *Op. cit.*, p. 36.

estruturas hegemônicas, formações sociais antagônicas que se materializam em processos de interpelação distintos. Nas instituições tidas como neutras, o caráter pode ser verificado, pois elas estão sujeitas à influência de quem patrocina, de quem participa.

A Análise do Discurso define a natureza dos processos discursivos e enunciativos por meio da articulação entre a Linguística e a Teoria Histórica dos processos de formações sociais. Nosso enfoque será o campo discursivo do discurso institucional legal: os Preâmbulos das Constituições Federais que enunciaram ou silenciaram .

Por “espaço discursivo”, entende-se o espaço no interior do qual é delimitado o “corpus”, segundo Maingueneau¹⁵. Nele consideraremos as esferas política e institucional legal, porque são nesses campos (e primeiro deles) que se determinam os direitos e deveres, as responsabilidades e as cobranças.

Sob o ponto de vista da intertextualidade, podemos encontrar nos textos legais um vocabulário institucional, que circunscreve uma noção complexa, a qual procuraremos mostrar, por meio do recurso linguístico da paráfrase (FUCHS,1982), ser muito mais ideológica e política do que jurídica: as leis, mesmo reformuladas, podem preservar ou omitir o interesse de classes num jogo de representações.

A paráfrase na Análise do Discurso teve grande enfoque, segundo Maingueneau¹⁶:

Desde seus inícios, a Análise do Discurso manteve uma relação essencial com a paráfrase; seja através do chamado “harrisiano”¹⁷, seja através da “análise automática do discurso” de Pêcheux, partia-se do princípio que, em uma formação discursiva, o sentido é apreendido pelo deslizamento de uma fórmula a outra, no interior de classes de equivalência: “É preciso admitir, escreve Pêcheux, que palavras, expressões e proposições literalmente diferentes podem ter o “mesmo sentido” ou no interior de uma formação discursiva dada.

As noções de polissemia e paráfrase são trazidas por Orlandi ¹⁸ como a própria condição de existência da linguagem. Para essa autora, a linguagem se constitui na tensão entre dois processos: a paráfrase e a polissemia. Aquela mantém o homem num retorno constante a um mesmo espaço dizível; esta desloca o “mesmo” e aponta a ruptura em direção à criatividade, revelando o conflito entre o institucionalizado e o que tem que se instituir. Analisaremos, também, o conceito de paráfrase proposto por Fuchs¹⁹

Em nosso caso, trabalharemos com o reconhecimento de paráfrases com situações que não coincidem: os Preâmbulos das Constituições Federais (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 (Emenda nº 1, de 1969), 1988), que foram elaborados pelos constituintes ou por imposição do representante do Estado, em momentos históricos diversos.

¹⁵ *Op. cit.*

¹⁶ *Idem. ibidem*, p. 93.

¹⁷ “harrisiano” refere-se ao trabalho de Harris (Discourse Analysis, 1952), marco inicial da AD que mostra a possibilidade de entender procedimentos da linguística distribucional americana aos enunciados (chamados discursos).

¹⁸ ORLANDI, Eni P.A. *A linguagem e seu funcionamento*. Campinas, Pontes, 1987, p. 136 - 137.

¹⁹ 1981, destacando 1982 em *La Paraphrase entre la Langue et le Discours*, 1985, 1994. “A Paráfrase: entre a Língua e o Discurso” (trad. nossa).

O texto legal tem caráter institucional e conteúdo ideológico imediato, porém, ao trabalhar com um *corpus* de diferentes textos pertencentes a um mesmo discurso – discurso institucional legal – é necessário considerar a heterogeneidade discursiva (AUTHIER-REVUZ, 1982, 1994), investigando o relacionamento entre textos (intertextualidade). Também é preciso considerar o dialogismo de Bakhtin (1998), que considera a constituição dos falantes, por meio da presença do Outro, como fundamento de toda interdiscursividade.

Por meio da Análise do Discurso, poderemos verificar a veiculação entre linguagem e ideologia e, assim, considerar o discurso enquanto acontecimento e, em nível enunciativo da heterogeneidade, a polifonia (BAKHTIN, 1998; AUTHIER, 1982).

Enquanto acontecimento²⁰:

[...] o acontecimento não é nem substância, nem acidente, nem qualidade, nem processo; não é da ordem dos corpos; não é imaterial; ele se efetiva sempre no âmbito da materialidade; ele possui seu lugar e consiste na relação, coexistência, dispersão, recorte, acumulação, seleção de elementos materiais; não é o ato nem a propriedade de um corpo; produz-se como efeito de e em uma dispersão material.

Para nós, o sentido das palavras e dos enunciados caracteriza-se pela opacidade, é determinado pelas posições ideológicas no processo sócio-histórico, não sendo evidente nem existindo em si mesmo.

Entendemos que o processo de produção de sentido também está relacionado com o silêncio, pois o dizer e o silenciar andam juntos: “o silenciamento (política do silêncio) é a prática de processos de significação pelos quais, ao dizer algo, apagamos necessariamente outros sentidos possíveis, mas indesejáveis, em uma situação discursiva dada”²¹.

Além disso, por meio do silêncio ou apagamento, o locutor pode anular a heterogeneidade do discurso, forjando sua homogeneidade, por meio de manobras discursivas.

Por tudo isso, partiremos da concepção de que a linguagem é o lugar do confronto, do enfrentamento, por excelência, uma vez que as formações ideológicas concretizam-se nas formações discursivas. Assim sendo, será por meio da linguagem que a ideologia se manterá.

2.2 Estado, Direito e Legislação

Democracia não é, como querem os liberais, o regime da lei e da ordem. Democracia é o único regime político no qual os conflitos são considerados o princípio mesmo do seu funcionamento (MARILENA CHAUI).

Dentro das concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do conhecimento jurídico, salientaremos dois posicionamentos que se contrapõem: o de Kelsen (1992), com o racionalismo dogmático ou normativista jurídico que tem como objeto específico a

²⁰ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, (trad. L'Ordre du discours), 1971, p. 57.

²¹ ORLANDI, Eni. Silêncio e implícito. In: GUIMARÃES, Eduardo. *História e Sentido da Linguagem*, Campinas: Pontes, 1989, p. 40.

norma jurídica, retirando de seu âmbito qualquer análise de aspectos fáticos ligados ao Direito e de aspectos valorativos; e o de Reale (1995), que nos apresenta o culturalismo jurídico com a Estrutura Tridimensional do Direito. Este artigo adota os fundamentos desta última teoria, por entender que a ciência do Direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa.

Consideraremos o Estado como percebe o filósofo italiano Bobbio²² como um elemento da constituição social na dimensão jurídico-política da sociedade:

As teorias meramente jurídicas do Estado, condenadas como formalistas, foram abandonadas pelos próprios juristas. Com isso, recuperaram rigor os estudos de sociologia política, que têm por objeto o Estado como forma complexa de organização social (da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos).

Esse autor considera o Estado não como algo alheio ou sobreposto à sociedade, mas como um elemento constitutivo do social, a dimensão jurídico-política da sociedade, o que vale dizer que “A sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado à parte”.²³

Para o sentido da palavra Direito, Reale²⁴ apresenta a Estrutura Tridimensional do Direito, a qual aponta três aspectos básicos:

[...] um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); uma aspecto fático (o Direito como um fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um axiológico (o Direito como valor de Justiça).²⁵

Para essa teoria Tridimensional, no fenômeno jurídico, há três fatores coexistentes: fato, valor e norma. Isso faz com que o Direito resulte da interação dinâmica e dialética desses três elementos que o integram e não como compartimentos estanques e independentes: “Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”.²⁶

Diferentemente de Kelsen, Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, a partir de uma metodologia própria, de caráter dialético em termos de complementaridade e não oposição, considera como elementos essenciais do Direito, o fato, o valor e a norma que são, ao mesmo tempo, ingredientes históricos constituintes da experiência jurídica e categorias epistemológicas.

Esta investigação se ocupa especificamente do texto constitucional referente à educação, o qual só tem existência em um contexto de normas com relações particulares entre si. Consideramos que “o Direito não é a norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas

²² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Por uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1995, p. 57.

²³ *Idem. ibidem*, p. 61.

²⁴ *Op. cit.*, 1995, Capítulo VI, p. 59-68.

²⁵ *Idem. ibidem*, p.65.

²⁶ *Idem*, p. 67.



com as quais forma um sistema normativo”.²⁷

É por meio da lei que o Estado se condiciona a realizar as intervenções, no sentido de provocar alterações na situação social. As mudanças nas Constituições (no discurso da história temos sete, além das Emendas e Atos que as alteraram) ocorreram para satisfazer as variantes necessidades da intrincada e complexa vida social. Trata-se das fontes do Direito, ou seja, dos atos ou fatos dos quais emana a produção de normas jurídicas, fatores dos quais o ordenamento jurídico faz depender tal produção.

É por meio da lei também, que o Estado apresenta à sociedade a predeterminação dos modos de conduta. No Estado Democrático de Direito, a lei não deve restringir-se à esfera normativa, mas exercer sua influência na realidade social e ser por essa influenciada:

[...] o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.²⁸

É importante destacar que muitas Constituições na história brasileira foram desrespeitadas por não termos garantido, em nossa vida política, o Estado Democrático do Direito. A Lei Magna simplesmente se tornou “letra morta” em alguns períodos históricos.

Neste trabalho, consideraremos o Estado como sendo uma complexidade social organizada, isto é, uma ordem constituída e ao mesmo tempo constituinte de várias dimensões e elementos. Sendo assim, a vida social influencia e é influenciada pela organização social estabelecida juridicamente.

