

# **Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito**

## **Editora:**

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito

**Ano 2, nº 3, 1º semestre de 2011**

## **Conselho Editorial:**

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (FDCL)

## **Editores Responsáveis:**

Bernardo G.B. Nogueira; Ramon Mapa da Silva; José Carlos Henriques

## **Corpo de Pareceristas:**

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC-FADIP).

## **Linha Editorial**

Direito, Filosofia e Política.

**Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.**

**Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo**

**Diretor Administrativo e Acadêmico: Henrique Guimarães Malheiros**

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais

E-mails: [ramon\\_mapa@yahoo.com.br](mailto:ramon_mapa@yahoo.com.br); [jcarloshen@yahoo.com.br](mailto:jcarloshen@yahoo.com.br); [bernardogbn@yahoo.com.br](mailto:bernardogbn@yahoo.com.br); [diretoriaitabirito@unipac.br](mailto:diretoriaitabirito@unipac.br)

## **Sumário**

### **Editorial**

### **Apresentação**

**Pós-positivismo, principiologia e direito: exigências de uma nova relação..... 5**  
(José Carlos Henriques - Brasil)

**Sistemas Atmosféricos del Derecho Penal del Inemigo en los Estados Modernos - Consideraciones lógicas al garantismo penal desde el concepto da atmosfera.....20**  
(Juan Carlos Jiménez Triana - Colômbia)

**Da Possibilidade de alteração do nome e sexo no registro civil do transexual operado .....36**  
(Leandro Henrique Simões Goulart - Brasil)

**O Desnudar da Violência: Uma introdução ao problema da ideologia na obra de Karl Marx.....48**  
(Ramon Mapa da Silva - Brasil)

**A técnica processual nas decisões jurisdicionais a partir do modelo constitucional do processo .....74**  
(Felipe Lobato Carvalho Mitre - Brasil)

**El Calculo de Acciones - Esquemas para la interpretación de conductas como modelo garantista.....92**  
(Oscar Alexis Agudelo Giraldo - Colômbia)

**A concessão de uso especial para fins de moradia: Uma experiência no Bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito.....109**  
(Camila Bottaro Sales, Marco Aurélio Rocha - Brasil)

**Contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico e a subsistência de uma identidade própria: um diálogo com a doutrina de Marciano Godoi.....122**  
(Felipe Faria de Oliveira - Brasil)

**A Aplicação do *Nemo Tenetur se Detegere* e a Lei Seca: A recusa ao bafômetro e a manifestação do STJ (HC 166.377) .....142**  
(Késsia Mendes Dias - Brasil)

**O Poder Judiciário brasileiro durante a ditadura militar e os desafios para a construção de uma justiça de transição.....152**  
(Mauro Teixeira - Brasil)

<b>Execução Penal Pós-Constituição Federal de 88: Duas décadas de compassos e descompassos.....</b>	<b>188</b>
<b>(Marcia Angela de Souza - Brasil)</b>	
<b>Filtragem Constitucional: uma concepção discursiva.....</b>	<b>218</b>
<b>(Ricardo Augusto de Araújo Teixeira - Brasil)</b>	
<b>A “irracionalidade” jurídica da moldura interpretativa de Hans Kelsen.....</b>	<b>242</b>
<b>(Bernardo Gomes Barbosa Nogueira - Brasil)</b>	
<b>Mulheres: Uma espécie de ação afirmativa por competência.....</b>	<b>253</b>
<b>(Gustavo Hermont Corrêa – Brasil)</b>	
<b>Os crimes de colarinho branco e as teorias da pena.....</b>	<b>268</b>
<b>(Christiano Leonardo Gonzaga Gomes - Brasil)</b>	
<b>Notas sobre a filosofia política de Hobbes.....</b>	<b>284</b>
<b>(José Luiz Furtado - Brasil)</b>	
<b>Chamada de artigos para a 4ª edição.....</b>	<b>306</b>

## **EDITORIAL**

A Revista Diké já se tornou, na comunidade acadêmica da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, um importante instrumento de divulgação de idéias e apresentação de projetos.

Ao completar sua terceira edição, é possível dizer: o que era, em 2009, uma simples possibilidade, agora, realizou-se e pretende continuar como projeto, sempre em vias de afirmação.

Nesta edição, são muitos os colaboradores externos, alguns estrangeiros, privilegiando o diálogo com o saber que nasce em outras instituições, fortalecendo o intercâmbio interinstitucional e figurando como oportunidade de conhecimento de nossas e novas propostas, em diversificadas paragens.

Uma avaliação rápida deste número nos apresenta a diversificação temática, característica, desde o início, da revista. De fato, a proposta editorial deste veículo sempre se voltou para a reflexão crítica, aberta e interdisciplinar e, por isto, as fronteiras do pensamento são dilatadas, alcançando diversas direções. Continuamos percorrendo aqui, neste número, a mesma via de sempre.

Para melhor organização dos trabalhos da revista, doravante, os demais números serão lançados, sempre que possível, por ocasião da aula inaugural do curso de direito, evento que se repete a cada início de semestre letivo. Por isto mesmo, o lançamento se faz nesta data, em 30 de agosto do ano de 2011.

Saliento que esta data, para nós do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, é duplamente festiva: segue-se à aula inaugural a solenidade de entrega das Carteiras de Estagiário da OAB, pela primeira vez entre nós.

O lançamento da terceira edição da Revista Diké quer ser uma homenagem aos nossos alunos do Curso de Direito, em especial aos atualmente matriculados no oitavo período do curso e que, hoje, dão largo passo, de tantos que a vida profissional exigirá.

Agradecemos aos membros do corpo editorial, a todos os pareceristas, enfim a todos os responsáveis pelo expediente da revista. O resultado final, a divulgação de nossas perspectivas, pensamos ser a melhor recompensa.

**José Carlos Henriques**  
**Editorial Revista Diké**

## APRESENTAÇÃO

### *Uma escolha*

Nessa noite, meu compromisso se restringe a dar publicidade à 3ª edição da Revista Diké. Contudo, importa, antes de dizer sobre esse marco, cumprimentar nossos alunos que hoje recebem, de fato, a cateira que lhes outorga formalmente a possibilidade de atuarem como estagiários.

Bom, é, sem dúvida, um momento importante, e exatamente pela importância do momento, que mais esse rito se mostra necessário enfatizar. Os alunos caminham para um próximo passo em sua jornada, deixam a condição de auditório nas salas de aula, e tornam-se partícipes da peça que o Direito escreve na sociedade em que convivem. Portanto, é momento de refletir acerca da importância do *munus* a que se prestam e da responsabilidade que estão a assumir. Foram agraciados com ensinamentos vários dentro da sala de aula, e têm, agora, o dever de cumpri-los na carreira que se anuncia.

O jurista tem poder ativo e necessário de conformação e formação de um país, portanto, as profissões que o estudante de Direito pode assumir, longe de cobrar um mero conhecimento técnico da ciência, têm/devem possuir, um compromisso sócio-político e intelectual, que é o da construção e formação dos valores que vêm guardados dentro do texto constitucional e mais importante, que vêm impregnados no solo da pátria que estão agora a participar como construtores.

Assim, e por falar em pátria, peço licença, para propor uma reflexão e brevemente dar a saber sobre uma experiência, que acredito, neste momento, permite entrelaçar a apresentação de nossa revista e o momento particularmente importante que nossos alunos do 8º período estão a galgar.

Em um noticiário apresentado em Bogotá, na última terça-feira, pudemos ver a manifestação do presidente daquele país a repudiar a possibilidade de criação de instituições de ensino que tenham como objetivo final e exclusivo, o ganho financeiro. Em sua fala mostrou-se contrário àquilo que tão bem conhecemos em nosso país, o fenômeno na mercantilização do ensino. Dizia o representante daquela nação que o país se postaria contrário a este tipo de prática, a evidenciar uma certa incompatibilidade entre estas duas ações e uma mirada importante para a construção de seu país, ou seja, o compromisso com a educação, alicerce de qualquer nação minimamente séria.

Na mesma linha de raciocínio, o reitor da Universidad Libre de Bogotá, em seu discurso de abertura no Congresso que participamos junto com o professor Ramon, também fez coro a esse pensamento e pronunciou palavras que indicavam algumas questões que nos deixaram à vontade para dizer que nossa Instituição, a partir de nosso comum esforço, caminha por boas veredas: Dizia o reitor, que é necessário o conhecimento humanístico e filosófico para afirmação de uma nação e uma sua construção livre e autêntica, e disse ainda que os estudantes estariam convocados assumir sua responsabilidade na formação de seu país. Ademais, em linha diametralmente contrária ao ensino tecnicista e de profundidade inexistente, informou sobre a necessidade de um ensino crítico, que dê ao aluno condição de leitura verossímil da realidade de seu país, que dê ao aluno respaldo ético para que não seja um mero reproduzidor de técnicas que não tenham como pano de fundo o humano. Enfim, deixou-nos com a clara impressão de que um ensino fundado e

com atenção aos alicerces axiológicos que regem e formam um cidadão, é requisito elementar para a constituição de uma nação forte e não subserviente.

Preciso lhes dizer, nesta noite solene, que essas andanças pela América Latina, acabaram por nos revelar, dentre outras coisas, que o paradigma euro-norte-americano, que impregnou o ideário ocidental, está em decadência, é decadência. O mundo está de olhos voltados para o nosso continente, e por isso, nossa responsabilidade é ainda mais alta. Pois, se como nos ensina A. Castanheira Neves, o «direito é parte da formação do que entendemos por Ocidente», o *modus* como nós brasileiros, e com mais ênfase, nós juristas, iremos produzir o direito, será o reflexo daquilo que dentre em pouco tempo entenderemos por homem ocidental. Está aí, portanto, um nosso compromisso comum!

A reflexão e o conhecimento, desde sempre, e pensamos em Sócrates, são ações que legitimam uma vida, pois, assim nos ensinou o filósofo, “uma vida sem reflexão, não é uma vida que valeria a pena ser vivida.” Nesse caminho, nossa Instituição, com o lançamento da 3ª edição da Revista Diké, cumpre com excelência sua obrigação de se desvencilhar desta triste realidade que infelizmente assola o ensino em nosso país, e se coloca como local de culto ao saber e formação que atenta, muito antes, para a formação do humano, do que de uma mera reprodução burocrática de técnicas legais.

Nossa revista, apesar de recente, traz artigos de pensadores de alta monta de nosso país e conta ainda, com artigos estrangeiros, que promovem a interação do pensamento com outras nações. Além disso, se presta a evidenciar o nosso compromisso na promoção de ideias no seio acadêmico, isto, a se espelhar nos artigos conjuntos de nossos colegas docentes com os alunos, permitindo assim a construção de um saber comprometido com a dilatação de horizontes do discente – uma sua saída da caverna, para dizermos junto de Platão.

Parece, a meu ver, que o recado de nossos convivas da Colômbia, não se achega à realidade de docentes e discentes da Faculdade de Direito da UNIPAC de Itabirito. O esforço constante pela busca de formação crítica e bem fundada fica estabelecido com o lançamento de mais essa edição de nossa revista, a qual, nasce em um dia importante, em que nossos alunos recebem sua habilitação para o estágio, que é o primeiro passo para a atuação profissional e ao mesmo tempo o assumir de um compromisso, consigo, com o conhecimento, com a justiça e com seu país.

Ao publicarmos mais um periódico científico, que se destina à construção do saber, dizemos da responsabilidade de todos os discentes em relação a seu país, e dizemos ainda, que a cada passo que trilhamos em nossa carreira, mais devemos assumir a condição de iniciantes, pois, o saber assim se constroi: de lampejos em nosso espírito, que a cada novo olhar, cresce em humanidade e nos coloca – como nos ensina Lévinas - eticamente em direção ao outro, responsáveis por ele.

Esse dito é, portanto, para afirmar a responsabilidade daqueles que formam uma instituição de ensino, esse dito é para firmar o compromisso dos estudantes de direito com seu país, esse dito serve enfim, para me permitir citar Aristóteles e convocar nossos alunos a fazerem sua escolha: “o bem individual é bom, mas o bem comum, é infinitamente melhor.”

**Bernardo G.B. Nogueira - Conselheiro Lafaiete – Inverno 2011.**

## PÓS-POSITIVISMO, PRINCIPIOLOGIA E DIREITO:

### Exigências de uma nova relação

*José Carlos Henriques<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente paper tem por objetivos: pensar os desenvolvimentos da crise do positivismo jurídico, que teria redundado no fenômeno que tem sido denominado “constitucionalização dos direitos”, avaliando seus reflexos no âmbito do direito privado; apontar o novo e decisivo papel desempenhado pelos princípios jurídicos neste contexto pós-positivista; discutir, comparativamente, duas decisões do STJ, apontando para as dificuldades que os tribunais têm encontrado no manejo justo dos princípios do direito.

**Palavras-chave:** positivismo jurídico, constitucionalização, pós-positivista.

**ABSTRACT:** This paper aim to think on the developments of the crisis of juridical positivism, that could be generated the phenomenon called “constitutional approach of the rights”, evaluating the reflects in the dimension of private law, to point the new and decisive role acting by the principles of the right in this post-positivist context, to discus, comparably, two decisions from the STJ, pointing for the difficult that the courts have encounter in the right dispose of the principles of right.

**Keywords:** juridical positivism, constitutional approach, post-positivism.

### Introdução

O presente paper tem por objetivos: pensar os desenvolvimentos da crise do positivismo jurídico, que teria redundado no fenômeno que tem sido denominado “constitucionalização dos direitos”, avaliando seus reflexos no âmbito do direito privado; apontar o novo e decisivo papel desempenhado pelos princípios jurídicos neste contexto pós-positivista; discutir, comparativamente, duas decisões do STJ, apontando para as dificuldades que os tribunais têm encontrado no manejo justo dos princípios do direito.

De relance, nos ocuparemos da reformulação do conceito de autonomia da vontade, desembocando em novos tratamentos das relações jus-privatísticas, introduzindo a discussão sobre a formação de um novo conceito de *autonomia privada*, em que a liberdade individual se vê mais amplamente limitada, em benefício do resguardo de interesses meta-individuais e da função social das relações jurídicas.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Faculdade de Direito da Unipac de Itabirito. Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Professor de Filosofia da Faculdade Arquidiocesana de Mariana.