O Direito, nesse contexto social, é um pressuposto indispensável da vida jurídica:

É o Direito que vai promover a organização estrutural, do ponto de vista jurídico, da sociedade. E, nesse sentido, fará o papel de regulador da vida social, atuando por intermédio de um sistema de regras e normas, instituídas e garantidas pelo Estado. Portanto, o Direito representa uma das dimensões da realidade social, uma das instâncias mediadoras da organização social.²⁹

Com o avanço da democracia, surgiu, no mundo, uma crise pela qual o Direito Dogmático, o Direito Estatal passou pela impotência do Estado para regular todas as relações intersubjetivas juridicamente relevantes, existentes na sociedade. Esse fato gerou lacunas e contradições, o que fez surgir o “Direito Alternativo que, no Brasil, ocorreu em 1990, em busca de uma nova forma de ver, praticar e aplicar o Direito”,³⁰ “como uma tendência de desburocratizar o sistema estatal”.³¹ É o Direito verificado na experiência social.

²⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento político. Brasília: UNB, 1994, p. 21.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 105.

²⁹ RESENDE, Selmo Haroldo de. *A construção discursiva dos fins educativos da prisão*. 1996. Dissertação (Mestrado)-UFU, Uberlândia, 1996, p. 21.

³⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. O que é direito alternativo. Disponível em <http://www.amc.org.br/artigo01.htm>. Acesso em: 7 de outubro de 1999, p. 1.

³¹ MAIA, Alexandre da. O movimento do direito alternativo e sua influência na comarca de Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*, n. 24, 1997, p. 46.

Esse pensamento moderno não admite que o Direito se identifique tão só com a lei, nem que o Estado detenha o monopólio da produção das normas jurídicas. A alternativa tenciona priorizar o surgimento de leis mais justas, que sejam compatíveis com os anseios da população.

As leis se inserem no processo histórico-social e são extraídas da experiência de vida em sociedade, mas têm elaboração conceitual, ideológica e teórica. As leis têm a normalidade social da conduta do homem e o controle social como elementos ínsitos do ser social, e, assim, potencializam e, muitas vezes, instrumentalizam a ação de instituições ou grupos.

É da práxis social que surgem as leis: comunicações intersubjetivas normativas. Essa práxis, ao receber os influxos das ideologias e de instrumentos de burocratização, tende a tornar-se predominantemente uma técnica operativa. Por isso, a questão do conhecimento das leis exigirá uma visão de cunho sociológico-histórico-ideológico-pedagógico, além do linguístico, e, simultaneamente, uma visão de caráter crítico-prospectivo. Essa visão deverá questionar constantemente suas formas de aplicação, dado que a existência social, na qual a lei incide e decide, não é estática, mas mutável e dinâmica, é um processo, e, como tal, constitui-se gradualmente.

A Lei, entendida como um arcabouço jurídico-normativo oriundo de uma produção jurídico-social, é a materialização do Direito para organização da sociedade.

2.3 Fundamentos Teóricos da Análise do Discurso

Falar num certo estilo ou em outro é uma das armas que o locutor tem a sua disposição para passar informações que considera relevantes para a composição de sua imagem pelo interlocutor (SÍRIO POSSENTI).

Optamos por sustentar nosso trabalho na Análise do Discurso Francesa, por julgarmos ser necessário para a reflexão acerca do sentido do texto legal (que extrapola o interior linguístico) a união entre texto e história, porque ele (o texto legal) inscreve-se num quadro que articula o linguístico com o social. Para tanto, levaremos em consideração o quadro das instituições em que o discurso é produzido e que limita a enunciação, os embates históricos, sociais, ideológicos que se cristalizam no discurso e o espaço próprio que cada discurso configura para si mesmo no interior de um interdiscurso.

Nossas bases teóricas referenciais e complementares são as mesmas dos trabalhos de Análise do Discurso, mas nosso dispositivo analítico, por ser definido de acordo com os questionamentos levantados nesta pesquisa, a natureza do material analisado e a finalidade de nossa análise terá característica própria. “Embora o dispositivo teórico encampe o dispositivo analítico, o inclui, quando nos referimos ao dispositivo analítico, estamos pensando no dispositivo teórico já ‘individualizado’ pelo analista em uma análise específica”³².

Como já vimos, nosso *corpus* se enquadra em um discurso institucional legal (Preâmbulos das Constituições Brasileiras). Esse *corpus*, em princípio, poderia nos remeter à primeira

³² ORLANDI, Eni. *Análise do Discurso*. 4. ed. Campinas: Pontes, 2002, p.27.

fase da AD (1969) desenvolvida em torno de Pêcheux que tomou o fundamental do método de Harris, integrando o reconhecimento da espessura sintática da língua à busca da articulação entre o discurso e o seu “exterior”. Nesse modelo, a AD se apoiou sobre o político e a análise portou uma crítica ideológica, por se considerar um instrumento capaz de criar a cientificidade na análise das ciências humanas. Segundo Maingueneau³³ :

[...] a AD de “primeira geração”, aquela dos fins dos anos 60 e início da década de 70, procurava essencialmente colocar em evidência as particularidades de formações discursivas (os discursos comunista, socialista, etc.) consideradas como espaços relativamente auto-suficientes, apreendidos a partir de seu vocabulário.

O método harrisianiano partia da composição de um *corpus* (de um “arquivo”) que era segmentado a partir de uma palavra-chave. A análise automática analisava as sequências e separava os domínios. Montando os domínios e suas relações, o analista podia chegar ao trajeto discursivo de cada *corpus*. Buscava-se a homogeneidade com a noção de paráfrase.

Pertencente a esse período também, Robin (1997), ao descrever o método, deu uma idéia das complexas operações morfossintáticas e semânticas para chegar aos enunciados elementares e aos domínios.

Nessa primeira fase, a AD se sustentou sobre três pontos: o materialismo histórico (Marx, relido por Althusser), a psicanálise (Freud, enfocado por Lacan) e o estruturalismo não-reducionista. No entanto, a busca de uma formação discursiva idêntica, a centralização nos discursos institucionais doutrinários homogêneos e estáveis, a tomada do *corpus* independentemente dos atos de enunciação e o assujeitamento³⁴ foram frágeis na sustentação da “teoria automática do discurso”.

Por isso, grandes deslocamentos aconteceram na AD como uma reação sistemática contra a que predominava, fazendo surgir a segunda geração (AD-2), que reconhece a relação paradoxal da FD com seu “exterior”, com outras Formações Discursivas, surgindo a noção de interdiscurso e, posteriormente, a terceira fase (AD-3) na qual o discurso foi colocado sob o signo da heterogeneidade (categoria descritiva susceptível de ser retrabalhada), ocupando o lugar das categorias marxistas da contradição e do assujeitamento. Authier e Pêcheux deram grande contribuição para essa transformação, pois a noção das Heterogeneidades Marcada e Constitutiva explicita o jogo do interdiscurso no intradiscurso, o discurso do “outro”, que aparece sob formas marcadas (relatado, retomadas, reformulações, no espaço de uma “intertextualidade”) ou sem marca alguma e envia a um alhures discursivo não identificado (o espaço do interdiscurso), em que a presença–ausência de um não-dito atravessa o dito.

Apesar de nosso *corpus* aproximar-se dos *corpora* escolhidos para a análise da primeira geração da AD por pertencer a uma instituição restritiva que mantém uma relação privilegiada com a História, tentaremos, por acreditarmos não haver neutralidade nem homogeneidade nesse *corpus*, focar nossa análise a partir de outra concepção. Consideraremos a heterogeneidade (AD-3) do discurso recorrente do conceito de formações discursivas de Foucault³⁵:

³³ *Op. cit.*, 1993, p. 21.

³⁴ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. Lisboa: Presença, Martins Fontes, 1980.

³⁵ *Op. cit.*, 1995, p. 43.

No caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem, correlações, posições e funcionamentos, transformações), diremos, por convenção, que se trata de uma formação discursiva [...].

A heterogeneidade leva em consideração as formações discursivas articuladas às “condições de produção” por meio das quais obteremos o “contexto social” que circunscreve nosso *corpus* e entra no enunciado como um “constituente necessário à sua estrutura semântica.”³⁶ A essa relação entre as duas faces, social e textual, do discurso, chamaremos de “prática discursiva”.

A língua é vista, neste artigo, como um código que serve à interação, à interlocução, a partir dos lugares institucionais e/ou ideológicos que os interlocutores ocupam, em condições sócio-históricas determinadas. A seguir traremos a noção de documento-monumento que se enquadra na análise do *cópus*.

2.4 Documento/Monumento

Cientistas sociais como Le Goff, Pierre Nora, Michel de Certeau, a partir de meados dos anos 50, na França, enfocaram a história do cotidiano dos homens para a análise histórica e não apenas os fatos e datas já consagrados pela história, tendo em vista que, segundo Gaspar³⁷,

[...] os fatos históricos acontecem, porque antes de existirem enquanto acontecimento, muitos pensamentos e ações —os homens mesmo— no seu dia-a-dia, no cotidiano, estiveram presentes para que aquele acontecimento ocorresse. Assim, os acontecimentos não se dão somente pela via única dos vencedores, embora, na maioria das vezes, sejam descritos desse modo.

Dessa forma, de acordo com Le Goff & Pierre Nora³⁸, “tudo é fonte para o historiador das mentalidades” que passa a considerar certidão de casamento, romance, pintura, poema, instituição, texto legal, filme, entre outros, como documento ao receber a análise do pesquisador que lhe dá o estatuto de ciência. O documento rompe com o que parece óbvio num primeiro instante e passa a constituir o novo para recontar a história, conforme Foucault³⁹ esclarece “[...] em nossos dias, a história é o que transforma os documentos em monumentos e que desdobra, onde se decifram rastros deixados pelos homens, onde se tentava reconhecer em profundidade o que tinham sido [...]”.

Le Goff⁴⁰ considera as relações de poder determinantes para a criação e interpretação do documento:

³⁶ Mikhail Bakhtini, *Le principe dialogique*. T. Todorov, Paris, Le Seuil, 1981, p. 67.

³⁷ GASPAR, Nádia Regina. Das trilhas da história aos trilhos da Central. In: GREGOLIN, M. R. V ; BARONAS, Roberto (Org.). *Análise do Discurso: as materialidades do sentido*. São Carlos: Claraluz, 2001, p. 97-98.

³⁸ LE GOFF, J.; NORA, Pierre. *História: novos objetos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 75.

³⁹ *Op. cit.*, 1995, p. 8.

⁴⁰ LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão et al. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 1992, p. 547.

[...] o documento não é inócuo. É antes de mais nada o resultado de uma montagem, consciente ou inconsciente, da história, da época, da sociedade que o produziram, mas também das épocas sucessivas durante as quais continuou a viver, talvez esquecido, durante as quais continuou a ser manipulado, ainda que pelo silêncio.

Ao se referir à manipulação, Le Goff aproxima-se da Análise do Discurso que analisa o discurso no interior de suas condições de produção, por meio da formação discursiva que determina o que pode e deve ser dito e das condições em que foi ou não conservado como perpetuador da memória pelo poder.

Nosso *corpus* é constituído por textos legais tidos como documentos legais, mas questionamos o efeito desse documento e sua relação com a objetividade. Num sentido positivista, pensamos a escrita como um documento, mas, num sentido moderno, concordamos com a concepção de documento enquanto monumento, produzido – intencionalmente ou não – para fazer sentido, como no dizer do historiador francês, Le Goff⁴¹ “Só a análise do documento enquanto monumento permite à memória coletiva recuperá-lo e ao historiador usá-lo cientificamente, isto é, com pleno conhecimento de causa”, e da analista do discurso, Orlandi⁴²: “Os textos não são documentos que ilustram idéias pré-concebidas, mas monumentos nos quais se inscrevem as múltiplas possibilidades de leituras”.

Não olharemos o texto legal procurando somente o seu autor, mas como um documento/monumento que é a representação material do sujeito que o elaborou por meio de enunciados discursivos constitutivos nele mesmo, demarcando, assim, um determinado espaço e tempo históricos.

Nos preâmbulos dos textos legais, verificamos a autoridade fundada no próprio texto, com poder absoluto por parte do enunciador para, legitimando-se como autoridade, determinar atitudes, ações e concepções. Essa explicitação evidencia a consciência desse enunciador coletivo, de que está produzindo algo histórico.

Pelas considerações expostas acima, consideraremos nosso *corpus* como um monumento, assim caracterizado por Le Goff⁴³:

O monumento tem como característica o ligar-se ao poder de perpetuação, voluntária ou involuntária, das sociedades históricas (é um legado à memória coletiva) e o reenviar a testemunhos que só numa parcela mínima são testemunhos escritos.

2.5 Ideologia

[...] só os seres que se percebem condicionados podem deixar de ser determinados. Porque assim, nós transformamos a determinação em condicionamento (PAULO FREIRE).

⁴¹ *Op. cit.*, p. 545.

⁴² *Op. cit.*, 2002 p. 64.

⁴³ *Op. cit.*, p. 536.

Discutiremos a questão da ideologia, nos mais diversos entendimentos, especificando algumas colocações sobre o fenômeno ideológico do ponto de vista de Marx, o conceito de ideologia em Althusser, para, posteriormente, definirmos o conceito de ideologia de Ricoeur (1990) o qual julgamos ser o mais coerente com a proposta deste trabalho.

Seria um equívoco tomar a ideologia como um termo homogêneo, pois um breve olhar pelo conceito, por meio da história, já nos revela a multiplicidade de sentidos:

É difícil encontrar na ciência social um conceito tão complexo, tão cheio de significados, quanto o conceito de ideologia. Nele se dá uma acumulação fantástica de contradições, de paradoxos, de arbitrariedades, de ambiguidades, de equívocos e de mal-entendidos, o que torna extremamente difícil encontrar o seu caminho nesse labirinto.⁴⁴

Enfocar essa historicidade do conceito é fundamental para que se possa compreender a abordagem que lhe dá Chauí (1995), para quem a ideologia não significa simplesmente o “estudo das idéias”, como o enciclopedista francês Destutt de Tracy afirmava, por se basear no referencial teórico do marxismo.

É importante afirmarmos que a maior contribuição para as ciências humanas dos estudos acerca da ideologia realizados por Marx foi o resgate da práxis humana como centro criador do real, pois, a partir da “Ideologia Alemã”, a realidade e/ou o mundo em que vivemos deixou de ser considerado um dado permanente, natural e imutável.

Marx, criticando os ideólogos alemães do século XIX por acreditarem ser necessário mudar o mundo a partir da transformação das idéias e/ou do pensamento, percorre a trajetória histórica das forças produtivas e das relações de produção a elas correspondentes, como objetivo de mostrar que as idéias, a consciência, o pensamento, não são autônomos, não se constituem em instâncias apartadas do real.

Sendo assim, o *locus* de gestação das idéias encontra-se nas condições históricas de produção da realidade material pelos sujeitos sociais. As idéias são, pois, produzidas pelos homens, ao produzirem também a si próprios, no processo de criação e transformação da realidade. É, portanto, na práxis, que devem ser buscados os elementos para se compreender como os sujeitos sociais elaboram a interpretação (ou, interpretações) para a realidade.

Marx, ao analisar a sociedade burguesa, deixou claro que a interpretação era produto de um desenvolvimento histórico e, não consequência de um ordenamento natural do pensamento. Como a sociedade capitalista era dividida em classes com interesses antagônicos, a interpretação do mundo feita pela classe dominante não coincidia com a interpretação que faziam os trabalhadores e nem tampouco coincidia com a própria realidade. Para ele, a interpretação da realidade, ou as idéias dominantes em um determinado momento, eram as idéias da classe dominante que ocupava o poder.

Marilena Chauí expõe que, para Marx, a produção da ideologia se dá em conformidade com a divisão entre trabalho intelectual e trabalho manual:

[...] as idéias aparecem, como produzidas somente pelo pensamento, por-

⁴⁴ LÖWY, M. *Ideologia e Ciência Social*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 11.

que os seus pensadores estão distanciados da produção material. Assim, em lugar de aparecer que os pensadores estão distanciados do mundo material e por isso suas idéias revelam tal separação, o que aparece é que as idéias é que estão separadas do mundo e o explicam.⁴⁵

Com Marx, a ideologia assume uma conotação pejorativa, na medida em que aparece como sendo uma interpretação a realidade que não desvenda essa mesma realidade. Ao contrário, a ideologia tem como função jogar um véu sobre a contradição e a luta de classes características da sociedade burguesa, mostrando-a como um todo harmônico, no qual os dados que compõem o real são tidos como supostamente naturais, inevitáveis e, por isso, inquestionáveis. A ideologia naturaliza o dado histórico, legitimando suas “verdades” em nome delas sempre terem existido.

Portanto, a ideologia para Chauí, assim como concebeu Marx, consiste num conjunto de idéias que fornece uma explicação, uma interpretação para a realidade, porém, ao mesmo tempo, escamoteia, oculta a dominação de uma classe social sobre a outra. Essas idéias dissimulam, pois, a dominação social, diluem o conflito entre dominadores e oprimidos, ao promoverem uma compreensão distorcida da realidade.

Partindo dessa concepção marxista de ideologia, porém ampliando-a a partir de uma análise histórica da sociedade contemporânea, Michael Löwy recorre a Karl Mannheim para resgatar a sua interessante análise desse conceito.

Löwy⁴⁶ propõe que a todo sistema de representação da realidade (elaborado a partir do interesse de classes), seja atribuído o nome de “visões sociais de mundo”. Há, contudo, que se estabelecer a diferença entre as visões sociais de mundo que, com seu conjunto de idéias, visam reforçar uma dada ordem social, ou conservar o *status quo* (ideologia) e aquelas visões sociais de mundo que tem por objetivo propor uma transformação da realidade, superando assim, a ordem estabelecida (utopia).

Uma análise dialética das ideologias ou das visões de mundo mostra necessariamente que elas são contraditórias, que existe um enfrentamento permanente entre as ideologias e as utopias na sociedade, correspondendo, em última análise, aos enfrentamentos das várias classes sociais ou grupos sociais que a compõem.

Ao desnaturalizar o dado real, mostrando a sua historicidade e a sua vinculação com os interesses de classes antagônicas, o materialismo histórico dialético elabora uma compreensão da realidade que tem na atividade humana o seu centro fundamental. Se o mundo que nos cerca não é imutável, não é natural, mas resulta do processo contínuo da intervenção do homem na natureza, a fim de transformá-la em seu benefício e, concomitantemente, criar, a si próprio, o conjunto de idéias que povoa a mente desses sujeitos históricos, não é autônomo. Ao criarem a realidade, os homens produzem também a sua interpretação. A consciência é, portanto, produto das relações sociais que os homens estabelecem ao longo do seu processo histórico.

⁴⁵ *Idem. Ibidem*, p. 65-66.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 17.

A esse respeito, é oportuno ressaltar, as análises de Bakhtin⁴⁷ acerca da relação entre marxismo e filosofia da linguagem, no tocante ao estudo das ideologias. Para esse autor, assim como para Marx, a ideologia não decorre de representações mentais individualizadas e nem tampouco o *locus* de sua produção está localizado na consciência enquanto um dado natural. A consciência deve ser definida sociologicamente, e, portanto, a ideologia não deriva dela enquanto instância de pensamento individualizada e separada do real. “A ideologia não pode derivar da consciência [...]. A consciência adquire forma e existência nos signos criados por um grupo organizado no curso de suas relações sociais”.

Bakhtin, como vimos, também resgata, para o estudo da linguagem, o aspecto ideológico da palavra. Esse autor demonstra que essa não é um dado natural, acabado, mas se constitui em um processo repleto de significações que interagem na comunicação social.

O estudo da ideologia (ou das ideologias) em uma perspectiva marxista constitui, pois, um vasto campo de análise para todos aqueles interessados em compreender a relação existente entre a produção material da realidade pelos sujeitos históricos e a sua respectiva representação “mental”.

Relendo Marx, Althusser (1980) afirma que a classe dominante gera mecanismos de perpetuação ou de reprodução das condições materiais, ideológicas e políticas de exploração. Nesse ponto, o papel do Estado é fundamental para manter a dominação através dos Aparelhos Repressores (o Governo, a administração, o Exército, a polícia, os tribunais, as prisões, etc.) e dos Aparelhos Ideológicos (a religião, a escola, a família, o Direito, a política, o sindicato, a cultura, a informação), que intervém ou pela repressão ou pela ideologia, tentando forçar a classe dominada a submeter-se às relações e condições de exploração.