Para cumprir os objetivos acima, o texto comportará, basicamente, três movimentos.

Primeiramente, dirá sobre o advento da nossa era, que tem sido chamada de pós-moderna e seus reflexos em ambiente jurídico.

Em seguida, tomará lugar a discussão sobre o fenômeno da constitucionalização, um dos pontos centrais do novo papel desempenhado pelos princípios no âmbito das construções jurídicas.

Por fim, ainda atendendo à questão da importância dos princípios, serão contempladas duas decisões do STF, na tentativa de verificar como os tribunais têm enfrentado a questão do valor jurídico da principiologia jurídica e como têm lidado com a relativização da segurança jurídica que ela pode comportar.

## **1 Pós-modernismo, sociedade e direito: rompimento das fronteiras entre direito público e privado ou o novo papel dos princípios jurídicos.**

Vivemos em uma sociedade de consumo, sendo que nesta, seguramente, para atender mesmo às demandas históricas que este tipo de sociedade comporta, houve considerável modificação do papel do Estado, ampliando este seu campo de atuação buscando, regulamentar e gerenciar a autonomia da vontade, amplamente defendida no Estado Liberal burguês, em favor da defesa de um Estado Social de Direito, cujo fim seria, dentre outros, a criação de um novo espaço de ação dos indivíduos na vida privada.

Pode-se, neste contexto, falar de uma limitação da autonomia da vontade no âmbito de atuação dos indivíduos regulada pelo direito privado. Fala-se, então, de uma publicização do direito privado.

Quanto ao equívoco caráter novidadeiro, manifestado por muitos ao falar da constitucionalização do direito civil, com apoio em Gaston Morin, ressaltando que este movimento faz parte de um contexto mais amplo de publicização do direito privado, preleciona INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *in verbis*:

o tema da constitucionalização do direito civil, muito embora tenha adquirido ênfase nos últimos tempos – no Brasil, pelo menos, as obras de maior relevo são de publicações relativamente recente – em verdade é um assunto que, de certa forma, pode-se considerar velho de alguns anos. Quando mais não seja, parece correto dizer-se que essa problemática se fez presente aos juristas de maior expressão desde a primeira metade do século passado, o contexto da chamada publicização do direito privado, um fenômeno de maior amplitude

que o civilista Gaston Morin, com rara felicidade, batizou com a frase que se tornou célebre – a revolta dos fatos contra o Código – para realçar a crescente desarmonia que, àquela época, já se evidenciava entre o Código de Napoleão e as necessidades de um mundo que se transformava em ritmo acelerado, provocando problemas que o texto codificado não tinha condições de resolver a contento.<sup>2</sup>

Antes, contudo, de contemplarmos o fenômeno da ruptura das fronteiras dicotômicas entre o direito privado e o público, dicotomia tão celebrada no Estado Liberal, lancemos um olhar às transformações sociais que o provocaram.

Na década de 70 do século passado, ERICH FROMM descrevia com precisão a chamada sociedade de consumo, afirmando que "a ambição humana, tendo por freguês o mundo inteiro, torna-se ilimitada, e o homem se enche de desgosto com a futilidade da busca interminável". Prosseguia o autor afirmando que "a sociedade se torna um pó desorganizado de indivíduos" e "as comunidades industrializadas negligenciam os próprios objetivos pelos quais se torna justificável a aquisição de riqueza, em sua preocupação com os meios pelos quais essa riqueza pode ser adquirida"<sup>3</sup>

Com o processo de industrialização, produção em massa, distribuição de mercadorias em grande escala e demais fenômenos ligados à evolução do capitalismo no século XX, ocorreu verdadeiro processo de despersonalização das relações jurídicas, primando estas por uma patrimonialização cada vez mais radicalizada. Aliás, a patrimonialização das relações jurídicas foi apanágio do direito liberal, fundado, no dizer de seus defensores mais célebres, com o fito de proteger o indivíduo, sua vida, liberdade e propriedade. O comércio jurídico, portanto, fundava-se aqui, em grande medida, no patrimônio individualizado, alçado este a valor de importância símile à vida.

Portanto, para o direito de matriz liberal, mormente no tocante ao instituto jurídico do contrato, a patrimonialização das relações era a regra. Com as novas demandas sociais, surgidas em um novo contexto de afirmação de idéias socializantes, sobretudo a constatação da desigualdade material das partes numa relação contratual, o Estado viu-se obrigado a uma reformulação de sua atuação, por exemplo, buscando disciplinar o conteúdo dos contratos de consumo, garantindo ainda a possibilidade interventiva do Poder Judiciário na moderação dos objetivos dos contratantes.

---

<sup>2</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *A Constitucionalização do Direito Civil*. In: Revista de Informação Legislativa, n. 59. p. 31.

<sup>3</sup> Citado por, CALDAS, Andressa. In: *Direito do Consumidor: exigência do capitalismo ou transformação social?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 32 - 1999, pág. 109.

Evidentemente, mudada a ordem econômico-social, são imperiosas as modificações na ordem jurídica, para que esta não fique à margem das transformações históricas e, efetivamente, sirva aos propósitos da ordenação das relações sociais.

De fato, como observa VITAL MOREIRA,

a ordem econômica liberal é confrontada pela transformação da economia e das relações sociais e é substituída por uma nova ordem que tem como elemento caracterizador a assumpção dos conflitos e das contradições sociais, então estes passam a caracterizar a própria ordem jurídica e constitucional.<sup>4</sup>

Isto é, diante dos novos quadros sociais, movimenta-se o direito para pensar as transformações, colocando-as no centro mesmo da ordem jurídica, buscando discipliná-las de modo novo, adaptado aos influxos decorrentes do movimento histórico contido nas transformações sócio-econômicas.

Postas novas demandas sociais, estas tensionam os limites da ordem jurídica, em favor do estabelecimento de nova ordem regulamentadora dos fatos sociais, surgidos ao sabor dos movimentos históricos.

Nas acertadas palavras de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO,

... como deixara de haver a necessária correspondência entre a infra-estrutura social e o sistema jurídico formalmente em vigor – gerando o que muitos chamaram a crise do direito liberal-burguês – cuidaram os espíritos mais lúcidos de construir novos paradigmas ou, se preferirmos, de criar modelos jurídicos capazes de suprir as carências do antigo sistema e, ao mesmo tempo, dialeticamente, levar adiante, transformadas e enriquecidas pelas novas reflexões, as grandes conquistas do regime em vias de superação.<sup>5</sup>

Na verdade, as transformações ocorridas na vida social, no trato social comum entre cidadãos, provocaram a mudança do próprio Estado para atender aos novos reclames que estas suscitavam. Muda-se a concepção do Estado, deixando este sua apatia em relação ao privado, não intervenção programada e defendida pelo pensamento liberal, em favor de um gerenciamento da vida social de molde a impedir que a competição capitalista, sempre cada vez mais radicalizada, viesse a tornar absolutamente desiguais as relações jurídicas no âmbito do direito privado.

Não que a ordem jurídica, sobretudo ao disciplinar o motor da vida privada, os contratos tenha se afastado do capitalismo, da defesa da propriedade, por completo. Contudo, como observa ALESSANDRA CALDAS, “ainda que a ordem jurídica mantenha o fundamento do capitalismo e da propriedade privada como seu núcleo

---

<sup>4</sup> Vital Moreira, citado por CALDAS, Alessandra. op. cit. p 5.

<sup>5</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit. p 39.

essencial, as transformações sócio-econômicas operadas nas sociedades de massa integraram, no ordenamento jurídico, elementos contraditórios à ordem capitalista.”<sup>6</sup>

Assim, mesmo mantida a ordem capitalista, certos elementos nela introduzidos por força das transformações históricas agasalhadas pela ordem jurídica, cooperam para que seja aquela mesma ordem remodelada, reformada, em favor dos novos princípios regentes das relações sociais.

Neste contexto, podemos falar que, sendo a Constituição o lugar privilegiado do acolhimento dos valores máximos regentes da ordem jurídica e em seu texto que, na atualidade, não somente no Brasil mas também em outros nações ocidentais, tem se dado o fenômeno da constitucionalização dos direitos.

Contudo, a inserção nos textos constitucionais da disciplina das relações privadas não se dá sem conflitos e extemporaneidades.

De fato, as mudanças de paradigma na ordem jurídica, antes de atingirem os textos legislativos e, em especial, o texto constitucional, passam por longo período de maturação na jurisprudência e na doutrina, momento em que não podem ser negadas as controvérsias e, em geral, as tendências conservadoras que se arraigam nas instâncias decisórias.

Lembramos aqui a posição de HEGEL que, na introdução de sua obra “Princípios da Filosofia do Direito”, ao falar do papel da filosofia, dizia chegar esta sempre em atraso para fazer a leitura dos fatos já necessariamente passados, comparada à coruja de Minerva que, à noite, sai para ver o que na luz do dia foi realizado. Assim, também pensamos em relação ao direito, em geral, e à elaboração das normas, em particular. Com efeito, são necessários multiformes e demorados esforços para que a legislação incorpore conceitos e princípios que, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, na maior parte das vezes, já se encontram consolidados.

O movimento histórico de consolidação dos princípios norteadores do direito soe ser lento, porque dialético, construído no seio mesmo das instituições sociais que se fundam, também elas, não sem contradições.

Quando tais princípios, garantias... atingem o status constitucional, seguem sendo orientadores, nortes obrigatórios tanto para o legislador quanto para o intérprete e construtor das normas concretas.

---

<sup>6</sup> CALDAS, Alessandra. op. cit. p 7.

Ainda mais, os princípios consagrados na Constituição, mesmo que sua legitimidade tenha advindo de certos setores específicos do mundo jurídico, buscam extravasar seu campo de aplicação e influência, abrindo-se a outros segmentos do sistema jurídico. Melhor tendem a integrar o sistema jurídico, como um todo, mostrando-se avessos à inicial setorialização originária.

Exemplo clássico deste fenômeno encontramos acerca dos princípios regentes do direito do consumidor que, inicialmente setorializados, expandiram seu campo de atuação para outros ramos do direito, influenciando a adoção naqueles ramos de seus princípios protetivos.

Não se dá o movimento de extrapolação mencionado, sem reações contraditórias e conservadoras, mas tais reações fazem parte da construção de interpretações mais consentâneas com a visão de um sistema aberto.

## **2 Neoconstitucionalismo e constitucionalização dos direitos: o papel diretivo dos princípios**

Como se já disse, efetivamente podemos falar que, sendo a Constituição o lugar privilegiado do acolhimento dos valores máximos regentes da ordem jurídica é em seu texto que, na atualidade, não somente no Brasil, mas também em outras nações ocidentais, tem se dado o fenômeno da constitucionalização dos direitos.

De fato, são alçados à dignidade constitucional muitos princípios que tiveram origem em setores especializados do direito e, com este novo *status*, passam a exercer papel diretivo tanto da produção das normas quanto do processo de interpretação/aplicação do direito.

Não se dá o movimento de extrapolação mencionado, sem reações contraditórias e conservadoras, mas tais reações fazem parte da construção afirmativa dos princípios, quem sabe como contraponto necessário a uma aceitação acrítica e, portanto, improdutiva, dos mesmos.

De fato, por exemplo, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, têm sido reiteradas decisões que negam a aplicabilidade dos dispositivos deste diploma legal para outros contratos, cuja delimitação não corresponda exatamente ao que se definiu como "relação de consumo".

Contudo, persiste o desafio para os estudiosos do Direito, a saber, perquirir a possibilidade de se aplicarem dispositivos relativos à proteção do consumidor para contratos que tipicamente não caracterizem uma relação de consumo, mas que sejam caracterizados pela hipossuficiência de uma das partes e pelo desequilíbrio contratual.

Os princípios, valores e direitos fundamentais presentes no texto constitucional, tais como, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e a redução da desigualdade social (art. 3º, III, CF), permitem a aplicação dos preceitos inovadores do Código de Defesa do Consumidor para relações contratuais em geral, não propriamente de consumo.

Nesse sentido, TEPEDINO defende que,

mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo.<sup>7</sup>

Assim, a compreensão e a análise do tema exigem necessariamente o exame das relações contratuais à luz do texto da Constituição Federal de 1988, pois o pacto constitucional não só deve orientar o âmbito do direito privado, como também lhe impõe uma visão de solidariedade e de justiça social.

Consoante se intentou demonstrar, atualmente, as relações contratuais (de consumo ou não), em regra, não interessam apenas aos sujeitos contratantes, mas constituem situações jurídicas de forte repercussão econômica e social. Vários economistas estão engajados nisso e têm analisado os fenômenos do altruísmo, a preocupação com o interesse público, ou o engajamento em favor de valores sociais ou morais. Esta tentativa se impõe com mais força na medida em que o modelo econômico tradicional, dito neoclássico, está sendo levado para outras esferas sociais além da produção e do consumo de bens privados, especialmente para a esfera jurídica.

A constatação da hipossuficiência (ou vulnerabilidade, como preferem alguns) de um dos pólos da relação contratual autoriza e exige a adoção de medidas protetivas, não somente no âmbito do direito consumerista. A esta situação, alguns autores denominam de "renascimento da autonomia da vontade protegida". Segundo demonstra

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo — Temas de Direito Civil — As relações de consumo e a nova teoria contratual. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 97.

a professora CLÁUDIA LIMA MARQUES, busca-se agora "garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda". Esta nova autonomia muda exatamente o sentido do dogma mais tradicional da teoria contratual: a autonomia da vontade. E, continua a professora, "conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor."<sup>8</sup>

Assim, impõe-se com maior vigor a limitação da categoria da autonomia privada através da inserção de outros elementos integradores da relação contratual, como a boa-fé e a justiça social.

Neste sentido, resgata-se o entendimento de COUTO E SILVA, para quem a autonomia da vontade "continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo."<sup>9</sup>

Por tudo, a constitucionalização do direito privado não promove a extinção deste e nem faz desaparecer a autonomia no âmbito das relações jurídicas que se travam entre os particulares mas, seguramente, dita rumos novos na configuração destas relações, limitando a autonomia da vontade individual, quase absoluta no direito de matriz liberal burguesa.

Daí falarmos em um direito civil constitucional, ou seja, na releitura do direito privado à luz dos princípios e diretivas constitucionais.