Althusser enfatiza que todo o funcionamento da ideologia dominante está concentrado nos Aparelhos Ideológicos, de modo que a hegemonia ideológica exercida por meio deles torna-se importante para se criarem as condições necessárias para reprodução das relações de produção.

Outro ponto enfocado por esse autor⁴⁸ é a distinção entre ideologia em geral, “a abstração dos elementos comuns de qualquer ideologia concreta, a fixação teórica do mecanismo geral de qualquer ideologia”, e ideologias particulares “que exprimem sempre, seja qual for a sua forma (religiosa, moral, jurídica, política), posições de classe”.

Para explicar a “ideologia geral”, Althusser formula três hipóteses: a ideologia representa a relação imaginária de indivíduos com suas reais condições de existência (a ideologia é a maneira pela qual os homens vivem a sua relação com as condições reais de existência, e esta relação é necessariamente imaginária); a ideologia tem uma existência porque existe sempre num aparelho e na sua prática ou suas práticas (a existência da ideologia é material porque as relações vividas, nela representadas, envolvem a participação individual em determinadas práticas e rituais no interior de aparelhos ideológicos concretos); e a ideologia interpela indivíduos como sujeitos (o sujeito se insere, a si mesmo e a suas ações, em práticas reguladas pelos aparelhos ideológicos, por isso, a existência da ideologia só será possível por meio do sujeito e no sujeito).

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 12.

Dessa forma, a proposta de Althusser acerca da ideologia fecha todas as possibilidades de transformação social por ser determinista, por ser algo que estará sempre se reproduzindo (atribuindo principalmente ao sistema educacional o papel de reproduzir e perpetuar os valores das classes dominantes), contra o qual não podemos lutar. Essa visão pessimista e reducionista é inviável aos nossos propósitos de análise.

Distanciando-se de uma análise em termos de classes sociais e de classe dominante, com o propósito *de* “cruzar Marx sem segui-lo nem tampouco combatê-lo,” Ricoeur⁴⁹ parte do conceito de ação social e de relação social de Max Weber e descreve três funções principais da ideologia: a função geral da ideologia, a de dominação e a de deformação.

A “função geral da ideologia” descrita por Ricoeur⁵⁰ é a responsável pela mediação na integração social, na coesão do grupo, por apresentar cinco traços: ‘a ideologia perpetua um ato fundador inicial’, por meio das imagens e interpretações que são produzidas em um grupo social, por meio dos ritos comemorativos que cultivam lembranças, criam consensos e convenções e levam à racionalização; é ‘dinâmica e motivadora’ por impulsionar a práxis social que a concretiza; é ‘simplificadora e esquemática’, “ela é uma grelha, um código, para se dar uma visão do conjunto, não só do grupo, mas da história e, em última instância, do mundo.”; é ‘operatória e não-temática’, “ela opera atrás de nós, mais que a possuímos como tema diante de nossos olhos, é a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela⁵¹.”; é ‘intolerante devido à inércia que parece caracterizá-la’, o novo só é recebido após sedimentação da experiência social.

A segunda função da ideologia apontada por Ricoeur é a “função de dominação” que corresponde ao conceito de ideologia como conjunto de crenças ligadas a um poder dominante. Cabe à ideologia interpretar e justificar as relações com as autoridades, legitimando-as no grupo social e essa legitimação se faz pela dissimulação, pela não-transparência, uma vez que a crença dos indivíduos para legitimar a autoridade é insuficiente, necessitando da ideologia como sistema justificador da dominação.

A terceira é a “função de deformação” que diz respeito ao conceito marxista, segundo o qual a ideologia provoca uma deformação por inversão. Embora admita que as ideologias possam provocar uma deformação, discorda de Marx quanto à preponderância da função de deformação sobre a função de integração.

Para Ricoeur⁵², as ideologias são, elas mesmas, representações, e como tais são constitutivas da realidade, “pois toda realidade social sempre possui uma constituição simbólica e comporia uma interpretação, em imagens e representações, do próprio vínculo social”.

Esse autor, em sua análise, privilegia a dimensão positiva do fenômeno ideológico, ao afirmar que a função precípua das ideologias é a função integradora, apesar de apontar como constitutivas dessa função integradora, as funções de inversão e de dominação, que seriam a face negativa das ideologias.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 64.

⁵⁰ *Idem.*, p. 79.

⁵¹ *Idem.*, p. 70.

⁵² *Idem.*, p. 75.

O conceito de ideologia delineado por Ricoeur nos parece ser adequado, pois fornece as formas pelas quais o fenômeno ideológico se manifesta na linguagem e por ela, uma vez que considera a dimensão simbólica das ideologias. Além disso, ele nega toda e qualquer possibilidade de existência de um lugar situado para fora das ideologias, de onde um cientista pudesse falar com total isenção, incluindo nesse caso, a nosso ver, o legislador.

Como o texto legal não é um feudo da classe dominante, mas um terreno em que se defrontam as forças do progresso e as forças conservadoras: “ela é simultaneamente reprodução das estruturas existentes, correia de transmissão da ideologia oficial; mas também ameaça à ordem estabelecida e possibilidade de libertação”⁵³. Além disso, há outra vantagem na posição assumida por Ricoeur: a de não ser reducionista. Diferentemente de Althusser, Ricoeur, por não ser determinista, não fecha as possibilidades de transformação social.

2.6 Silêncio

Sejam palavras bonitas
Ou sejam palavras feias;
Sejam mentira ou verdade,
Ou sejam verdades meias,
São sempre muito importantes
As coisas que a gente fala...
Aliás, também têm força
As coisas que a gente cala.
Às vezes importam mais
Que as coisas que a gente fez...
(RUTH ROCHA)

Ao analisarmos nosso *corpus*, percebemos que a constituição do discurso institucional legal não se limita ao dizer, mas reflete também, o como dizer e o não-dizer. Isso se explica pelo fato de partir-se do pressuposto que o silêncio também produz sentidos, representa os significados velados que se ocultam na dispersão dos sentidos. O silêncio, para Santos,⁵⁴ é o não-dito implícito dos e nos sentidos que, embora não sejam depreensíveis na superfície do discurso, estão embutidos na perspectiva do dizer .

A escrita é linguagem e é interlocução por isso, apresenta a constitutividade alternada entre o dizer e o silêncio. Essa questão do silêncio, segundo Orlandi,⁵⁵ abre perspectiva para uma nova forma de conceber a questão discursiva. Do ponto de vista teórico, ela permite compreender melhor a questão da incompletude como parte constitutiva da linguagem e do homem: “O homem está ‘condenado’ a significar. Com ou sem palavras, diante do mundo, há uma injunção à ‘interpretação’: tudo tem de fazer sentido (qualquer que ele seja)” .

A partir do entendimento de que a formação discursiva determina “o que pode e o

⁵³ SNYDERS, Georges. *Escola, classe e luta de classes*. Lisboa: Moraes, 1977, p. 105-106.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 233.

⁵⁵ ORLANDI, Eni. *As formas do silêncio*. Campinas: UNICAMP, 1992, p. 31.



que deve ser dito” (COURTINE; MARANDIN⁵⁶), podemos inferir que aquilo que não deve e não pode ser dito, ou seja, o que pode ou deve ser silenciado, também é determinado pela formação discursiva, bem como o que pode e o que deve ser lembrado, em relação à memória coletiva. De acordo com esse ponto de vista, o vazio, apesar de não ter algo dentro dele, também significa “porque fundamentalmente na relação entre ele, o sujeito e o outro, é-lhe inevitavelmente atribuído um sentido, mesmo que negativo” (VILLARTA-NEDER⁵⁷).

Para Orlandi,⁵⁸ o silêncio se classifica em: 1) o silêncio fundante, “todo processo de significação traz uma relação necessária ao silêncio” e 2) a política do silêncio “ao dizer, o sujeito está, necessariamente, não dizendo outros sentidos, uma vez que o sentido é produzido de um lugar, de uma posição desse sujeito”.

Em relação à produção dos sentidos, Villarta-Neder (2002), aproximando-se de Authier-Revuz (1994), faz uma reflexão acerca de duas categorias do silêncio em relação dialética e complementar, num procedimento de instauração da heterogeneidade: a ausência, que representa o não dizer; e o excesso, que compreende a sobreposição que a palavra instaura sobre o silêncio ou sobre outras palavras.

Seguindo a classificação de Villarta-Neder (2002), enfocaremos o silêncio como sendo mais que um apagamento das vozes do discurso, um procedimento de instauração da heterogeneidade.

3. (RE) CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES

Os diferentes lugares sociais ocupados pelos sujeitos e as diferentes instituições em que as interações ocorrem são determinantes do trabalho executado pelos sujeitos na produção de seus discursos (GERALDI).

Mostraremos, neste item, as Condições de Produção, em sentido amplo (que incluem o contexto sócio-histórico e ideológico na consideração dos efeitos de sentido), em que as Constituições foram elaboradas.

As condições de produção estão relacionadas aos interdiscursos. Segundo Orlandi⁵⁹, “as condições de produção compreendem os sujeitos, a situação e a memória”.

Os sujeitos são marcados pelas posições sócio-históricas, são determinados pelo lugar social de onde falam e, portanto, são determinados pela ideologia; a situação de produção de um enunciado compreende a topografia (o onde) e a cronografia (o quando) em que os sujeitos produzem seus enunciados; a memória discursiva contém todos os já-ditos pré-existentes ao enunciado, formando uma rede de formulações no intradiscurso ou no interdiscurso. É por meio dela que poderemos perceber uma ocorrência, as reformulações e as rejeições a um já-dito, em

⁵⁶ COURTINE, J.J.; MARANDIN, J.M. “Quel objeté pour l’analyse du discours?”. *Materialités discursives*. Lille, Presses Universitaires de Lille, 1981.