De fato, a Constituição é o centro do qual irradiam os princípios máximos do sistema, como esclarece PIETRO PERLINGIERI,

as leis especiais não são mais consideradas atuativas dos princípios codicísticos, mas daqueles constitucionais, elas não podem ter lógicas de setor autônomas ou independentes das lógicas globais do quadro constitucional. Elas também devem ser sempre concebidas e conhecidas obrigatoriamente no âmbito do sistema unitariamente considerado.<sup>10</sup>

Assim, é em um contexto constitucionalmente estabelecido que devem ser inseridos os microsistemas constituídos pelas legislações especiais. O direito especial

---

<sup>8</sup> Citado por CALDAS. op.cit. p. 12.

<sup>9</sup> Citado por CALDAS. op. cit. p. 13.

<sup>10</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p 79.

deve se tornar parte de um todo sistemático que, nos dizeres novamente de PIETRO PERLINGIERI, “tem sua peculiaridade e sua limitada autonomia, mas sempre derivada e vinculada pelas diretrizes e pelos valores do sistema.”<sup>11</sup>

Compreende-se, portanto, porque a legislação especial e, entre nós, o próprio Código Civil, veio consagrar, ainda que este último de forma parcial, a principiologia constitucional e, se é verdade que, sob muitos aspectos, ainda esta não encontrou no direito legislado sua consagração, não é menos verdade que a jurisprudência, cada vez mais, tem cuidado de realizá-la, interpretando tanto o Código quanto o direito especial, sob a ótica do sistema jurídico como um todo, cujo vértice é, inegavelmente, a Constituição.

A Constituição fornece os parâmetros de oxigenação do sistema jurídico, por isto mesmo, comparece como elemento garantidor de uma interpretação principiologicamente diretiva de todo o direito, não sendo exceção o direito privado.

Vê-se que estamos longe da antiga visão que cometia à Constituição o papel quase que exclusivo de definir normas constituidoras do Estado e de seus poderes. Sobretudo, no modelo constitucional adotado no Brasil, claramente analítico, cada ramo do direito fixa no texto constitucional suas raízes, na maior parte das vezes explicitamente, ali sendo lançados os princípios que sustentam a coluna vertebral de cada um dos ramos especializados do direito.

A principiologia diretiva da construção do direito, agora, não é buscada no Código, pelo menos não primeiramente e de forma exclusiva. Busca-se esta na Constituição.

Daí podermos falar da existência de um direito civil constitucional. Também as relações jurídicas privadas não podem ser construídas à revelia da Constituição. Na verdade, sobleva o papel da interpretação, da jurisprudência que, com os olhos direcionados para o texto e para o espírito dos valores e princípios consagrados na Constituição, busca revitalizar os diversos ramos do direito com a seiva vivificante das escolhas máximas do poder constituinte.

Conforme, paradigmaticamente, esclarece GUSTAVO TEPEDINO, um dos paladinos do direito civil constitucional no Brasil,

a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia,

---

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*. p. 79.

repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas das sociedade atual.<sup>12</sup>

Longe estamos da constatação feita por BERTRAND MATHIEU segundo a qual

o direito civil e o direito constitucional são os dois pilares da ordem jurídica. De acordo com as definições tradicionais, um organiza as relações entre particulares, o outro fixa as regras relativas à forma do Estado e à organização dos poderes públicos. Durante muito tempo, eles têm coexistido em majestosa indiferença recíproca.<sup>13</sup>

Hoje não mais se verifica esta coexistência indiferente entre o direito civil e o constitucional, pelos motivos que procuramos apontar no presente capítulo. A interpenetração destes dois ramos do direito é tão intensa que justifica a utilização corrente da expressão “direito civil constitucional”.

### **3 Codificação, sua crise e interpretação sistemática: a noção de sistema aberto**

O fenômeno da codificação foi característico dos Estados de *civil law* (Europa continental e países de tradição ibérica da América Latina). Nos países de *common law* (Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, Comunidade da Austrália, Nova Zelândia e Canadá) a codificação do direito não chegou.

É preciso lembrar que, reagindo contra os modelos jurídicos medievais, a codificação, no sistema continental europeu, representou a modernidade no Direito Privado, operando um rompimento com o passado.

A principal vantagem querida pela codificação, ao que parece, seria o estabelecimento da noção de sistema, favorecendo a interpretação-aplicação do direito, ordenando o conjunto em favor do bom entendimento de suas partes. De fato, no dizer

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 21.

<sup>13</sup> MATHIEU, Bertrand. Droit Constitutionnel et Droit Civil: de vieilles outres pour un vin nouveau. Revue Trimestrielle de Droit Civil, v. 1, p. 59-65. Apud: TÔRRES, Heleno Taveira. O Conceito Constitucional de Autonomia Privada como Poder Normativo dos Particulares e os Limites da Intervenção Estatal. In: Direito e Poder. Rio de Janeiro: Manole, 2005. p. 566.567. A tradução apresentada é de nossa autoria. Consignamos o texto original: “Le droit civil et le droit constitutionnel sont les deux piliers de l’ordre juridique. Selon des définition traditionnelles, l’un organise les rapports entre particuliers, l’autre fixe les règles relatives a la forme de l’État et a l’organisation des pouvoirs publics. Ils ont longtemps coexisté dans une majestueuse indifferance réciproque”. Registramos o texto francês corrigido, eliminadas as imperfeições ortográficas presentes na citação original, incompatíveis com escrita da língua francesa.

de HELMUT COING, sistema é a "ordem de conhecimentos sob um ponto de vista unitário".<sup>14</sup>

A idéia de sistema garante a ordem e a unidade como características a serem preservadas tanto no processo de criação quanto naquele de interpretação-aplicação do direito. A noção de sistema organiza valorativamente o conjunto da ordem jurídica, possibilitando com isto uma adequação teleológica das partes que o compõem. Como bem se expressa CLAUS-WILHELM CANARIS, *in verbis*:

o sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.<sup>15</sup>

Como se vê, o sistema contém em si a idéia de que há princípios regentes para uma interpretação das partes em consonância com o todo, são os princípios gerais que comparecem como fatores de mobilidade, que vão produzir a unidade interna.

A idéia de princípio é polissêmica, comporta vários sentidos, contudo, segundo nos parece, merece acolhida a definição de ROBERT ALEXY, segundo a qual os princípios são:

... 'mandados de otimização' que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades fáticas mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas encontra-se determinado através de princípios e regras que jogam em sentido contrário.<sup>16</sup>

A partir da concepção de princípio como elemento diretivo e vivificador de todo o sistema, se modificado o próprio princípio, por consequência, deve ser alterado, no âmbito da construção sistemática do direito, tudo que dele depende, ou seja, a interpretação-aplicação das normas como um todo.

Como se sabe, com o advento do Estado Social, e suas diretrizes intervencionistas, deixou de prevalecer a antiga divisão entre direito privado e público, ocorrendo paulatina publicização do direito privado e, em menor medida, uma privatização de certos institutos então pertencentes ao direito público. Enfim, a estaque

---

<sup>14</sup> COING, HELMUT. Zur Geschichte des Privatrechtssystems, apud MARTINS-COSTA, JUDITH. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". In: Rev. de Inf. Legisl. Brasília, nº 112, outubro/dezembro 1991, página 14.

<sup>15</sup> CANARIS, CLAUS-WILHELM. "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito". Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, páginas 77-78. Trad. de A. Menezes Cordeiro.

<sup>16</sup> ALEXY, ROBERT. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razon Practica. In: Rev. Doxa, Alicante, volume 5, 1988, página 143.

divisão privado x público foi colocada em cheque. O Direito Privado passa a ser compreendido como um sistema aberto, segundo um escalonamento de interesses que vão do individual ao coletivo, em graus variáveis.

Um dos pilares do sistema de direito privado é o princípio da autonomia da vontade. Com as transformações ocorridas no âmbito social e político este princípio sofre também modificações radicais e, por isto, o processo de interpretação-aplicação dele dependente se altera por completo.

Seguramente, agora, sob o influxo das alterações no sistema de direito privado, no que diz respeito ao novo conceito de autonomia, devem se modificar também as construções interpretativo-aplicativas que dele dependem, inserindo-se estas em um contexto principiológico diretivo.

Fala-se ainda, então, de autonomia privada, já que o Estado continua a não negar aos indivíduos o trâmite em um ambiente livremente construído por suas vontades, propiciando-se pelo exercício da liberdade individual a constituição de relações jurídicas.

Contudo, se deve reconhecer que a autonomia privada de agora, não agasalha a liberdade da vontade individual absoluta, como defendida pelo sistema liberal burguês.

Possível falar de liberdade da vontade individual, mas deve ser salientado que o exercício desta mesma liberdade, por obra da disciplina estatal dos negócios privados, relativizou-se.

Os indivíduos são ainda capazes de criar suas próprias normas com o fito de gerenciar suas relações entre si, aliás, noção expressa na palavra autonomia que, em última instância, nos remete à idéia de alguém que cria para si mesmo suas normas reguladoras. Ocorre que a autonomia privada, nos novos moldes publicizantes, esbarra em um quê de heteronomia, estreitando-se o espaço de livre criação do direito pelos particulares.

Por tudo, o Estado, no novo modelo, menos liberal, ainda reconhecendo aos particulares a prerrogativa de, de maneira autônoma, constituírem entre si relações ditadas pela vontade das partes envolvidas no negócio, disciplina aquelas mesmas relações direcionando a vontade dos indivíduos rumo ao resguardo de interesses que não dizem respeito somente a eles mas à coletividade.

Vejamos como se formou o princípio da autonomia da vontade individual no âmbito privatístico para, em seguida, serem alcançadas as mudanças por ele sofridas no novo cenário, para o qual acenamos acima.

## Conclusões

Por tudo, se podem elencar como conclusões parciais, relativamente a este tópico, que poderia ter por título “as transformações sociais e a crise do Estado Liberal burguês: reflexos no direito privado” as seguintes:

1. O direito, como um todo, mantém suas raízes presas à história, construindo-se como fato social, repercutindo, de alguma forma, o modo de ser da sociedade na qual e para a qual é formado;
2. Em razão mesmo das mudanças sociais, movimenta-se o direito, transformando-se em benefício do resguardo de valores, princípios e garantias historicamente consolidados como seu núcleo realizador;
3. Verifica-se que, uma das mais radicais transformações sociais dos últimos séculos consiste na afirmação, sempre mais crescente, de um Estado Social de Direito, reduzindo-se o âmbito de atuação dos indivíduos em favor da concretização de esforços beneficiadores do todo social;
4. Assim, a partir do movimento histórico de afirmação e consolidação dos valores, são eleitos princípios, sendo estes insertos na Constituição, sabendo-se que, nos últimos séculos, estes se voltaram para a proteção do hipossuficiente, a implementação da proteção à função social das relações de propriedade e contratuais;
5. Os princípios acima citados, dentre outros, alcançado o status constitucional, passam a reger a orquestra interpretativa do sistema jurídico e o fazem tanto como elemento diretivo do comportamento legiferante quanto daquele do intérprete e construtor concreto das normas de atuação do direito;
6. A inserção no texto das modernas constituições de normas e princípios reguladores do direito privado, dentre outros motivos, se liga ao fato de que, diante da crise do liberalismo individualista, reforçou-se historicamente a necessidade de se protegerem os interesses sociais envolvidos nas relações entre particulares, direcionando a atuação da antiga autonomia da vontade em direção de um novo conceito de autonomia privada, atendendo aos desígnios coletivos de seus resultados;
7. Alimentamos a convicção de que foi a exarcebação do individualismo liberal que, dialeticamente, gerou a possibilidade de sua dissolução, vez que provocou a manutenção de uma ideologia também individualista geradora de desigualdades insuperáveis no campo social, provocando a mudança de comportamento do legislador

que passou a resguardar o direito dos excessos do individualismo, aumentando o campo de atuação do Estado no sentido de conter aqueles mesmos excessos;

8. Talvez porque não consiga o legislador acompanhar o movimento das demandas legiferantes advindas dos fatos sociais, firma-se a Constituição como o lugar próprio da disciplina das normas gerais e princípios construtores dos diversos segmentos especializados do direito, motivo pelo qual nos é possível falar de um direito civil constitucional;
9. Por fim, não se pode deixar de frisar que a crise do liberalismo burguês foi a matriz geradora de uma nova visão do direito, desta feita mais apegada à diminuição do campo de absoluta liberdade de ação dos indivíduos, em benefício da concretização de interesses sociais superiores. O lugar diretivo próprio da nova disciplina do espaço autônomo de relações entre os indivíduos é a Constituição. Daí, para nós, o acerto da expressão constitucionalização do direito civil, fenômeno final da chamada publicização do direito privado;
10. Hoje, longe da indiferença outrora pregada pela doutrina e praticada pela jurisprudência, há uma imbricação necessária entre direito civil e constitucional, sendo este a seiva vivificante daquele, constituindo-se como verdadeira coluna vertebral de todo o corpo sistemático do direito privado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDAS, Andressa. In: *Direito do Consumidor: exigência do capitalismo ou transformação social?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 32 - 1999, pág. 109.

CANARIS, Claus Wilhelm — *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. *Contratos: atualidade e evolução*. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito — Porto, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 59. p. 31.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito à constitucionalização de direitos*. IN: *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 271-317.

DONADEL, Adriane. *Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família*. IN: *Tendências constitucionais no direito de família*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, p. 9-20.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. IN: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

FACHIN, Luiz Edson, *A reforma no direito brasileiro : novas notas sobre um velho debate no direito civil*. IN: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.87, n.757, p.64-69, nov. 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. São Paulo, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HANNA, Munira. *Repersonalização e constitucionalização: superação do paradigma patrimonialista*. IN: *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v.32, n.98, p.221-235, jun. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991.

MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado*. IN: *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v.31, n.94, p.227-250, jun. 2004.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil* 19ª ed. Vol. I. São Paulo: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p 79.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, 32ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Francisco Amaral. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito civil*. IN: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado Rio de Janeiro, n.5, p.23-59, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo — *Temas de Direito Civil — As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Ed. Renovar, 2ª edição.

VENCESLAU, Rose Melo. *O Negócio Jurídico e suas Modalidades*. In: AAVV, A Parte Geral do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

## SINTOMAS ATMOSFÉRICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LOS ESTADOS MODERNOS

- **Consideraciones lógicas al garantismo penal desde el concepto de atmosfera**

*Juan Carlos Jiménez Triana<sup>17</sup>*

**RESUMEN:** Los estados modernos se enfrentan en la actualidad a organizaciones criminales y actos que conmocionan la opinión pública mediante el endurecimiento punitivo y el recrudescimiento de las garantías constitucionales para hacer más efectiva la prevención, dirigiéndose a legislaciones de combate que hacen renacer los estados de policía, de tal manera que la atmosfera colectiva del país tiene una influencia directa en las fuerzas que ejerce sobre sus individuos para la formulación de políticas criminales como consecuencia del reclamo de una seguridad.

Estas manifestaciones pueden ser reveladas por medio del concepto de atmosferabilidad, propuesta de un modelo cualitativo que hace uso de metalenguajes para la interpretación lógica de esta realidad, siendo un aporte a la ciencia jurídica desde la lógica formal impulsada hacia nuevas fronteras del conocimiento, que permiten la reformulación del problema y la relación de cuáles son las fuerzas o a tractores que influyen en la producción de las políticas públicas.

**Palabras claves:** estados modernos, opinión pública, estados de policía, políticas criminales, atmosferabilidad, lógica formal, ciencia jurídica.

**ABSTRACT:** Modern states are now facing criminal organizations and events that shock public by tightening punitive and the rise of constitutional guarantees to ensure more effective prevention, addressing the laws of combat are reborn state police, so that the collective atmosphere of the country have a direct influence the forces exerted in its members for criminal policy as a result of the claim of a security.

These manifestations can be revealed through the concept of atmosphere, proposed a qualitative model that makes use of metalanguage for the logical interpretation of this fact, being a contribution to legal science from formal logic led to new frontiers of knowledge, allowing the reformulation of the problem and the relationship of what forces or tractors that influence the production of public policy.

**Keywords:** Modern states, public, state police, criminal policy, atmosphere, formal logic, legal science.

### INTRODUCCIÓN

Tiene sentido hablar de Derecho penal del enemigo cuando los sustentos lógicos obedecen a una confusión de los temas de política criminal con prácticas de Derecho

---

<sup>17</sup> Estudiante activo de la Universidad Católica de Colombia e investigador adscrito al semillero de investigación “Teoría del derecho, Lógica jurídica y lógica deóntica”. Universidad Católica de Colombia. Adscrito al Grupo de Estudios Legales y sociales “Phronesis” COLCIENCIAS. Teléfonos: 4163460 - 3112337767, [jjjimenez triana@hotmail.com](mailto:jjjimenez triana@hotmail.com) Bogotá D.C. Colombia.

penal y criminología y el nuevo paradigma constitucional al que se enfrenta el estado moderno, donde la vinculación de estos se desarrolla en garantías para sus ciudadanos, luego es necesario reevaluar las consideraciones e introducir el concepto de atmosfera como revelador de una realidad social compleja.

Lo que hoy se puede reconocer como estado de Derecho en su evolución histórica advierte ser una contención al estado de policía, esto derivado de las luchas que se libraron ferozmente contra el poder absolutista, dentro de los elementos límites que pueden encontrarse al poder político puede señalarse, la reforma de la Constitución que en buena medida se ha solidificado con el tiempo. ZAFFARONI(2006:223)

En el mundo actual donde la criminalidad supera la posibilidad de reacción de los órganos estatales se hace necesario tomar elementos que constituyan factores reales de lucha contra los ataques a la integridad, bienes, honra de sus ciudadanos y la seguridad del estado, en ese orden de ideas, ya se proponen nuevos cambios y el renacimiento de elementos propios de los estados de policía.

La formulacion de una serie de principios y garantías que limitan el *ius puniendi*, son las reformas del codigo penal Español en las ultimas decadas, no obsatnte con este espiritu de contención tambien se transportaba una idea mas intervencionista, siendo así en el gobierno de Jose M. Aznar(Partido Popular) en el año 2003 donde una politica criminal desvia el curso liberal que se tenia, en efecto se trata de un endurecimiento en las penas de acuerdo una severidad represiva que se le ha denomindo mundialmente como *mano dura*. MIR PUIG y ALCACER(2007:108)

Estos modelos intervencionistas se proponen lograr la prevencion a través de leyes y códigos. Sin embargo, estas afirmaciones son apenas pretensiosas pues refiere los códigos penales actuales como deformes, resultando absolutamente simbólicos y su cumplimiento imposible, siendo el derecho penal actual totalitario porque “todo lo ve y todo lo puede” PARMA(2009:4 y ss.)

El concepto del enemigo en el Derecho penal tiene su origen académico en 1985 cuando Jackobs lo presenta, pero este modelo tendría partida en el año 2001, cuando la situación mundial cambia y el enemigo se reconoce especialmente como el enemigo de la democracia, no obstante esta situación ya se había planteado en clásicos contractualitas como Hobbes, donde el enemigo es aquel que se resiste a la voluntad del soberano. Es por este acto que es obligado a salir del contrato, luego no es acreedor de las penas contempladas para los súbditos sino a aquellas que el soberano le parezca correcto.

El enemigo en el Derecho penal es la figura que permite un trato diferenciado entre un ciudadano y el criminal, reconociendo dice Parma que Lombroso triunfó al lograr interpretar el concepto del “otro”, siendo entonces “nosotros somos lo que el otro no es. El “otro” es lo que nosotros decimos que es” .De esta manera constituir un agente extraño de lo que se concibe como el ciudadano permite diferenciar al enemigo y limitarlo dentro de una racionalidad fabricada. PARMA(2009:11)

En buena medida el derecho penal por tradición a tratado el tema de el extraño, empleando de diferentes formas de neutralización del peligro que estos representan tanto que se esgrimían con frecuencia la eliminación del individuo, de tal manera este reconocimiento del enemigo conduce en lo que en la modernidad se ha llamado el Derecho penal del enemigo. ZAFFARONI(2006:154)

En América Latina la dinámica del poder punitivo es compleja, una gran cantidad de los procesados se encuentran privados de la libertad con el pretexto de adelantar medidas de aseguramiento o de contención, sin siquiera haberse pronunciado una sentencia condenatoria, lo que podría denominarse inversión de el proceso en una presunta peligrosidad, que en estos matices desdice de las constituciones modernas que contemplan la presunción de inocencia como principio fundamental del desarrollo de cualquier actividad jurisdiccional.

La garantía de presunción de inocencia está establecida en Colombia en el artículo 29 de la Constitución Política la cual solo puede ser desvirtuada con una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, y también en los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución y que cuentan con jerarquía constitucional a través del bloque de constitucionalidad<sup>18</sup>, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre que contiene la citada garantía en el artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la desarrolla en el artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el artículo 8, punto 2.

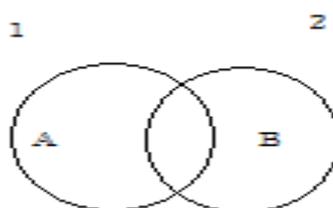
Ahora bien, el código de procedimiento penal Colombiano consagra la medida de aseguramiento cuando el imputado se constituye en un peligro para la sociedad o de la víctima, o que resulte probable que no cumplirá la sentencia, esto se encuentra establecido en el artículo 308 del código de Procedimiento Penal Colombiano que es

---

<sup>18</sup> El bloque de constitucionalidad se refiere a todas aquellas normas que sin ser contenidas en la carta política alcanzan el nivel de norma superior, reconocidas por la misma constitución, tal es el caso de los tratados internacionales.

reconocida en la práctica judicial como detención preventiva. No obstante esta debe sugerir alguna contradicción con el mandato Constitucional del artículo 29 *Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable*. Es entonces una mutua exclusión de enunciados que materializan síntomas de un Derecho Penal del enemigo dentro de un Estado social de Derecho expresado así en el artículo 1 de la Carta política de Colombia.

Puede demostrarse que no existe identidad en los enunciados normativos, pues resultan ser incompatibles un Derecho Penal liberal y un Derecho Penal del enemigo, El siguiente esquema representa la manera en que se relacionan los conceptos expuestos



**Figura 1**

1. Inocencia presunta y la letra A elementos con esta propiedad
2. Peligrosidad presunta y la letra B elementos con esta propiedad

Los conjuntos 1 y 2 representan condiciones mutuamente excluyentes, toda vez que el principio lógico de no contradicción expone que una cosa no puede ser y no ser a la vez, además la identidad del objeto debe guardar la coincidencia consigo mismo, es decir que un agente no puede ser peligroso y serlo a la vez, es por esto que no existen elementos comunes dentro de los conjuntos.

Por otra parte, Jakobs propone el Derecho Penal del Enemigo como un derecho que debe dar respuesta a casos extremos donde el Derecho del Ciudadano es insuficiente, pues el primero goza de unas “ventajas” que le permiten ser más eficiente cada vez que permite entre otras consideraciones como:

1. Un adelantamiento de la punibilidad.
2. Las penas punitivas son desproporcionalmente altas.
3. Las garantías procesales son relativas e incluso suprimidas.

Estas circunstancias son consideradas excepcionalmente para ser utilizadas, y no de otro modo, en el acontecer una emergencia que haga necesaria su aplicación,

Zaffarani señala que la legislación de emergencia se ha hecho una cultura en el mundo y que sigue los siguientes elementos:

1. Un hecho nuevo o extraordinario
2. Un reclamo de la opinión pública<sup>19</sup>
3. Una sanción diferente a la tradicional
4. Sanción en un tiempo veloz aunque no erradique o disminuya dando

lugar a un Derecho penal simbólico. PARMA(2009:59)

De estas “ventajas” no puede confundirse su aplicación con los denominados “ciudadanos” pues de Derecho Penal del Enemigo es contrario al Derecho Penal del Ciudadano, donde el primero no debe contaminar al segundo.

El Derecho Penal del enemigo es un instrumento de poder que se acoge a las ideologías de injusticia y del bien común para mantener el orden y la dominación, así lo expone Zambrano Pasquel en PARMA (2009:28), de la misma manera para JAKOBS (2003:79) el “enemigo” es aquel que con su comportamiento personal hace presumible que se ha apartado del Derecho.

Por su parte la necesidad de establecer modelos que describan de mejor manera la realidad y permitan una medición, conlleva a la realización de un Derecho penal desde un contexto observable donde la atmosferabilidad debe revelar condiciones Lógicas de interpretación.

## **IDEA DE ATMOSFERA Y ATMOSFERABILIDAD**

La idea de atmosfera tendría origen en el siglo XIX en el seno de una ardua discusión académica en la psicología social, dentro de los cuales puede referirse como los principales representantes a Kurt Lewin, Muzafer Sherif y Valentin Voloshinov, este estudio se perpetua desde la observación constante y gradual de la realidad social para la comprensión de la totalidad de los elementos de las relaciones humanas en unas determinadas condiciones.

---

<sup>19</sup> La opinión pública tiene implícito el riesgo de ser manipulable configurando un clima de opinión que se dirige a través de un cálculo socio psicológico encaminado a producir reacciones previsibles. Véase. HABERMAS, J. (2009). *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona. Editorial Gustavo Gili.

La discusión de alma colectiva, espíritu de los pueblos y mente grupal, no tuvieron tanto impacto en el desarrollo de los siglos XIX y XX, como si lo fue el concepto de conducta operante, y aunque se han desarrollado diferentes ideas de atmosfera ninguna ha sido dominante. No obstante, puede decirse que La idea de estudiar al individuo dentro de una atmosfera debe partir de la toma de elementos comunes de la vida del ser humano y expresarse en términos formales con precisión lógica, para que en la estructuración de este modelo se escoja parte de la experiencia de los individuos e iluminar una idea general.

De lo anterior es válido anotar que los actos de un individuo pueden estar determinados por todos los elementos comunes de un ambiente, que no se limitan a ser físicos o sociales, sino ademas, internos. Por dar una idea el concepto de klima se configura como un concepto superior<sup>20</sup>, al cual en palabras de Navalles, podría definirse como:

*“El klima, siendo esto nada más que las condiciones adversas que se presentan a cada pueblo, comunidad, entidad colectiva y que los obligan a ejecutar actos que les permitan resarcir los daños y a su vez fortalecerse como una entidad mas allá de lo físico y lo material”.* NAVALLES(2006:68)

El espíritu de los pueblos se puede entender como aquel patrón común en los individuos, haciendo que los agentes compartan los mismos significados, donde se genera una dependencia entre los propios elementos de la colectividad con esta misma, que al relacionarse estos componentes entre si dan lugar a una especie de “sujeto colectivo”. Para Wundt la anterior relación es una entidad psíquica. NAVALLES(2006:71ss)

Kurt Lewin introduce el concepto de espacio vital para lograr definir la totalidad de los hechos que incidirán en la conducta de un individuo determinado, en un momento dado, bajo una serie de condiciones que por su naturaleza pueden ser cuantificables. LEWIN (1951:4)

Según LEWIN (1951:2) los rasgos esenciales de la teoría del campo el empleo de un método constructivo, el interés a los aspectos dinámicos de los hechos, un análisis de la situación global, distinción entre los problemas sistemáticos e históricos y la representación matemática del campo, a lo cual añade que existen maneras de estudio de los elementos del espacio vital, en los que encontramos un método constructivo o genético, siendo aquel que agrupa las figuras según el modo en que puedan derivarse,

---

<sup>20</sup> Con superior se debe entender del conjunto al que pertenece el agente, toda vez que este es un elemento dentro del todo, véase. GIBB, Jack R. *manual de dinamica de grupos*. Buenos Aires : Editorial hmanitas, 1964.paginas 15 ss

producirse una de otra. Y otro, un método clasificatorio es aquel “que agrupa las figuras geométricas según sus similitudes”.

Por lo anterior Lewin describe que el campo es susceptible de ser verificado tal como lo expone:

*“La teoría de campo, como todo enfoque científico de la psicología es “conductista” si esto significa proveer “definiciones operacionales” síntoma verificable para los conceptos utilizados.” LEWIN(1951:2)*

En consideración de lo desarrollado por Lewin y su teoría del campo vital, podría entenderse el ambiente como aquellos elementos medibles que conforman un conjunto alrededor del agente, y que su concurrencia permite entender el comportamiento de una manera general (o específica)<sup>21</sup>, lo que nos pone de cara a reconocer la entidad psíquica “colectividad” como el escenario en el cual transitan.