⁵⁷ *Op. cit.*, p.14.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 30.

um enunciado. Segundo Orlandi⁶⁰,

A memória [...] quando pensada em relação ao discurso, [...] é tratada como interdiscurso. Este é definido como aquilo que fala antes, em outro lugar, [...] que torna possível todo dizer e que retorna sob a forma do pré-construído, o já-dito que está na base do dizível, sustentando cada tomada da palavra. O interdiscurso disponibiliza dizeres que afetam o modo como o sujeito significa em uma situação discursiva dada.

Os interdiscursos mobilizam relações de sentido na medida em que são a própria memória discursiva afetada pelo esquecimento. Conforme Courtine (1984), no interdiscurso fala uma voz sem nome. Por isso, para que possamos entender os sentidos do texto institucional legal, é necessário que pesquisemos as condições de produção desses textos.

Até hoje o Brasil teve sete Constituições, das quais três – as de 1824, 1937 e 1967/Emenda/69 – resultaram de um processo político-jurídico de outorga do Poder Executivo, que aparece para destruir o regime anterior, causando uma ruptura no processo político nacional. As outras quatro (1891, 1934, 1946 e 1988), por sua vez, foram promulgadas após os trabalhos de assembléias constituintes (exceção feita à de 1988 em que o Congresso Nacional transformou-se Congresso Constituinte) que efetivamente elaboraram e votaram uma nova Constituição, após mobilização nacional em que se questiona o regime anterior, partindo-se para um novo pacto, num clima de abertura política.

O poder constituinte, fruto de reformas oriundas do entendimento político, ao contrário das revoluções com a finalidade de suprimir o poder existente e dos golpes de Estado, é a representação de um poder legítimo, segundo Boris,⁶¹

O significado jurídico-político maior da convocação de uma assembléia nacional constituinte é, então, a restauração da legalidade e da legitimidade do poder, fazendo-o passar de um poder de fato, de um regime de força, a um poder de direito, a um regime legal.

Dessas quatro Constituições, a de 1988 foi a que menos evitou inovações, tentando representar os vários setores que participaram do movimento, as forças políticas em jogo. Entretanto, todas mobilizaram a sociedade e organizaram seus partidos políticos, além de abrir um debate público sobre as mais importantes questões políticas, econômicas e sociais da nação.

A crise de 1929 levou a um impasse a economia cafeeira e à perda da hegemonia política por parte das oligarquias do café. São Paulo e Minas perdem o monopólio do poder central e Vargas, vindo do Rio Grande do Sul, vai guardar o comando ao longo dos 15 anos seguintes, como chefe do Governo Provisório e, posteriormente, como presidente constitucional e como homem forte do Estado Novo. Com isso, a burguesia industrial vê crescer seu papel e sua força econômica e política.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 31.

⁶¹ BORIS, Fausto (Dir.). *História geral da civilização brasileira* - O Brasil Republicano. v. 2 - 4. Rio de Janeiro: DIFEL, 1978, v.3,1978, p. 9.

A Constituição de 1934 diferencia-se da Constituição de 1891 (apesar de tê-la como paradigma) e da posterior pois, embora suas origens estejam no movimento revolucionário de 1930, não foi dele uma consequência imediata. Seu processo político foi marcado pela redefinição das alianças internas das classes dominantes e destas com as classes dominadas.

A Justiça Eleitoral, nesse período, possibilitou a livre expressão da vontade popular com o voto secreto, uma aspiração antiga dos excluídos do poder e pela primeira vez o voto da mulher, um ato moralizador da vida política brasileira, e a abertura do jogo político democrático com a participação efetiva das oposições.

A Constituição de 1934 consagrou um grande pacto com o processo de abertura política resultando acordos múltiplos entre correntes e partidos e de compromissos políticos diversos. Seu valor e sua presença, enquanto experiência histórica, não estão no tempo de sua vigência, pois no ano seguinte, 1935, a Lei de Segurança Nacional a bloqueou, mas no processo que a gerou, pleno de revisões e reflexões sobre nosso passado e futuro político.

O processo político que se desenvolveu nos quatro anos após a revolução de 1930 estava instável com a imensa disputa entre as formas de expressão independente das camadas populares e os setores dos grupos dominantes, definindo-se em 1937 com o Golpe de Estado que inutilizou a Constituição de 1934.

Entre 1944 e 1945, com a queda de Getúlio Vargas, começa um processo de redemocratização da sociedade brasileira com liberdade para todos partidos políticos, incluindo-se o Partido Comunista com participação na Constituinte.

Com o golpe militar de 64, justificado como necessário para salvar a democracia (proclamando-se o referido regime, não apenas como democrático mas como guardião da democracia), o Brasil entra na maior ditadura, só iniciando uma abertura democrática no final da década de setenta, culminando com a instalação de um Congresso Constituinte, eleito em novembro de 1986, após manifestações populares e mobilizações partidárias e corporativistas.

A Constituição Brasileira de 1988 foi o resultado de muitas discussões que pretendiam legalizar a democracia após os mais de vinte anos de governos militares que tinham por princípio o autoritarismo.

4. BUSCANDO OUTRAS SIGNIFICAÇÕES PARA O TEXTO CONSTITUCIONAL

Existem momentos na vida em que a questão do saber se se pode pensar diferentemente do que se pensa e perceber diferentemente do que se vê, é indispensável para continuar a olhar ou a refletir (FOUCAULT).

Os Preâmbulos de todas as Constituições Federais serão considerados enunciados (materialização linguístico-discursiva dos sentidos) de um Discurso Institucional Legal constituído por uma multiplicidade de vozes que revelam o imaginário sociodiscursivo dos sujeitos (SANTOS, 2000).

A natureza desta pesquisa é analítica, descritiva e interpretativista porque investiga manifestações discursivas produtoras de sentido. Essa opção se justifica pela utilização do

corpus documental para examinar nuances da produção de sentidos. É qualitativa porque ao *corpus* documental escolhido será conduzida uma análise de suas propriedades fomentadoras de significação. Ela é, também, interpretativista porque o percurso de estudo das trajetórias de significação dos sentidos emerge a partir de uma visão teórica. Por fim, ela é analítico-descritiva porque estabelecerá recortes específicos nas manifestações discursivas em estudo com o intuito de caracterizá-los e examiná-los no crivo da ótica teórica adotada.

Para essa análise qualitativa, trabalharemos com as evidências apresentadas em um cenário e em um determinado espaço discursivo que se sustenta em um arcabouço teórico da corrente Histórico-Ideológica da Análise do Discurso Francesa. Ressaltaremos, em uma macro-análise, a definição de algumas categorias de análise - as **vozes** (polifonia, percebida a partir das heterogeneidades e dos silêncios) e os **sentidos** (polissemia, percebida nos enunciados, nos silêncios e nas paráfrases) - a partir das categorias utilizadas por Santos (2000).

Para analisarmos as vozes e os sentidos, recorreremos à memória discursiva, aos discursos que perpassam os enunciados e à identificação das formações ideológicas e discursivas em que se circunscrevem os sujeitos dos discursos .

As categorias de percepção analítica foram se configurando a partir de cada recorte do *corpus* que foi sendo construído na análise sem o estabelecimento de parâmetros básicos.

4.1 Vozes e sentidos no discurso institucional legal

Mas as flores são as mesmas, nos campos e nos túmulos?
(MICHEL SCHNEIDER).

Entendemos que o discurso institucional legal, clivado pela palavra do Outro, deve ser apreendido na sua heterogeneidade polifônica. Visando a essa apreensão, enfocaremos os sujeitos das Constituições que são, ao mesmo tempo, social, histórico e ideológico, pois o enunciado é um recorte das representações de um tempo histórico e de um espaço social, situando o discurso institucional legal em relação aos outros discursos: o político, o religioso, o educacional e o econômico .

Esses outros discursos são constitutivos e emergem nas condições de produção de seu próprio processo enunciativo, caracterizando-se pela dispersão de um amálgama de sentidos em uma conjuntura discursiva de natureza heterogênea, polifônica e polissêmica.

4.1.1 Os sujeitos enunciadores

Podemos perceber que, nos Preâmbulos das Constituições Federais, são definidos os sujeitos enunciadores a quem foi outorgado o poder de analisar o texto legal e, a partir daí, reelaborá-lo, com os apagamentos de vozes, dispersões e ocultamento das relações de poder que o engendram; enunciá-lo e monumentalizá-lo. Esse sujeito enunciador, autoridade constituída, tem poderes para apagar as outras vozes que elaboraram o texto institucional legal ao mesmo tempo em que enuncia.

Detectamos uma variação entre o sujeito enunciador legítimo (Constituintes) e os não legítimos (Imperador, Presidente, Militares, Congresso) que só legalizaram pela imposição, pela

força do poder político e/ou poder armado.

A primeira Constituição de 1824, o Imperador, Dom Pedro Primeiro foi o sujeito enunciador, apesar da existência dos três poderes na organização da vida política: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para reafirmar, politicamente, a independência de Portugal, D. Pedro I instaurou, em maio de 1823, a primeira Constituinte composta por duas elites dominantes, “os liberais”, que tinham tendências modernistas; e os conservadores, formado pelo setor tradicional das oligarquias rurais. Como os liberais procuraram alargar a competência do Poder Legislativo, restringindo automaticamente o poder do Imperador, D. Pedro I sentiu-se ameaçado e, num golpe militar, decretou a dissolução da Constituinte no dia 12/11/1823.

Posteriormente, nomeou um Conselho de Estado composto por dez membros para elaboração da proposta de Constituição que acrescentou um quarto poder, o Moderador, que dava amplos poderes ao próprio Imperador. Para legitimar essa proposta, convocou as Câmaras Municipais, maior base representativa dos governados que era composta pela elite da época, para, em um plebiscito municipalista indireto, outorgar imediatamente a Constituição.

Nessa primeira Constituição (1824), os dez membros que compuseram o Conselho de Estado, liderados por João Severiano Maciel da Costa, assumiram a autoria e apresentaram, no preâmbulo da Constituição Política do Império do Brasil, Dom Pedro Primeiro como sujeito enunciador, responsável pelo enunciado o qual, como já vimos, apaga várias vozes e coloca em cena a voz do discurso religioso ao se posicionar “por Graça de Deus” que fala “Em nome da Santíssima Trindade”.