LEWIN( 1951:2ss) hace uso de la teoría de Koffka (ambiente conductual) que consiste en que la teoría del campo en la psicología, es la influencia del campo en el individuo en los términos actuales para esa persona. Cabe aclarar que el término actual consiste en describir objetivamente la totalidad de los hechos, que a su vez configuran el campo del individuo.

La concurrencia de varios elementos en un espacio vital ciñen al agente a su conocimiento y la posibilidad de representarse las condiciones que suponen una conducta, además de otros elementos como lo expone Lewin:

*“Las propiedades del espacio vital del individuo dependen en parte de su condición como producto de su historia y en parte de su entorno no psicológico (físico o social)...Tiene las “condiciones límite” como un sistema dinámico.” LEWIN(1951.2)*

Lo más importante de la teoría del campo la teoría del campo es su procedimiento analítico, en el cual, en vez de elegir elementos aislados en una situación, se trata como norma propia de caracterizar la situación en su totalidad, esto presupone

---

<sup>21</sup> Podría hablarse de medición de comportamiento específico de un agente toda vez que este al pertenecer a una comunidad determinada con un espacio vital determinado, con un método constructivo permite apreciar la derivación de la conducta estableciendo los elementos de la teoría del campo vital. Véase. Lewin, Kurt. 1951. Field theory in social science; selected theoretical papers. D. Cartwright (Ed.). *Field theory in social science; selected theoretical papers. D. Cartwright (Ed.)*. New York : Harper & Row, 1951.

que la observación debe ser global a las circunstancias, ocasiones y/o procesos<sup>22</sup> en los que se desarrolla una situación, tejiéndose una comunidad de componentes. LEWIN (1951:3ss)

La mejor manera para abordar el estudio de un campo vital, es mediante la geometría topológica; pues combina el poder de análisis, la precisión conceptual, la utilidad para la derivación. La topología se encarga de manera exclusiva de los límites en las regiones, no del tamaño, formas o distancias. Estas regiones delimitadas son parte significativas en el espacio vital, porque son las posiciones que puede ocupar el individuo. LEWIN (1951.4ss)

De esta manera La psicología topológica determina cuales son posibles o imposibles para un sujeto, y Los vectores indicaran la fuerza relativa de las tendencias para alcanzar o evitar puntos en el espacio vital.

De lo anterior puede resumirse que es necesaria una modelación cualitativa que atiende a características más generales que las meramente cuantitativas, que se encuentran relacionados con una interpretación de tipo geométrica del comportamiento, de tal manera que su observación se realiza en la figura y no en los puntos que la conforman. ARACIL(1993:18)

## **CONSIDERACIONES AL GARANTISMO PENAL DESDE LA LÓGICA DEÓNTICA**

En suma de lo dicho, la necesidad de una observación a la realidad para la obtención de datos que permitan la incursión de políticas más concretas y no universales ni absolutas que puedan llevarse a la realidad, debe acentuarse en los extremos que pueden ser considerados, el Derecho Penal del enemigo y el Derecho Penal liberal garantista.

De esta manera nos conduce a un concilio entre ambas teorías que radica en los sujetos procesales en especial para el juez pues para FERRAJOLI(2009:93) este siempre está condicionado por circunstancias ambientales en la que el interactúa y se pueden resaltar sus sentimientos, inclinaciones pensiónales, promociones y valores

---

<sup>22</sup> los conceptos de ocasión y proceso corresponde a la Lógica de la acción, donde se vincula el cambio de en el mundo que dependiendo su transición podría catalogarse respectivamente. Véase. Von Wriqth, Georg H. *norma y accion, una investigacion lógica*. Madrid. Editorial tecnos, 1979. Paginas 53 ss

socio-políticos, por lo cual el juez en Beccaria es un ingenuo desconocimiento de la realidad.

Luego es necesario la preponderancia de atmósferas garantistas que se pueden materializar (entre otras) desde las normas que establecen límites en la deserción del juez en un proceso penal, donde deben tener una valoración garantista, como aquellos que circunscriben una tendencia a una verdad objetiva o aproximación a esta, a través de mecanismos lógicos precisos como la duda y la absolución o la verdad procesal. FERRAJOLI(2009:61)

Ahora para precisar el sustento de los estados constitucionalistas modernos desarrollan o contienen en su núcleo: El sistema garantista SG. Llamado garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal.

- A1: Nulla poena sine crimine.
- A2: Nullum crimen sine lege.
- A3: Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
- A4: Nulla necessitas sine iniuria.
- A5: Nulla iniuria sine actione.
- A6: Nulla actio sine culpa.
- A7: Nulla culpa sine indicio.
- A8: Nullum iudicium sine accusatione.
- A9: Nulla accusatio sine probatione.
- A10: Nulla probatio sine defensione.

Estos axiomas fueron elaborados para limitar el poder punitivo que tiene el Estado de una manera fundamentada para modelar un garantismo propio de un Estado de Derecho. Estos toman relevancia en cuanto a la intervención penal del cuando y como castigar y también expresa cuando y como juzgar respectivamente a determinado proceso. FERRAJOLI(2009:93)

Estos enunciados pueden denominarse como conquistas de la humanidad, que pueden traducirse en una lógica deóntica<sup>23</sup> como prescripciones<sup>24</sup> categóricas donde las condiciones para su aplicación son derivadas de su contenido. VON WRIGHT(1979:93 y ss)

La diferencia entre conceptos axiológicos o valorativos y normativos o deontológicos radica básicamente en que los primeros comprenden nociones como lo

---

<sup>23</sup> La lógica deóntica es conocida como la lógica de las normas, puede sintetizarse en el uso de sus operadores deónticos, y su posible interpretación de lo que “debería ser” en los enunciados normativos.

<sup>24</sup> Las prescripciones o regulaciones, son las leyes del estado, las cuales son producidas por una autoridad que quiere que los sujetos adopten cierta conducta.

bueno y lo malo, valorando en determinado momento para juzgar las cosas que tiene uso también en el discurso prescriptivo para denotar la opinión de un grupo o una persona sobre si una conducta es reprochable, mientras que en los segundos, se usan de dos formas diferentes a saber, de manera prescriptiva para la enunciación de reglas de la acción y de manera descriptiva para desarrollar el carácter<sup>25</sup> de la norma. VON WRIGTH (1998:9 y ss)

De lo anterior, se desprende la idea que ambos conceptos resultan ser distintos, aunque tienen una vinculación pues los conceptos axiológicos son presupuesto de los criterios normativos, es decir que puede encontrarse una relación de derivación, bajo esta perspectiva la positivización de los axiomas son en principio una posible condición en la elaboración de normas jurídicas.

La constitución Colombiana de 1991 se ha consagrado el *Nullum crimen sine lege*, en el artículo 29 inciso segundo cuando formula “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes del acto que se le imputa” asentando lo dicho, pues se trata la contención del contenido del axioma 2 en una norma legal de rango superior La corte Constitucional Colombiana en Sentencia al respecto se ha pronunciado de la siguiente manera:

*Es claro que en el artículo 29 el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, "nullum crimen, nulla poena sine lege", principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquella previamente definida en la ley. Sentencia "C-739-2000" de Junio 22 de 2000 M.P. Fabio Moron Díaz,*

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha hecho una excepción al principio de legalidad que se ha señalado como fundamental para la existencia de un estado de Derecho, este pronunciamiento consiste en que los delitos de desaparición forzada a pesar de no estar tipificado en la legislación colombiana se aplica en alcance los tratados internacionales que contengan el tema como delito aunque dichos tratados internacionales que no contengan tan siquiera la dosificación punitiva, de la misma manera a pesar de no estar ratificado el tratado no niega la posibilidad de darle efectos legales.

---

<sup>25</sup> En este contexto el carácter de la norma es por ejemplo para decir de acuerdo a un determinado código que acción está prohibida, permitida u constituye una obligación.

Debe entenderse que A2 en su enunciado implica que el crimen realizado como acto no podrá ser castigado sin la existencia de una norma previa, esto obedece al principio Kantiano “debe implica puede”, pues solo el ciudadano podrá quebrantar la ley si esta existe.

Para ubicar en la lógica deontica o lógica de las normas en imprescindible hacer la relación de los operadores que intervienen en su formulación, de lo cual VON WRIGHT(1998:12) expone de la siguiente manera dando a entender la analogía que conservan los cuantificadores, la lógica modal y la lógica deontica en su orden.

<b>E alguno</b>	<b>M posible</b>	<b>P permitido</b>
<b>-E ninguno</b>	<b>-M imposible</b>	<b>-P Prohibido</b>
<b>-E-todos</b>	<b>-M-necesario</b>	<b>-P- Obligatorio</b>

Ahora con esta formulación y la existencia de los axiomas expuestos por Ferrajoli, puede iniciarse un estudio de lo que parece ser la existencia principios que se concretan en normas de orden constitucional, tratados internacionales generando un vínculo del estado de derecho y el garantismo penal, que tienen su génesis en los pensamientos *ius naturalistas*, hoy en día hacen parte de la mayoría de los sistemas jurídicos, de lo que se dice que han sido positivizados, para la optimización según la teoría de los principios que no tienen otra intención que la pretensión de optimizar el referente en el que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos ALEXY(2004:26)

Estas limitaciones al poder absoluto pueden agruparse en tres grandes grupos; los axiomas del 1 al 3 en cuando y como castigar, un segundo desde el axioma 4 al 6 cuando y como prohibir y un tercero del axioma 7 al 10 cuando y como juzgar.

Ahora es menester encontrar la relación que puede existir entre los operadores lógicos y los axiomas, renunciando al concepto de regla ideal<sup>26</sup> como posible interpretación, luego se entenderán como enunciados normativos de los cuales es necesario el reconocimiento de sus componentes<sup>27</sup>, con la relación de la autoridad que vincula se dirá que viene del imperio de la ley como quiera que se ha planteado la

<sup>26</sup> La regla ideal en VON WRIGHT(1979:33), son las propiedades de determinado y guardan una estrecha relación con el concepto de bondad, se vinculan mas con el ser que con el hacer.

<sup>27</sup> El componente, ingrediente o parte de una prescripción son; el carácter, el contenido, la condición de aplicación, la autoridad, los sujetos y la ocasión. Véase. VON WRIGHT, G. H. (1979). norma y accion, una investigación lógica. En *norma y accion*. Madrid: tecnos. (PP 87 y ss.)

existencia y validez<sup>28</sup> de la prescripción, de manera tal que su codificación lo integra a la autoridad reposa en sede del estado. El contenido de la norma (axioma) estará supeditado a la cosa que indica que debe o puede o tiene que hacerse. VON WRIGHT (1979:88)

Ahora el carácter de la prescripción que vincula a la observancia de las garantías procesales establecidas, nos evoca a la incorporación de los tipos elementales del acto.

#### **d – acción.....**

#### **f- abstención**

Se hablara de **d** cuando el acto elemental tenga resultados elementales, y **f** cuando pudiéndose actuar no se hace, estas manifestaciones de voluntad se materializan el mundo a través de los estados de las cosas que hace transito a otra (**T**) cuando se modifica a través de un acto, suceso o proceso. VON WRIGHT (1979:53ss)

Para hacer más comprensible formularemos uno de los axiomas SG, identificándolo en la lógica deóntica que hasta ahora se ha propuesto:

El axioma A2: Nullum crimen sine lege que es reconocido como; nulo crimen sin ley previa, luego en la notación lógica seria:

$$\text{--P- f(pT-p) V d(-pT-p)}$$

Esto traduce que hay una prohibición (**--P-**) de abstención (**f**) de una condena penal cuando no existía al momento de la realización de una conducta **--(p)**, es decir que el agente debe abstenerse de modificar al estado contrario, es decir condenar penalmente (**p**), o que en su forma normal disyuntiva **V**, el juez debe actuar (**d**), absolviendo penalmente al ciudadano por que no existía norma penal para la conducta realizada, que es lo mismo que preservar el estado de cosas (**--p**).

De esta manera se puede reconocer la existencia de un estado garantista en la existencia de los 10 axiomas principales que pueden derivarse en 75 teoremas mediante el uso de las inferencias y las leyes de la lógica. FERRAJOLI (2009:113)

---

<sup>28</sup> La validez aquí propuesta es la misma que Kelsen entendió como la vinculatoriedad de las normas y su obediencia. Véase. KELSEN, H. (2008). Teoría pura del Derecho. introducción a la ciencia del derecho. México D.F.: Coyoacán S.A. PP35, puede también apreciarse en LAPORTA, F. (1995). Entre el Derecho y la Moral. México D.F.: Fontamara. (PP14 y ss.)

La tipología de de los sistemas punitivos deriva directamente de los grados de garantismo al cual se someten los agentes de la relación normativa, es decir que el expreso reconocimiento permite confrontar la obligación que tiene el sistema jurídico debe ser eficaz, entonces el carácter de aplicación de cualquiera de los axiomas guarda relación con la obligación y podría ser con los otros operadores deónticos, esto sin embargo no será discutido aquí, lo que se quiere significar es que es posible una formulación a través de sentencias deónticas desde las lógicas de acción, estado de las cosas y proposición que resultan compatibles con el metalenguaje que se emplea en la medición de ambientes permitiendo la integración en la atmosfera de estos elementos normativos.

### **ATMOSFERABILIDAD Y POLITICA CRIMINAL**

La política criminal de un Estado radica en la criminología que no es solo jurídico, se alimenta de otros saberes para su estructuración, es por lo tanto una herramienta interdisciplinaria que debe ser capaz de dar información suficiente a los observadores del fenómeno criminal para llevar a cabo una crítica y análisis sistemático de las políticas asumidas para el control social.

Estos estudios deben formarse desde la observación de la realidad y fomentar posturas objetivas y confrontar ideologías que hagan parte del discurso penal, resultando como la loable tarea de lucha contra los muros emocionales que defienden estas posturas precientífica<sup>29</sup>.

Para la satisfacción de las necesidades sociales de una colectividad es pertinente su estudio desde su comportamiento real hasta su idea de comportamiento, esto se le reconoce como proyecto deontológico, en el sentido que es, a través de las normas jurídicas que se formula esa idea de comportamiento deseado.