Já a Constituição de 1891 foi legal e legítima, fruto de um Congresso Nacional dotado de poderes constituintes, composto por 205 deputados e 63 senadores que estabeleceram, decretaram e promulgaram a Constituição.

Nessa Constituição (1891), a primeira a ser elaborada por uma Assembléia Constituinte composta por deputados e senadores, os sujeitos enunciadores são apresentados pelo pronome “nós” (primeira pessoa do plural), seguido de um aposto “os representantes do povo brasileiro”. A princípio, deveriam trazer para o discurso legal os outros discursos que compõem a sociedade brasileira por se colocarem como representantes do povo brasileiro, de todos os cidadãos, mas historicamente, o grupo que compunha o poder decisório, representava apenas os ideais positivistas da época e as oligarquias rurais.

A terceira Constituição Federal/1934, juridicamente, também foi legal e legítima, fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte, mas diferencia-se da anterior por proporcionar um grande avanço social ao possibilitar a livre expressão da vontade do povo através do voto secreto, com abertura democrática para participação dos partidos de oposição e o voto da mulher pela primeira vez na história brasileira, abrindo um espaço para as classes dominadas. Essa Assembléia Nacional Constituinte foi composta por 214 constituintes, sendo 40 deputados “classistas”: 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, 3 dos profissionais liberais e 2 dos funcionários públicos.

Os sujeitos enunciadores dessa terceira Constituição (1934), assumem também a primeira pessoa do plural (nós). Diferentemente do “nós” da Constituição anterior, podemos

considerar que, na Constituição de 1934, os Constituintes foram representantes do povo em suas mais diversas facções ao permitir a representação das diversas classes trabalhadoras e não apenas a tradicional elite das oligarquias rurais, como ocorreu na Constituição de 1891.

A Constituição de 1937 foi fruto de um processo político-jurídico de outorga do Poder Executivo, representado pelo Presidente Getúlio Vargas, com a anuência das Forças Armadas, pois, dois meses antes da eleição presidencial na qual Vargas não poderia se candidatar à reeleição, em 10/11/37, o Presidente instaura o “Estado Novo” e outorga a nova constituição instituindo o regime militar.

De autoria do Ministro Francisco Campos, o presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, Getúlio Vargas, é o sujeito enunciador da Quarta Constituição Brasileira (1937), fruto de um Decreto e não de decisões de uma Assembléia Constituinte. O Estado Novo concentrou suas decisões na única voz de poder: a do Presidente.

O Poder Legislativo que, por ter a função de legislar e de fiscalizar os atos do Poder Executivo e órgãos públicos, poderia impedir a existência de uma lei ilegítima, foi absorvido pelo Executivo com a justificativa de que assim ele estaria eliminando a ameaça à unidade da Pátria.

No preâmbulo dessa Constituição, o maior entre as quatro já existentes até este período, o Presidente silencia por “excesso”⁶² qualquer outra voz representativa do discurso político, ou seja, o Poder Legislativo, ao se colocar como único enunciador, em poder absoluto, justifica essa atitude pelo atendimento a diversas necessidades:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem [...]; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista [...]; ATENDENDO a que sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e defesa da paz [...]. Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência [...].⁶³

Segundo Villarta-Neder,⁶⁴ “as palavras não só apagam silêncios porque se sobrepõem a eles, mas também silenciam outras palavras pelo mesmo processo de sobreposição”. Mais que um apagamento de vozes, há a instauração da heterogeneidade.

Oposta a essa ditadura implantada em 1937 e assemelhando-se à Constituição de 1934, historicamente, esse “nós” enunciado na Constituição de 1946 são os representantes legítimos, populistas. A autoridade que redigiu e tornou legal e legítima a quinta Constituição/1946 foi a Assembléia Nacional Constituinte composta por representantes de todos os partidos políticos, inclusive do Partido Comunista (apesar de ser fechado em 1947).

Uma comissão de 37 representantes com proporcionalidade partidária foi responsável pela elaboração do projeto Constitucional que, por ter sido feito baseado apenas na Constituição de 34, recebeu 4.092 Emendas com a participação ativa dos constituintes.

⁶² Sobreposição que a palavra instaura sobre o silêncio ou sobre as outras palavras que legitimariam o documento/monumento (VILLARTA-NEDER, 2002).

⁶³ Brasil, 1937.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 25.

Entretanto, em 1967, ocorreu um fenômeno diferente do que observamos até então: o Congresso Nacional (formado pelo poder Legislativo adaptado, composto por parlamentares escolhidos por voto popular, após o fechamento dos partidos de esquerda e não pelo poder Constituinte), é que decretou e promulgou a Constituição de 1967, sob pressão do Governo. Foi uma Constituição legal, mas ilegítima. Dessa forma, contrariando a função do Poder Legislativo, o Congresso passou a legitimar o regime autoritário.

Esse fato aconteceu devido à intervenção dos militares, sob a justificativa de afastar a ameaça comunista do Brasil, que de 64 a 66 passou a ser governado por Atos Institucionais e Emendas Constitucionais. O Governo Militar contratou Carlos Medeiros da Silva, para a elaboração da Constituição/67, adequando a Lei Magna às características do Regime Militar imposto. Apesar de o Poder Legislativo ser composto apenas pelos sobreviventes partidos de direita e ter se posicionado como sujeito enunciador no Preâmbulo, de maneira breve, ele não teve nenhuma participação na elaboração do texto constitucional. Houve um apagamento de todo momento de tensão deste período, as condições de produção da escrita e a transparência dos fatos pelo silenciamento.

Essa ausência permite que “a própria visualização do texto escrito como produto acabado dá ao seu interlocutor a ilusão de que o sentido encontra-se nos enunciados ali presentes”⁶⁵. Percebemos a tentativa de ignorar a heterogeneidade constitutiva e a historicidade dos sentidos que inscrevem o falante no interdiscurso. “Essa tendência levaria ao efeito de verdade a ser buscado no dizer, abstraindo das condições sociais, históricas, econômicas, antropológicas de criação daquelas ‘verdades’” (Ibid.). O Congresso aprovou algo que não tinha sido elaborado por ele, além de seus integrantes não terem sido eleitos para esse fim.

Como a elaboração da nova Constituição/67 teve apenas a intenção de justificação perante o mundo, a própria Constituição passou a ser “letra morta”, pois os militares centralizaram e fortaleceram o Poder Executivo, ocupado por um Marechal que continuou a governar por Atos Institucionais incorporados na Emenda Constitucional de 1969 que teve por sujeito enunciador não mais um Poder Legislativo manipulado, mas o próprio poder militar: os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

O Preâmbulo da Emenda Constitucional 01/69, o maior (duas páginas e meia) de todas Constituições e Emendas à Constituição, expõe seis “considerandos” com referências a várias leis com seus artigos, parágrafos, incisos e alíneas para justificar a promulgação desta Emenda. Percebemos a existência de um silenciamento pelo “excesso do dizer”, no sentido de dizer uma coisa para silenciar outra que revelaria o que não se poderia revelar. Foi o mascaramento de uma situação real de ditadura militar.

Após um longo período dessa ditadura, a sétima Constituição foi promulgada em 1988. Foi elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte composta por membros Constituintes e pelo Congresso Nacional. Foram 487 deputados e 72 senadores que ouviram a sociedade como seus legítimos representantes, permitindo a participação direta do povo que se movimentou em grupos organizados para reivindicações e propostas de mudanças.

Esse sujeito enunciador “nós, representantes do povo brasileiro” apaga as vozes não mais da ação partidária até então articulada, mas da movimentação dos grupos, que se

⁶⁵ *Idem. ibidem*, p 21.

organizaram e participaram, representando diferentes interesses, entre eles os religiosos que compuseram a segunda maior emenda em número de assinaturas, com o *lobby* Santo da Igreja Católica e dos Evangélicos .

Podemos concluir que apenas quatro Constituições foram legais e legítimas e que as outras três, apesar de não serem legítimas, tiveram a autoridade do Poder Executivo sustentada pelas elites dominantes, no período Imperial, e pelo poder militar nas Constituições de 1937 e 1967 a partir de um Congresso Nacional debilitado. Além disso, o caráter específico das leis abre espaço para isso ao criar o efeito ilusório da verdade, como Villarta-Neder⁶⁶ expõe de maneira irrefutável:

O segundo nível de apagamento (que está diretamente relacionado à visualização), por sua vez, seria esse aumento no grau de abstração. Já não é o Outro que diz verdades que acredita sobre o mundo; passa-se a um registro dessas verdades, que é considerado irreversível, chegando em alguns casos (como o das leis), à situação em que o texto apresenta o efeito ilusório da própria verdade dizendo-se a si mesma, como se não houvesse um sujeito a enunciá-lo (esfuma-se, então, a alteridade: o texto já não é uma interação; ele é o próprio sentido independente de quem o produziu).

Há a predominância da **função de dominação** da ideologia (RICOUER, 1990) nas Constituições em que a autoridade dos Constituintes se legitimou na hierarquia social democrática, tendo em vista a crença, por parte dos indivíduos, nessa legitimidade. Esse sistema de autoridade, nesse caso, interpreta e justifica a dominação.

Por outro lado, nas Constituições ilegítimas (1824, 1937, 1967), percebemos a **função de deformação** (RICOUER, 1990) na qual o sentido negativo da ideologia aparece “em face do problema da autoridade que, acionando o sistema justificativo da dominação, detona o caráter de distorção e de dissimulação da ideologia”.⁶⁷

4.1.2 Vozes e sentidos da Religião nos Preâmbulos

Neste item, faremos uma análise, no discurso institucional legal, das regularidades do enunciado religioso que revelam processos de significação, em momentos diferenciados, mas que se inter-relacionam .

No texto escrito da primeira Constituição/1824, o silêncio, (a não-referência, ausência ou omissão), em relação à Religião, também produz sentido, com significações que variam de acordo com o contexto, a forma e o momento do discurso em que se insere.