Las normas jurídicas tienen en su formulación una forma de expresarse en un lenguaje formal lo es también para estos comportamientos por medio de un modelo de análisis.

Para la construcción de un modelo cualitativo como es desarrollado en el modelo MAYA3 expuesto por ARACIL(1993:156) donde los modeladores logran ilustrar la

---

<sup>29</sup> En este contexto entiéndase precientífica como aquellas valoraciones basadas en el análisis no sistemático de algún fenómeno, que se vincula a subjetivismos y como consecuencia la consolidación de prejuicios.

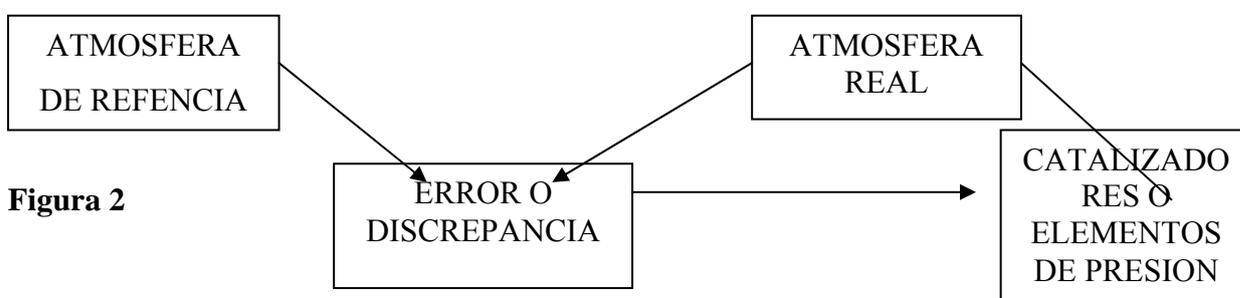
posibilidad de representar matemáticamente un cambio cualitativo, en un análisis de comportamiento desde una perspectiva de un sistema dinámico, se desarrolla en operaciones complejas, pero que puede sintetizarse en:

DATOS  $\Rightarrow$  MODELO

Los datos recolectados deberán ser suficientes para elaboración de un diagrama de influencias que permita simular una atmósfera con la capacidad de relacionar el comportamiento de los elementos y sus cambios y consecuencias dentro de los mundos posibles siendo susceptible su cuantificación por medio de la formulación de ecuaciones en una notación formal. ARACIL(1993;157 y ss.)

La atmosferabilidad puede revelar condiciones que deben ser tenidas en cuenta en la formulación de políticas criminales, como también en la práctica del Derecho Penal, con la consideración de las normas constitucionales y otros factores de presión en la formulación de soluciones reales y más cercanas a las circunstancias, con un alcance mayor a la comprobación o verificación que deben tener esta clase de política.

Podría representarse de la siguiente manera:



La anterior figura representa la dinámica de la atmosferabilidad de una manera simplificada mediante un bucle de realimentación simple, donde los elementos de presión se presentan como influencias de la atmósfera real y se encuentra la diferencia con la atmósfera de referencia.

La atmósfera de referencia es aquella que se manifiesta un estado ideal en el mundo a los que se quiere llegar en una determinada ocasión dentro del tiempo, como sería un derecho penal garantista, una atmósfera real es aquella que mediante la obtención de datos se ha constituido un modelo que revela condiciones obtenidas, una atmósfera discrepante a la de referencia, en donde se encuentra un derecho penal del enemigo por motivo de un delito atroz, que es directamente influenciado por los

catalizadores que puede tratarse entre otros más de la opinión pública, como todos aquellos modos de conducta de grupos, sin importar su población para modificar o conservar las estructuras, las prácticas y objetivos de dominación de grupos. Aunque la opinión pública si puede tener diferentes ambientes o contextos, siendo un desarrollo del análisis socio psicológico que se concentra en la opinión de los grupos, como una actitud con respecto a sus conductas.

Los catalizadores deben ser comprendidos en valencias sobre una determinada postura hacia la atmosfera real, por ejemplo al ser de rechazo al crimen atroz será negativa, por lo tanto es necesaria su valoración en cuanto constituye un elemento de presión atmosférica

Los estados modernos de Derecho deben asentar sus razones más en criterios comprobables y demostrables que no se constituyan en solo dogmas y doctrinas que puede resguardar ideologías, pues el nivel de intervención estatal no será el mismo cuando los elementos de una atmosfera de una región no coincidan con otra, pues el problema de una política general radica en su efectividad en los diferentes ambientes.

Es por ello que las políticas contra el crimen deben reposar en estudios más reposados y no en un sensacionalismo por la presión del momento, por medio del saber común, siendo aquel que tiene propiedades de constituirse fácilmente en explicaciones ideológicas con apariencia de ciencia, que se vincula en proposiciones con la certeza de tener un rango de conocimiento superior. El fenómeno criminal es aquel que despierta siempre un atractivo al público, le citan de periódicos, revistas, libros y la televisión. Es curioso que esto suceda siendo el crimen una conducta transgresora. EDLBERT(2005:31)

La conclusión preliminar a la que se puede aludir es la posibilidad de llevar al lenguaje formal el comportamiento atmosférico de un individuo, grupo o colectivo, proyectándose en un modelo cualitativo abstracto formado por el conjunto de variables que miden las manifestaciones de las propiedades, a través de un lenguaje modelado que armoniza con el sentido que debe tener el derecho como instrumento de lucha contra la injusticia y mecanismo de inclusión de todos los elementos en relación a la compensación y protección. Debe brindarse este sentido por el carácter social que este cumple, luego el derecho penal del enemigo bajo las formulaciones hechas no tiene cabida por ser una legislación de combate peligrosita como se ha expuesto, en este orden de ideas la lucha contra el crimen no puede violentar elementos vinculantes como lo son los derechos fundamentales reconocidos en las personas, de esta manera será la

atmoferabilidad un aporte para la construcción de una ciencia jurídica más acorde a las necesidades de prevención de la comisión de delitos.

### **Bibliografía**

ARACIL, J. (1993). *Metodos cualitativos en dinamica de sistemas*. Sevilla: Editorial Kronos, S.A.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia “C-739-2000” de Junio 22 de 2000 M.P. Fabio Moron Díaz, Expediente D-2718.

Constitución política de Colombia. Leyer. Bogotá. 2009

FERRAJOLI, L. (2009). *Derecho y razon. Teoria del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta.

EDLBERT, C. A. (2005). *Manual basico de criminologia*. Edlbert. Bogotá. Editorial Temis.

HABERMAS, J. (2009). *Historia y critica de la opinion pública. La transformacion estructural de la vida pública*. Barcelona. Editorial Gustavo Gili.

JAKOBS, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid. Editorial Thomson Civitas.

KELSEN, H. (2008). *Teoria pura del Derecho. introduccion a la ciencia del derecho*. Mexico D.F.: Editorial Coyoacán S.A.

LAPORTA, F. (1995). *Entre el Derecho y la Moral*. Mexico D.F. Editorial Fontamara.

PARMA, C. (2009). *Roxin o Jakobs ¿quien es el enemigo en el Derecho Penal?*. Bogotá. Editorial Ediciones Juridicas Andres Morales.

PUIG, S. M. (2007). *Politica criminal y reforma penal* . Buenos Aires. Editorial Euros Editores.

VON WRIGHT, G. H. (1979). *norma y accion, una investigacion lógica*. Madrid: tecnos.

VON WRIGTH, G. H. (1998). *Un ensayo de lógica deóntica y la teoria general de la acción*. Mexico D.F.: Editorial Universidad Nacional Autonoma de Mexico.

ZAFFARONI, E. R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Ibañez.

## DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL OPERADO

*Leandro Henrique Simões Goulart*<sup>30</sup>

**RESUMO:** O problema dos transexuais ganha a cada dia mais espaço nos debates em nossos Tribunais e nos bancos das universidades, o que nos proporciona enormes discussões principiológicas e normativas a respeito dos temas que envolvem a homoafetividade. Desse modo, busca-se com a discussão lançada neste artigo, uma reflexão acerca da possibilidade de alteração do registro civil dos transexuais, dos direitos, regulamentações e princípios que norteiam a vida, o respeito e a dignidade humana dessas pessoas.

**Palavras-chave:** Personalidade, Princípios Constitucional-civis.

**RESUMEN:** El problema de los transexuales se cada vez más espacio en los debates en nuestros tribunales y en las universidades, lo cual nos da una enorme principios normativos, y discusiones sobre temas relacionados con el homo. Por lo tanto, tratamos de convertir el debate en este artículo, una reflexión sobre la posibilidad de cambiar el registro civil de los derechos de transexuales, las normas y principios que guían sus vidas, el respeto y la dignidad humana de estas personas.

**Palabras clave:** Personalidad, Principios Constitucionales, Civil.

### INTRODUÇÃO

Em um mundo onde as diferenças do ser humano estão cada vez mais em destaque e as discriminações a essas diferenças a cada dia mais repreendidas, um mundo onde pensamentos extremamente conservadores não mais se adequam à realidade de nossa sociedade contemporânea, a situação dos *transexuais* na tentativa de mudar o nome que possuem, adequando-o ao seu “ser”, é algo que necessita de respaldo e regulamentação jurídica.

Hoje em dia, o reconhecimento de relações homoafetivas, da existência do homossexualismo e da transexualidade, tornou-se, diferentemente, do que ocorria em um passado não muito remoto, algo que não assombra e nem mais amedronta a sociedade.

---

<sup>30</sup> Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC - Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Uni-BH - Professor da UNIPAC (Itabirito), da disciplina Processo Civil (Cautelares e Procedimentos Especiais) - Professor do Centro Universitário Newton Paiva da Disciplina Teoria Geral do Processo e Professor Orientador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídicos.

Desse modo, a sociedade contemporânea, adaptando-se as “novas”<sup>31</sup> formas de relacionamento entre as pessoas, dos sentimentos humanos que afloram-se a todos os momentos, passa a ver nestes casos, ao invés de anomalias genéticas, cidadãos dignos de respeito e de direitos, ou seja, pessoas humanas.

Assim, a busca dessas pessoas por uma confirmação de sua qualidade de pessoa humana, demonstra a garantia constitucional da igualdade, disposta em nossa Constituição Federal de 1988 como sendo um Direito Individual de todos os seres humanos, resguardado sem distinção de sexo, raça ou cor.

Desta feita, para compreensão melhor do tema em destaque, acerca da possibilidade ou não, daqueles que mudam de sexo também mudarem seu registro civil, será analisado princípios constitucionais acerca da personalidade jurídica das pessoas humanas, a legislação existente que nega, ou acolhe tal pretensão, as decisões existentes que demonstram o posicionamento em nossos Tribunais e, por fim, o que é demonstrado pelos doutrinadores frente a possibilidade de mudança do nome no caso dos *transexuais*.

## **1 – A PERSONALIDADE: Os Princípios Constitucional-civis acerca dos Direitos de Personalidade, onde Começa e onde Termina**

A *personalidade* é composta por um arcabouço de direitos e princípios normativos que possibilitam a formação de uma visão acerca do ser humano, que criam uma rede de proteção, está conferida somente aos seres humanos, fator que nos diferencia do restante dos animais.

Assim, na busca pela proteção do homem, os estudiosos da ciência do direito, definiram a personalidade humana como *a aptidão genérica para adquirir direitos ou contrair deveres*.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> O termo “nova” está empregado no texto em decorrência das relações homoafetivas, do transexualismo, entre outros, serem tidos hoje em dia, como condutas que merecem, se não nossa admiração, ao menos nosso respeito, pois tais atitudes não ocorriam em tempos passados, onde além de não serem reconhecidos, muitas vezes como pessoas humanas, pois sofriam todos os tipos de discriminações, até aquelas de natureza física, como as intervenções de grupos como os “*Skin Reds*”, não tinham o merecido respeito, tanto do restante da sociedade, igual em direitos, como também do Estado, que manteve-se por muitos anos inerte a esses acontecimentos, deflagrando no seio social um enorme sentimento de repúdio a essas pessoas.

<sup>32</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral**, §3º; GONÇALVES, Cunha, **Tratado**, I, pág. 29. (in) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, 22ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pág. 213.

O início da personalidade, em que pesem as recentes discussões acerca do começo da vida humana, está determinado pelo atual Código Civil Brasileiro (CCB), Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 2º, ou seja, no nascimento com vida, ressalvando-se os direitos do nascituro.

Em contrapartida, o termo da personalidade, configura-se na morte da pessoa, ressalvando-se, contudo, os direitos do *de cuius* de cessar lesão ou ameaça a sua memória, que serão tomados pelo cônjuge supérstite, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, conforme ressalva o parágrafo único do artigo 12 do CCB.

Em se tratando dos direitos que envolvam a personalidade humana, dos princípios que a norteiam, que é a principal característica do *homo sapiens*, o ordenamento jurídico vigente correlaciona a noção de personalidade com outros inúmeros institutos jurídicos, como por exemplo: a vida, a liberdade, a intimidade, a honra, a integridade física e moral, etc.

Desse modo, quando a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 5º sobre os Direitos e Garantias Fundamentais que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*<sup>33</sup>, tal isonomia entre as pessoas determinou, em linhas gerais, a personalidade do homem como um atributo inerente a ele, ou seja, a aptidão das pessoas de possuírem direitos ou contraírem deveres, é disponível a todos, igualmente.

Desta feita, outros princípios que regem as relações do homem, como a dignidade humana, a liberdade, o respeito e proteção a moral de cada um, ao fazerem parte das estruturas da personalidade humana, também são conferidos a todos, fato que torna o Brasil um país onde o Direito é *Democrático*.

Contudo, apesar das normatizações constitucionais, que se inserem desde o Preâmbulo e perpassam por todo enredo da Constituição Federal, dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, tido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III), que pauta as bases de um Estado que procura apagar as manchas das discriminações, da violência, do desrespeito para com as conhecida *minorias* (Homossexuais, Negros, Mulheres, Portadores de Necessidades Especiais), ainda sofremos com preconceitos, com a falta de amparo legal ou com o conservadorismo jurídico-cristão, que ainda permanece arraigado em nosso âmago.

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ªed. rev. e ampl. até EC/53, de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Desse modo, é necessário perceber nas novas formas da concepção humana, seja como for, *hétero*, *homo*, ou *transexual*, um caminho para preservar efetivamente os princípios e garantias do ser humano, tais como a dignidade da pessoa, sua honra, sua moral, sua liberdade. Noções que ainda carecem de efetivação, principalmente no tocante àquelas pessoas que na busca pela felicidade, amoldam o sexo exterior, ao sexo interior, ou seja, transformam-se.

## 2 – A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO À DIFERENÇA

Neste contexto de mundo moderno, onde a tecnologia avança sem freios, onde o ser humano alça vôos cada vez maiores, percebe-se que o sexo sempre foi um fator de discriminação, seja frente a distinção entre homem e mulher, essa que esteve sempre inferiorizada àquela, seja frente a orientação sexual das pessoas, que pelos dogmas judaico-cristãos do mundo ocidental, sempre foi tida como manifestações do mal, como doenças, como pecado.

Em que pesem as discussões acerca dos direitos das mulheres frente a “elite” masculina, hoje a questão da orientação sexual, da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, da adoção por casal homossexual, da alteração do registro de nascimento dos transexuais, é discussão que ganha a cada dia mais, relevância em nossos Tribunais.

Ademais, é importante ressaltar que além das disposições constitucionais acerca da dignidade humana (Art. 1º, III, CF/88), da isonomia, mesmo que em seu aspecto formal entre as pessoas (Art. 5º, *caput*, da CF/88), a atual Constituição Federal, destacou no artigo 3º, IV, como um de seus objetivos fundamentais<sup>34</sup>: *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Portanto, o ordenamento jurídico acerca da orientação sexual de todas as pessoas, brasileiros, natos ou naturalizados, ou daqueles que aqui residem, pauta-se pelo princípio do pluralismo jurídico, ou seja, nas diretrizes que a embasam não há lei que defina como as pessoas deverão seguir sua orientação sexual.

Esse é o entendimento do emérito professor Álvaro Ricardo Souza Cruz, que em sua obra *O Direito à Diferença*, destaca que:

---

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. ampl. até EC/53 de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

“(...) a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade. É, pois, uma proposta de superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos.<sup>35</sup>”

Desse modo, além de não reprimir àqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, homossexuais<sup>36</sup>, o direito brasileiro garante essa possibilidade, tendo em vista o caráter pluralista de seu ordenamento constitucional-civil vigente.

Problemática maior enfrentam os transexuais, pessoas que tem a convicção de pertencerem ao sexo oposto, cuja *psique* e a morfologia do corpo já aspiram traços do sexo oposto, naturalmente, ou por meio de cirurgias reparadoras do sexo. No transexualismo, não há dúvida para outras pessoas do sexo do transexual, pois tem o sexo bem definido, homem ou mulher. Entretanto, o transexual acredita, psicologicamente, que não é pertencente àquele sexo, acredita ser mulher, quando homem, ou homem, quando mulher.

O que fazer então nestes casos, onde a pessoa está registrada civilmente com um nome, masculino ou feminino, mais acredita não ser do sexo que foi estipulado em seu nascimento? É questão que assombra o Judiciário Brasileiro, pois impõe quebras de alguns entendimentos enraizados em *pré-conceitos*<sup>37</sup>, de noções acerca do tratamento que deve-se dar a pessoas que são diferentes da grande maioria da população.

A busca pela modificação do registro civil, ou seja, da alteração do nome nestes casos, tem enfrentado inúmeros posicionamentos dos Tribunais Superiores, alguns entendendo até pela impossibilidade jurídica do pedido<sup>38</sup>.

Contudo, esse entendimento já vem sendo modificado pelos Tribunais Estaduais, em especial o do Rio Grande do Sul, no sentido de que ao momento que um transexual faz a opção pela modificação de seu sexo, já possui, previamente, a noção de que não

<sup>35</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, homossexuais e Portadores de Deficiência**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pág. 71.

<sup>36</sup> *Ibidem*. pág. 74.

<sup>37</sup> A palavra *pré-conceito* está empregada no texto com a referida morfologia, pois demonstra o sentido de não ser o sentimento da vontade da pessoa em si, mais àquele advindo de sua criação. Não é culpa das pessoas que hoje estão com sessenta, setenta, oitenta anos, não aceitar o relacionamento homossexual, o transexualismo, pois não foram criadas, não tiveram no decorrer de sua infância e adolescência, ensinamentos acerca de igualdade de direitos entre as pessoas, pois muitos ainda entendem que “lugar de mulher é em casa”, como poderiam entender tais “revoluções” humanas?

<sup>38</sup> “Uma vez que a extração de pênis e do escroto deixa intactos os órgãos internos do homem. (STF, Ag. n. 82.517-7. Rel. Min. Cordeiro Guerra. RTJ 98/193).

poderá ter filhos, que a modificação do sexo, é basicamente, uma adaptação do seu corpo à sua mente<sup>39</sup>.

Portanto, torna-se necessário conceber a essas pessoas que já sofrem tanto consigo mesmas, pois a disposição de aceitar-se como homossexual, e posteriormente, nos casos supramencionados, buscar a alteração de seu sexo, é algo que consome o ser humano muito profundamente, a ponto de muitos preferirem o suicídio, a tais conclusões.

Sobre tais argumentos, a ilustre professora Maria de Fátima Freire Sá, em sua obra *A Redesignação do Estado Sexual*, assevera entendimento que demonstra o que devemos fazer, como operadores do direito, no que tange a situação dos transexuais, dispondo que:

“O que vem ao caso é, sim, o profundo sofrimento de jovens e adultos, tolhidos de serem felizes ao seu modo, por uma aparente imposição sociojurídica. Ao deparar-se com situações que envolvam a transexualidade, o que realmente importa ao operador do direito é procurar buscar soluções que privilegiem o ser humano, garantindo-lhe a dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade, deixando a cargo de cada um a construção da própria identidade sexual.<sup>40</sup>”

### 3 – A LUTA PELO DIREITO À FELICIDADE DOS TRANSEXUAIS

Na busca pelo reconhecimento de sua concepção de vida, de felicidade, os transexuais começam a enfrentar nossos Tribunais na tentativa de, em primeiro lugar, conseguirem legalmente a possibilidade de alteração de sexo, o que já vem ganhando espaço e reconhecimento por todo o país, em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que sempre se coloca à frente dos demais quanto aos assuntos mais polêmicos e controvertidos do país, demonstrando-se um afastamento daquelas concepções tradicionalistas e conservadoras.<sup>41</sup>

A esse respeito à professora Maria Berenice Dias, em sua obra *Manual de Direito das Famílias*, assevera seu entendimento acerca da possibilidade de alteração do

<sup>39</sup> CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao Próprio Corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>40</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire. *Da Redesignação do Estado Sexual*. SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pág. 220.

<sup>41</sup> Julgados do Tribunal de Justiça de Estado do Rio Grande do Sul. Apelações Cíveis nº. 70014179477, 70013580055, 70021120522, 70022504849.

nome e consequente retificação do registro civil dos transexuais, o que possibilitaria, para a emérita professora, até o seu casamento, senão vejamos:

“Ao menos é de ser admitido como existente e válido o casamento de transexual. Independentemente da redesignação dos órgãos genitais, obtida, na justiça, a alteração do nome e a retificação da identidade do sexo, tais pessoas não estão impedidas de casar.”<sup>42</sup>

Assim, verifica-se que a sexualidade é elemento que integra a identidade humana desde suas primeiras concepções, das mais primitivas ordenações até os tempos modernos, a sexualidade é fonte de poder, de dominação e, principalmente, de discriminação.

Neste diapasão, não se pode aceitar que na esfera da vida privada, da intimidade das pessoas, o Estado se sobreponha, impedindo a alteração do sexo físico dos transexuais, e consequentemente, a correção de seu registro civil, fato que faria afronta ao princípio da Liberdade, de qual todos, independentemente de orientação sexual, ou de sexo, gozamos.<sup>43</sup>

Desta feita, *A luta pelo direito*, que é título de uma das maiores obras literárias acerca do direito como um fato sócio-cultural, que necessita ser protegido, ser conquistado, de Rudolf Von Ihering,<sup>44</sup> é fato que deve ser buscado a cada instante por essas pessoas, que não querem nada mais do que serem felizes, sem preconceitos por serem como são, e sem limitações em seus direitos.

Em uma importante passagem da referida obra, *Ihering* diz como as pessoas devem portar frente à busca por seus direitos, ou a proteção daqueles que já lhes são garantidos. O mencionado autor, narrando um possível questionamento interior da pessoa, sobre “brigar” ou não por seu direito, assenta o seguinte entendimento:

“Diz-lhe uma voz interior que não deve recuar, que se trata para ele, não de qualquer ninharia sem valor, mais de sua personalidade, de sua honra, de seu sentimento do direito, do respeito a si próprio; em resumo, o processo deixa de ser para ele uma simples questão de interesse, para se transformar numa questão de dignidade e de caráter: a afirmação ou o abandono de sua personalidade.”<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> DIAS, Maira Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 5ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pág. 253.

<sup>43</sup> *Ibidem*. pág. 188.

<sup>44</sup> IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. trad. por João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 36.

Portanto, a luta pela “felicidade” dos transexuais, deve ser pautada pelo reconhecimento das garantias constitucionais que prezam, acima de tudo, pela dignidade da pessoa humana, ponto chave para resolver todas as questões atinentes a possibilidade de alteração do registro civil daqueles. Será com o *reconhecimento* do direito legislado, que protegem as pessoas de qualquer tipo de discriminação, que a luta pelo direito ganhará contornos de vitória, de democracia e, principalmente, de justiça.

#### **4 – O NOME: Um “Estereotipo” da Personalidade Humana Passível de Modificação?**

Primeiramente cabe ressaltar o porquê da concepção do *nome*, como sendo um estereotipo da personalidade humana. A palavra *estereotipo*, em si, possui um sentido cultural de algo que impõe, a determinada coisa, uma característica, boa ou ruim, ou seja, uma forma de qualificar algo, dizer se é, ou não é, o que é, ou o que não é.

Assim, o nome que as pessoas ganham ao nascerem, é seu estereotipo, é aquilo que guiará seus passos como homem ou mulher, é o que determinará sua conduta frente às demais pessoas, ou seja, é o meio pelo qual todos te conhecerão e *re-conhecerão*.<sup>46</sup>

A Lei 6.015/73, (Lei de Registros Públicos [LRP]) ao tratar do nome das pessoas, de seu registro civil, em seu artigo 58, *caput*, assevera a imutabilidade do nome (prenome)<sup>47</sup>, pois este será definitivo. A referida legislação ressalva, no parágrafo único do citado artigo, a possibilidade de sua alteração por apelidos públicos notórios, ou em casos onde a pessoa corra grave ameaça em decorrência de ajuda para apuração de crimes.

Desse modo, a legislação acerca dos registros públicos vigente não reconhece a possibilidade de alteração do nome no caso dos transexuais, estes que, pela referida lei, devem permanecer como a designação lhes dada ao nascimento, mesmo que esta (nome/estereotipo), lhe proporcione constrangimentos tais, que acabe por desconhecer a esta pessoa, a dignidade humana de que tem direito.

Entretanto, deve-se ter uma noção histórica acerca das disposições trazidas por essa lei. Conforme se depreende, é uma legislação trazida ao ordenamento jurídico no

---

<sup>46</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Tutela do Nome da Pessoa Humana**. in. Revista Forense. vol. 364.

<sup>47</sup> Adotamos aqui a noção de “nome”, como sendo designativo do *prenome*, ou seja, do primeiro nome das pessoas. Não trataremos, neste sentido, do nome como sendo a união do prenome com os apelidos de família (sobrenomes), tendo em vista a sua irrelevância para a abordagem do tema discutido.

ano de 1973, ou seja, quinze anos antes da promulgação da atual Constituição Federal, e imersa em um país tomado pelos dogmas da Ditadura, por onde o reconhecimento das garantias fundamentais dos seres humanos não era concretizado.

Assim, deverá haver uma adequação das disposições trazidas pela referida lei, aos princípios que norteiam a Carta Magna, que impõem ao Estado e à Sociedade o respeito às diferenças, às minorias, essas que necessitam ser tratadas diferentemente, mais na medida de suas diferenças.

Com relação à alteração do sexo das pessoas que não reconhecem em seu corpo compatibilidade com a mente, entende-se, assim como o professor Álvaro Ricardo Souza Cruz<sup>48</sup>, que a própria Constituição Federal em seu artigo 199, §4º, assegura tal possibilidade, ao dispor sobre a possibilidade da remoção de órgãos para fins de tratamento.

Por outro lado, com relação à possibilidade de alteração do registro civil dos transexuais, ou seja, a alteração de seus nomes, adaptando-os à sua realidade psíquica, percebe-se que o tratamento normativo vai além das disposições imperativas da Lei de Registros Públicos e do Código Civil Brasileiro, que não regulam a situação dos transexuais.

O nome, como visto no decorrer do trabalho, está para as pessoas como um estereotipo, como uma qualificação, ou seja, é algo apenas de nos possibilita ter o conhecimento das demais pessoas a respeito de nossa personalidade.

O nome, portanto, não pode ser algo que delimita pura e simplesmente a nossa sexualidade, pois é sabido que existem vários casos, em que o nome da pessoa lhe causa constrangimento, por expressar situações de ambigüidade, como por exemplo: Lucimar, que poderá designar um homem, ou uma mulher.

Nestes casos, o ordenamento jurídico possibilita a alteração do nome, por via judicial, para acabar com o constrangimento ocasionado pela duplicidade do entendimento acerca daquele. Basta a pessoa, no ano, após completado a maioridade, buscar a alteração de seu nome administrativamente, ou, após tal prazo, buscar o judiciário para alteração do nome através de um processo judicial.

Assim, fica claro uma contradição, pois se a pessoa heterossexual se sente constrangida com o nome que possui, poderá buscar a sua alteração, e retificar seu

---

<sup>48</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, homossexuais e Portadores de Deficiência**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pág. 93.

registro civil. Entretanto, se a mesma pessoa humana, igual em direitos, for homossexual ou transexual, não poderá, pela legislação existente acerca dos registros públicos, alterar seu nome, mesmo que lhe esteja causando graves constrangimentos.