Para Orlandi⁶⁸, o silêncio “significa”, apesar de não expressar-se pela fala ou pela escrita. Em nosso caso específico, a ausência do enunciado religioso na Constituição de 1824 tem a ver com o contexto sócio-histórico.

Podemos notar no preâmbulo da Constituição de 1824, que o sujeito enunciator, Dom Pedro I, coloca em cena as vozes do discurso religioso por se posicionar como um enunciator

⁶⁶ *Idem. ibidem*, p. 22.

⁶⁷ BRANDÃO, Helena N. *Introdução à Análise do Discurso*. Campinas: UNICAMP, 1995, p. 20.

⁶⁸ *Op. cit.*, 1989, p. 39.

“por Graça de Deus” que fala “Em nome da Santíssima Trindade”.

O discurso Institucional Legal é uma das instâncias em que a materialidade ideológica se concretiza. O catolicismo, por ser a religião do Governo, do Imperador, era parte integrante da educação.

No Preâmbulo da Constituição de 1891, podemos notar o silenciamento da voz do discurso religioso, pela ausência de qualquer referência a Deus. O sujeito situa o seu discurso em relação aos discursos dos outros. Esse Outro que envolve não só os outros discursos historicamente já constituídos (nível interdiscursivo), como também o seu destinatário para quem planeja e ajusta a sua fala (nível intradiscursivo). Por isso, esse apagamento de voz.

A partir da Constituição de 1934, a invocação a Deus estava em quase todos os Preâmbulos (exceção à Constituição de 1937 e Emenda Constitucional de 1969). Na Constituição de 1934, as vozes do discurso religioso se explicitaram quando, no preâmbulo, os sujeitos enunciadores registraram a expressão: “pondo a nossa confiança em Deus” .

Os sujeitos enunciadores assumem a religiosidade, contrapondo-se a outro Enunciador (Constituintes liberais de 1891) que nega a possibilidade da influência de Deus com o apagamento da expressão Deus.

Na Constituição de 1937, há um posicionamento dúbio em relação à constituição do discurso religioso. Ao mesmo tempo em que silencia, por ausência, apagamento do nome de Deus no preâmbulo dessa Constituição, mantém o Ensino Religioso no corpo do texto. No entanto, diminuiu-se o alcance do E.R., que perde o seu caráter de obrigatoriedade, uma vez que não implica em obrigação para mestres e alunos. Ele foi apenas permitido, o que proporcionou a volta ao laicismo do Estado. Isso pode ser percebido porque a Constituição de 1937 foi outorgada por um governo que já não sofria as pressões da Igreja, como aconteceu em 1934.

Na Constituição de 1946, as vozes do discurso religioso voltam à tona com a expressão “sob a proteção de Deus”, no Preâmbulo. Em 1967, o Congresso Nacional (o poder Legislativo adaptado e não o poder Constituinte, como já vimos), invocando a proteção de Deus, é que decretou a Constituição. O mesmo não ocorreu na Emenda Constitucional de 1969, que teve por sujeito enunciator o poder militar (os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar), que silenciou a voz representativa do discurso religioso do Preâmbulo .

No preâmbulo da Constituição de 1988, volta a referência a Deus:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus.**

Considerando que um sujeito se constitui pelo que diz e pelo que silencia, seja esse dizer composto por palavras ou não, o enfoque do silêncio é fundamental neste trabalho, não só por ser um espaço de apagamento (por falta ou excesso de dizer), mas por ser uma das vozes

inscritas no dialogismo da linguagem.

Além da instauração do silêncio em todas as Constituições por meio do sujeito enunciativo que tem poderes para, ao mesmo tempo, enunciar e apagar as vozes que participaram da elaboração do enunciado, percebemos outros silêncios que foram enfocados na análise e destacados.

Para os linguistas, as paráfrases em relação ao discurso religioso (“por graça de Deus”, 1824; “pondo a nossa confiança em Deus”, 1934; “sob a proteção de Deus”, 1946; “invocando a proteção de Deus”, 1967; “sob a proteção de Deus”, 1988) são formalmente equivalentes, na medida em que elas compartilham uma propriedade na descrição do parentesco sintático e que ele postula ter o mesmo sentido; para os semanticistas, a paráfrase pode ser detectada a partir da aproximação de sentido entre duas ou mais sequências. Recusamos essas abordagens, por entendermos que a abordagem discursiva, considerando o contexto específico de produção dos textos em análise é que poderá mostrar o igual (o mesmo), e o diferente (o novo no texto semelhante). Por meio desse mecanismo, queremos verificar como a retomada do já-dito produz novos sentidos e modifica-os.

Apesar de a redação ser praticamente a mesma (paráfrase) nessas três últimas Constituições, acreditamos serem paráfrases discursivas resultantes de coerções de determinadas formações discursivas e ideológicas diferentes, com a finalidade de silenciar as divergências e as propostas de mudança.

Uma abordagem discursiva permite explicar as similaridades, as pseudo-similaridades e as diferenças de interpretação existentes entre os enunciados, apesar da semelhança do enunciado, em função de um contexto específico de ocorrência de tais enunciados. O exame da prática não se limita ao estabelecido por meio da escritura dos textos legais. Apesar de semelhantes, são claramente diferenciados em razão da natureza diversa das condições de produção: regimes políticos vigentes, organização e domínio das ordens religiosas.

Entendemos essas paráfrases como um espaço em que os enunciados são retomados e reformulados em busca da preservação da identidade ou do não compromisso com mudança, mas nessa repetição, mesmo que os enunciados sejam retomados quase na íntegra, ocorre um deslizamento do Mesmo para o Outro, pois o lugar e o tempo são Outro. Portanto, não podemos ter o mesmo sentido uma vez que o contexto histórico de que ele é parte é Outro também.

Apesar da intertextualidade das semelhanças nas três paráfrases, cada uma é um acontecimento único que não se repetiu. O contexto sócio-histórico-social-político-ideológico é diferente. Pondo outros sentidos a circular, outros são os efeitos desses sentidos, como verificamos em nossa análise.

É importante destacarmos que o Estado e a Igreja sempre andaram muito próximos, por várias vezes confundindo-se, e isso desde as antigas civilizações. Diferente não foi com a formação do Estado brasileiro, que em seus primórdios já foi chamado de Terra de Santa Cruz e teve como primeiro ato solene uma missa. A própria Constituição outorgada de 1824 estabelecia a religião católica como sendo a religião oficial do Império, que perdurou até o início de 1890, com a chegada da República.

Entretanto, depois do advento da República, o Brasil jamais deixou de ser um Estado

laico, pelo menos no papel. Apesar desse *status*, os preâmbulos e o Ensino Religioso nas escolas públicas deixam clara a continuidade da relação religiosa e a parcialidade do Estado, negando, na prática e no próprio texto legal, o termo laico que deveria nos remeter, obrigatoriamente, à idéia de neutralidade, de indiferença.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

[...] o objeto do discurso de um locutor, seja ele qual for, não é objeto de discurso pela primeira vez neste enunciado, e este locutor não é o primeiro a falar dele: o objeto já foi falado, controvertido, esclarecido e julgado de diversas maneiras (BAKHTIN).

Neste trabalho, realizamos um estudo acerca da importância dos fatores sócio-histórico e ideológico na constituição do Discurso Institucional Legal. A partir dos Preâmbulos de textos legais, com os recursos linguísticos que a língua oferece para a competência comunicativa, percebemos situações de interação e modo de relação entre as vozes, os sentidos e, principalmente, as formações discursivas e as tensões que se criam para a elaboração e interpretação desse tipo de texto.

Por entendermos os textos legais como *locus* da significância, que institui formas, formações e formulações significativas, eivando sentidos e efeitos numa dimensão supra-real que se constrói não nas leis propriamente ditas, mas nas relações que se travam na sociedade, situadas temporal e espacialmente, provindas das experiências vividas (imaginárias ou reais) pelos indivíduos dessa sociedade, em relação aos efeitos de sentido provenientes de tais discursos é que optamos por fazer esta pesquisa.

Considerando a proposta de nosso trabalho, que considera a linguagem como “uma prática de sentidos que intervém no real, pois é a ideologia (como mecanismo estruturante do processo de significação) que torna possível a relação entre pensamento, linguagem e mundo⁶⁹”, acreditamos ter atingido os objetivos propostos ao analisarmos os textos legais selecionados.

Nosso objetivo principal foi o de apontar algumas especificidades do texto legal enquanto configuração da polifonia, dos silêncios, da paráfrase e da polissemia como procedimentos de instauração de heterogeneidade. Pretendíamos, com isso, identificar como os textos legais, permitem continuar projetos ideológicos definidos por grupos, em um determinado momento histórico, dentro da teia de pressões e tensões características de qualquer regulamentação social.

Para verificar as hipóteses levantadas, realizamos duas abordagens. A primeira, que se refere às condições de produção, confirmando a primeira hipótese de que o texto legal por si só não garante, na prática, a efetivação de suas propostas; e a segunda, que, elegendo o enunciado como unidade básica, analisa as vozes e os sentidos do discurso institucional legal no intradiscurso e no interdiscurso, confirmando outras hipóteses.

Por pressão, os Constituintes, representantes da sociedade civil, muitas vezes, propõem e aprovam itens de interesse da população sem que, entretanto, tais itens constitucionais ganhem plena vigência. Embora a Constituição esteja em vigor, de fato ela pode ser invalidada seja passivamente (incúria administrativa ou judicial), seja ativamente (empenho governamental em

⁶⁹ Orlandi., 2002, p. 96.

ignorar o texto constitucional ou hermenêutica jurídica e sentenças protelatórias, condenatórias ou absolutórias proferidas nos tribunais). Além disso, percebemos que as próprias Constituições, antes mesmo de serem colocadas em prática, podem ser alteradas por Emendas Constitucionais, além dos Atos Institucionais e Medidas Provisórias.

Segundo a perspectiva adotada em cada etapa da análise, a abordagem da configuração linguística, levando em conta as condições de produção, geradoras de significação, permitiu-nos emergir o universo de representações (ideológicas) no texto legal.

O Discurso Institucional Legal situa-se ambigualmente entre o monofônico e o polifônico. O sujeito enunciador, apresentando-se como enunciador de um dizer impositivo de uma verdade, apaga todas as vozes que estão por trás da elaboração textual e a tensão existente nessa elaboração. Por meio desta pesquisa, percebemos como se dá o contato entre o linguístico e o discursivo, isto é, como as representações ideológicas de determinadas formações sociais, num determinado contexto histórico se constituem na materialidade da língua.

O discurso religioso enformado no texto legal sob forma parafrástica, ao mesmo tempo em que fecha o sentido, num primeiro olhar, abre à polissemia quando olhamos através das condições de produção e das vozes percebidas nas heterogeneidades e nos silêncios.

Não existe lei neutra, pois as leis são práticas políticas ao manifestar e instituir concepções de sociedade e de relações sociais (individuais, de grupos, de classes), nem os silêncios são sem significados. Com este estudo, acreditamos ter contribuído para uma visão diferenciada do texto legal como enunciado representativo de um Discurso Institucional Legal composto por outros discursos e outras vozes nem sempre explícitos.

Se conseguirmos apontar fatos que sirvam para conscientizar a sociedade leitora de como a linguagem molda a sociedade e, ao mesmo tempo, é moldada por ela, poderemos ter leitores mais críticos e ter cidadãos que realmente serão capazes de se organizarem e mobilizarem para uma vida política mais participativa nos processos de elaboração e de entendimento do texto legal. Se não conseguirmos, terá valido o esforço de, com um olhar crítico, proposto pela linguística crítica, termos nos debruçado não sobre a língua em si ou sobre os seus usuários, mas sobre as estruturas sociais que impregnam a linguagem com suas ideologias.

6. ABSTRACT

This study undertook a reflection on the socio-historical and ideological factors that constitute the meanings of the Legal Institutional Discourse. Thus, we carried out a comparison among the preambles which are part of the Federal Constitutions that regulated the same subject or which became silent in reference to it, taking as a starting point the hypothesis that, before the final drawing up of the legal text, there is a political play for its establishment. Upheld by the French Discourse Analysis, starting from a qualitative analysis, taking into consideration the presence of other discourses, the process of constitution of voices (polyphony – perceived in the heterogeneity marks and in the silences) in the utterances, and the constitution of the meanings (polysemy perceived from the utterances, in the silences and paraphrases) in the identification of the discursive and ideological formations. The analysis tried to show that the Legal Institutional Discourse inscribes itself in conflicting discursive and ideological formations, overlaying the sayings

of the dominant agents in the conceptual and theoretical elaboration, which leads to the instrumentalization of institutions and privileged groups. Understanding part of the legal institutional discourse, which regulates one aspect of education, will help to understand a little more the society in which we live, in the same way that, analyzing society, we will be able to understand the discourses which are produced in it.

KEY-WORDS: *Discourse. Polyphony. Silence. Paraphrase. Polyssemy.*

7. REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado**. Lisboa: Presença, Martins Fontes, 1980.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo**. Disponível em <http://www.amc.org.br/artigo01.htm>. Acesso em: 7 de outubro de 1999.
- AUTHIER-REVUZ, J. “Hétérogénéité montrée et hétérogénéité constitutive: éléments pour une approche de l’autre dans le discours”. **DRLAV**, Paris, v. 26, p. 91-151, 1982.
- _____. Heterogeneidade(s) enunciativa(s). **Cadernos Est. Linguísticos**, Campinas, n.19, p.25-42, 1990.
- _____. Falta do dizer, dizer da falta: as palavras do silêncio. In: ORLANDI, Eni. (org.) **Gestos de Leitura**. Da História do discurso. Campinas: Pontes, p. 253-276, 1994.
- BAKHTIN, M. **Le principe dialogique**. T. Todorov, Paris: Le Seuil, 1981.
- _____. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1998.
- BARTHES, R. **Aula**. São Paulo: Cultrix, 1978.
- BENVENISTE, E. **Problemas de Linguística geral II**. Campinas: Pontes, (trad. de Problèmes de linguistique générale), 1989.
- BOBBIO, Norberto ; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento político**. Brasília: UNB, 1994.
- _____. **Estado, governo, sociedade**. Por uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- BORIS, Fausto (Dir.). **História geral da civilização brasileira - O Brasil Republicano**. v. 2 - 4. Rio de Janeiro: DIFEL, 1978.
- BRANDÃO, Helena N. **Introdução à Análise do Discurso**. Campinas: UNICAMP, 1995.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição e Emendas (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1999.
- BRASIL, Emenda Constitucional 01 (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

- BRASIL, Constituição (1824). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CARDOSO, Sílvia H.Barbi. Reabilitando a referência: do sistema. linguístico ao discurso. **Letras & Letras**, Uberlândia, v. 12, n. 1, 1996.
- CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso** - o poder da linguagem nos tribunais de júri. Guarulhos: Max Limonad, 2001.
- CHAUÍ, M. **O que é ideologia**. 39. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- COURTINE, J.J. “Analyse du discours politique”. *Langages*, 62, 1981.
- _____. “*Définition d’Orientations Théoriques et Méthodologiques en Analyse de Discours*”. *Philosophiques*, Paris, v.IX, n.2, 1984
- COURTINE, J.J.; MARANDIN, J.M. “Quel objet pour l’analyse du discours? “. **Materialités discursives**. Lille, Presses Universitaires de Lille, 1981.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, (trad. L’Ordre du discours), 1971 .
- _____. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- FRANCHI, Carlos. Linguagem: Atividade Constitutiva. **Cadernos de Literatura e Ensaio**, São Paulo: Brasiliense, p 9 – 27, 1977.
- FUCHS, C. **La Paraphrase**. Paris, P.V.F., 1981.
- _____. La paraphrase entre la langue et le discours. **Langue Française**, n.53, p.23-33, 1982.
- _____. Paráfrase Linguística. Tradução de J. W. Gerald. **Cadernos de Estudos Linguísticos** n. 8, Campinas: UNICAMP, 1985.
- _____. **Paraphrase et énonciation**. Paris: OPHYS, 1994.
- GASPAR, Nádia Regina. Das trilhas da história aos trilhos da Central. In: GREGOLIN, M. R. V ; BARONAS, Roberto (Org.). **Análise do Discurso: as materialidades do sentido**. São Carlos: Claraluz, 2001.
- GERALDI, João Wanderley. **Portos de Passagem**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução de Bernardo Leitão et al. 2. ed. Campinas: UNICAMP., 1992.
- LE GOFF, J.; NORA, Pierre. **História: novos objetos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.
- LEONARDO FILHO, Luiz Sérgio. Linhas Gerais sobre a Pragmática da constitucionalização do poder. **Cadernos de Direito Constitucional e Política**. São Paulo: Parma, Ano 4, n. 5, abril-junho, 1996.
- LÖWY, M. **Ideologia e Ciência Social**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- MAIA, Alexandre da. O movimento do direito alternativo e sua influência na comarca de Recife. *Revista da OAB –Seccional de Pernambuco*, n. 24, 1997.
- MAINGUENEAU, D. **Novas Tendências em Análise do Discurso**. 2. ed. Campinas: Pontes. (trad. de Nouvelles tendances en analyses du discours), 1993.
- ORLANDI, Eni P. **A linguagem e seu funcionamento**. Campinas: Pontes, 1987a.
- _____. **Silêncio e sentido**. Campinas: RG, 1987b.
- _____. Silêncio e implícito. In: GUIMARÃES, Eduardo. **História e Sentido da Linguagem**. Campinas: Pontes, 1989.
- _____. **As formas do silêncio**. Campinas: UNICAMP, 1992.

- _____. **Análise do Discurso**. 4.ed. Campinas: Pontes, 2002.
- PÊCHEUX, M. A Análise do Discurso : três épocas. In: *GADET, F. & MAK, T. (Org.). Por uma análise automática do discurso*. 2. ed. Uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: UNICAMP, 1990.
- POSSENTI, S. **Discurso, estilo e subjetividade**. São Paulo: Martins Fontes, Cap. VI, 1988.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Teoria tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RESENDE, Selmo Haroldo de. **A construção discursiva dos fins educativos da prisão**. 1996. Dissertação (Mestrado)- UFU, Uberlândia, 1996.
- RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.
- ROBIN, R. **História e linguística**. São Paulo: Cultrix, 1997.
- SANTOS, João Bôsko C. **Por uma teoria do discurso universitário institucional**. 2000. Tese (Doutorado)- UFMG, Belo Horizonte, 2000.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de Linguistique Generale**. Paris, Payot 3. ed. (trad. bras. : Curso de Linguística Geral, São Paulo: Cultrix Ed. da USP), 1971.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SNYDERS, Georges. **Escola, classe e luta de classes**. Lisboa: Moraes, 1977.
- VILLARTA-NEDER, Marco Antonio. A escrita como monumento: análise de certidões de cartório. **GEL XXX**, Marília, 2001.
- _____. **Os movimentos de silêncio: espelhos de Jorge Luís Borges**. 2002. Tese (Doutorado)- UNESP, Araraquara, 2002.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no **Word for Windows** versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e inferior, 2,5 cm; esquerda, 3 cm; e direita 2 cm. Tipo de letra: **Times New Roman**, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-sequencial: tamanho 10.

As resenhas devem ter, no máximo, cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto.

Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé. **Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível, o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua. **Sumário:** Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio **Word for Widows**. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada numérico (e, não, **autor-data**) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caractere e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e sequencial para todo o texto.

a) – Notas de **referência:** A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). **A Importância do Ensino Jurídico**. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subsequentes citações da mesma obra podem ser referenciadas de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver “nome” registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas **explicativas:** Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou docu-



mentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela **Internet** – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

ENCAMINHAMENTO: Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

- Título do trabalho;
- Nome(s) do(s) autor(es) e identificação;
- Qualificação profissional;
- Instituição a que está vinculado;
- Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