Será então que existe no Estado Democrático de Direito o verdadeiro tratamento igualitário, sem distinção de qualquer natureza frente às pessoas humanas? Será que os transexuais não são merecedores da concretização das garantias fundamentais do seres humanos?

A resposta acerca de tais questionamentos, não pode ser outra senão aquela que, mesmo a legislação não se amoldando à realidade dessas pessoas, adequa a visão democrática acerca da dignidade, da liberdade, da honra, da intimidade e da personalidade humana, aos casos onde, a alteração do sexo, e conseqüentemente, do registro civil, é a única forma de resguardar tais bases constitucionais.

Não há lei específica que regula a transgenitalização, mudança de sexo, em nosso ordenamento. O Conselho Federal de Medicina, através do projeto de Lei 70-B, tenta regulamentar tais situações, para amenizar a falta proteção jurídica para as pessoas que necessitam de tais intervenções cirúrgicas.

Portanto, pela falta de legislação ordinária sobre tais situações, mas, consubstanciado-nos nas diretrizes do paradigma do Estado Democrático de Direito, não há alternativa, senão adequar a situação da transexualidade aos princípios constitucionais que resguardam a intimidade, a liberdade de orientação sexual das pessoas, a dignidade da pessoa humana, protegendo os transexuais no seu direito de alterar o registro civil para terem a oportunidade de viver uma vida regrada pela normalidade, sem o cometimento de constrangimentos, de impossibilidade, de discriminações.

Assim, como a dignidade da pessoa humana, é o princípio fundamental que informa o Direito da Personalidade, amparado pela proteção internacional dos Direitos Humanos (Corte Internacional de Direitos Humanos – CIDH), caberá a sua concretização, para que se viva em uma sociedade plural, nos termos de nossa Constituição Federal, o que abre as portas para a retificação do registro civil dos transexuais, alterando seus nomes para adequarem-se ao sexo psicológico da pessoa.

## **CONCLUSÃO**

Observados as discussões principiológicas, normativas e jurídicas, acerca da problemática dos Transexuais e da possibilidade de alterarem seus registros civis, modificando seus nomes de origem para adequarem ao sexo psicológico que possuem, resta delinear alguns questionamentos finais sobre o tema em debate.

Em uma ordem constitucional como a do Brasil, onde predomina o entendimento pluralista e aberto frente às variadas visões de mundo, a obediência aos princípios que baseiam o ordenamento jurídico, é imprescindível para os operadores do direito na busca pela justiça de suas decisões.

Neste diapasão, não há como negar a força dos princípios que regem as relações humanas, como a proteção da vida, da liberdade, da intimidade, da dignidade humana, frente às discussões que aparecem a todos os momentos no cenário legislativo e jurisdicional de nossa sociedade.

Tolher seres humanos da tentativa de serem felizes, de buscarem o resguardo do Direito para as suas angústias, é fato que não pode nortear o senso dos operadores do direito, estes, os responsáveis por dar a cada um o que é seu, sem pautar-se pelo menosprezo, pela discriminação em decorrência de uma qualidade, característica ou entendimento social que a pessoa venha a ter.

Reconhecer o direito que os Transexuais possuem de terem seus registros civis alterados, seus nomes modificados, é o que deve ser tido como regra, pois se vive em um País onde a liberdade de orientação sexual é assegurada às pessoas, onde a honra e a intimidade de cada são protegidas pelo Estado, e onde a dignidade humana é o que deve reger as relações entre as pessoas e os seus direitos.

Por fim, para que a questão sócio-cultural da alteração do nome dos transexuais possa ter uma visão menos conservadora, que pautar-se pelo respeito ao homem ou a mulher que encontra-se nesta situação, deve-se, além de respeitar os dogmas constitucionais da proteção aos direitos da pessoa humana, promover o advento de novas legislações, adequadas à realidade do século XXI, e, acima de tudo, investir em educação, pois será a partir de uma sociedade “educada” que as diferenças sociais se amenizarão, possibilitando, com isso, uma igualdade de direitos e, principalmente, de *felicidades*.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral**, §3º; GONÇALVES, Cunha, **Tratado**, I, pág. 29. (in) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao Próprio Corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, homossexuais e Portadores de Deficiência**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maira Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 5ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. trad. por João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. ampl. até EC/53 de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Tutela do Nome da Pessoa Humana**. in. Revista Forense. vol. 364.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Da Redesignação do Estado Sexual*. SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ªed. rev. e ampl. até EC/53, de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

## O DESNUDAR DA VIOLÊNCIA:

### Uma introdução ao problema da ideologia na obra de Karl Marx.

Ramon Mapa da Silva<sup>49</sup>

**RESUMO:** As pretensões desse texto não ultrapassam a de servir como uma introdução ao pensamento marxista aos estudantes de direito, alijados, infelizmente, da profundidade desse pensamento por uma estrutura acadêmica e profissional essencialmente dogmática. A análise da canção “A violência travestida faz seu trottoir” serviu como um ponto de partida para que essa introdução pudesse ser feita. Esperamos que essa contribuição tenha realmente alguma validade para a discussão dos problemas jurídicos nos tempos atuais.

**Palavras – chave:** violência, capital, direito, ideologia

**ABSTRACT:** The aims of this paper is just to serve for law students as an introduction to the Marxist thinking, students that are put, unfortunately, aside from the deepness of this thinking for an academic and professional structure extremely dogmatic. The analysis of the song “A violência travestida faz seu trottoir” serves as a starting point to make this contribution. We hope that this contribution be, really, of some importance to the discussion of the juridical problems of today.

**Keywords:** violence, capital, right, ideology.

**A violência travestida faz seu trottoir**<sup>50</sup>  
(Gessinger)

no ar que se respira, nos gestos mais banais  
em regras, mandamentos, julgamentos, tribunais  
na vitória do mais forte, na derrota dos iguais

a violência travestida faz seu trottoir

na maioria silenciosa, orgulhosa de não ter  
vontade de gritar, nada pra dizer  
a violência travestida faz seu trottoir  
nos anúncios de cigarro que avisam que fumar faz mal

| a violência travestida faz seu trottoir  
| em anúncios luminosos, lâminas de barbear  
| armas de brinquedo, medo de brincar  
| a violência travestida faz seu trottoir

no vídeo, idiotice intergaláctica  
na mídia, na moda, nas farmácias  
no quarto de dormir, na sala de jantar  
a morte anda tão viva, a vida anda pra trás  
é a livre iniciativa, igualdade aos desiguais  
na hora de dormir, na sala de estar

<sup>49</sup> Professor do curso de Direito da UNIPAC - Itabirito, e da Faculdade Dinâmica de Ponte Nova.

<sup>50</sup> *Trottoir* é um termo francês, sem correspondência plena em português, significando mais propriamente ‘passeio’, ‘caminhada’. O termo refere-se comumente à ‘michê’, ‘lugar que a prostituta ocupa em sua atividade’, ‘oferecer o corpo mediante paga’, ‘prostituir-se’. É esse segundo significado que compreende a palavra *trottoir* no texto.

a violência travestida faz seu trottoir

uma bala perdida encontra alguém perdido  
 encontra abrigo num corpo que passa por ali  
 e estraga tudo, enterra tudo, pá de cal  
 enterra todos na vala comum de um discurso liberal

| a violência travestida faz seu trottoir  
 | em anúncios luminosos, lâminas de barbear  
 | armas de brinquedo, medo de brincar  
 | a violência travestida faz seu trottoir

| a violência travestida faz seu trottoir  
 | em anúncios luminosos, lâminas de barbear  
 | armas de brinquedo, medo de brincar  
 | a violência travestida faz seu trottoir

Tudo que ele deixou foi uma carta de amor pra uma apresentadora de programa infantil. Nela ele dizia que já não era criança, e que a esperança também dança como monstros de um filme japonês. Tudo que ele tinha era uma foto desbotada, recortada de revista especializada em vida de artista. Tudo que ele queria era encontrá-la um dia (todo suicida acredita na vida depois da morte). Tudo que ele tinha cabia no bolso da jaqueta. A vida quando acaba, cabe em qualquer lugar.  
 E a violência travestida faz seu trottoir...

não se renda às evidências  
 não se prenda à primeira impressão

eles dizem com ternura:  
 "o que vale é a intenção"  
 e te dão um cheque sem fundos  
 do fundo do coração

no ar que se respira  
 nessa total falta de ar  
 a violência travestida  
 faz seu trottoir

em armas de brinquedo, medo de brincar  
 em anúncios luminosos, lâminas de barbear  
 nos anúncios de cigarro que avisam que fumar faz mal

a violência travestida faz seu trottoir  
 a violência travestida faz seu trottoir

## 1. Introdução

Interpretar um texto, qualquer que seja, é conferir-lhe significado, ao mesmo tempo em que descobrimos em nós algo que se relaciona com esse texto. Em termos heideggerianos, todo conhecimento é conhecimento sobre nós mesmos<sup>51</sup>. Nessas

---

<sup>51</sup> O que afasta totalmente a possibilidade de um saber inteiramente objetivo e ausente de juízos de valor, como pretendia o positivismo científico e ainda hoje o positivismo jurídico. Nesses termos se torna uma tarefa complexa enxergar uma hermenêutica do positivismo jurídico, uma vez que a mesma se pretende um mero conjunto de regras voltadas para a descoberta da *mens legis* ou *mens legislatoris*. E.B Pasukhanis, em sua Teoria Geral do Direito e Marxismo (Ed. Renovar) reproduz uma anedota em que um jurista positivista conversa com um legislador; o primeiro diz ao segundo: ‘façam suas leis, não nos

condições a interpretação de uma letra de música não se mostra mais simples que a de um texto científico ou literário em prosa. Podemos, inclusive, dizer o contrário. Na composição de uma canção se relacionam sempre elementos dos mais diversos, uma vez que a inserção da letra no tema harmônico e melódico é fundamental para a qualidade da mesma. A referência a textos ou fontes das quais o autor pode ter retirado a inspiração para seu texto não garantem um entendimento necessariamente melhor ou mais completo do mesmo. Apesar disso, tal procedimento não deixa de ser um exercício intelectual no mínimo interessante, como se “brincássemos” com os aspectos “racionais” do texto.<sup>52</sup>

Nas linhas que se seguem tentaremos “brincar” com uma canção presente no álbum “O Papa é Pop”, do grupo Engenheiros do Hawaii. Lançado em 1990 o disco trata de questões como a identidade entre o popular e o sagrado, a indústria cultural, a violência e o estranhamento próprio das relações humanas no final do milênio passado. *A violência travestida faz seu trottoir*, pode ser lida como uma canção que trata sobre a alienação do homem contemporâneo diante da ordem hegemônica, ordem que ele acaba por perceber como normal e necessária. Para explicarmos o problema da alienação, e mais propriamente da ideologia criada para manter essa alienação, trabalharemos com a teoria crítica de Karl Marx<sup>53</sup>.

Os conceitos de alienação e ideologia são fundamentais para o pensamento marxista. Mas antes de adentrarmos nesses termos mais profundamente, é fundamental situarmos o pensamento de Marx em seu contexto e em algumas de suas principais ideias.

## **2.O materialismo dialético, história e ideologia.**

A obra de Marx pode ser lida como duas tentativas nitidamente distintas: a primeira, a de realizar uma intensa análise da realidade, vista como repleta de violência, real e simbólica, e de exploração de muitos por poucos. Uma leitura da imanência. A segunda: trazer esperança num futuro diferente dessa realidade, uma tentativa de

---

importa como e porquê, o meu papel não é questionar isso. Mas assim que as mesmas estiverem prontas nos envie e lhe diremos, em latim, o que ela quer dizer’. (citação livre).

<sup>52</sup> O próprio autor da canção em análise, o compositor gaúcho Humberto Gessinger, falou sobre isso em uma entrevista ao Canal Brasil em 2005.

<sup>53</sup> Marx (1818-1883) nasceu na cidade de Trier (Trevéris), no que é atualmente a Alemanha. Um dos maiores eruditos da modernidade, e muito provavelmente o mais influente pensador de todos os tempos, a vasta obra de Marx não pode ser reduzida a um tema específico, mas, para fins acadêmicos, podemos dizer que Marx critica o sistema de produção capitalista e a forma de sociedade que ele gera.

transcendência.<sup>54</sup> Geralmente os críticos de Marx, devido à presença dessa “esperança”, insistem que suas ideias são inteiramente utópicas. Tal posicionamento decorre da incapacidade desses críticos de entenderem a análise marxista da história. Nenhum pensamento que trabalhe as condições próprias para a sua realização pode ser chamado de utópico. Ademais, é próprio ao pensamento científico burguês alijar toda forma de pensamento que não pode ser convertido em dados em utopia, como explicam Adorno e Horkheimer:

O mítico respeito das ciências dos povos pelo dado, que, entretanto é sempre produzido por eles, converte-se finalmente, por sua vez, num fato positivo, na torre-de-guarda diante da qual até mesmo a fantasia revolucionária se envergonha de si, como um utopismo, e degenera em dócil confiança na tendência objetiva da história.<sup>55</sup>

O pensamento marxista é, portanto, um pensar a imanência e a transcendência, relacionando ambas em um projeto (*práxis*) voltado para a emancipação do homem. Justamente por estabelecer essa relação em termos de análise (entre o que é e o que pode ser), que o pensamento marxista não pode, e insistimos nisso, ser chamado de utópico:

O marxismo representa, talvez, a maior tentativa de análise da contingência espaciotemporal do mundo empírico, ao mesmo tempo que ainda mantém

<sup>54</sup> Tanto o conceito de imanência quanto o de transcendência são fundamentais para o pensamento ocidental. O primeiro se refere à realidade ‘real’, ‘fenomênica’, ‘presente’ e ‘contingencial’. O segundo à realidade em termos ‘metafísicos’, ‘totais’, ‘futuros’, ‘mais real que o real’. Essa oposição pode ser vista entre a obra de Platão e Aristóteles, por exemplo, sendo o primeiro o exemplo de um pensamento voltado principalmente para a transcendência e o segundo lançando mão da análise imanente. No cinema tal tema foi recentemente trabalhado no filme *Matrix*, dirigido pelos irmãos Wachowski (para saber mais leia o texto *Matrix, Marx e a vida de uma bateria*, de Martin A. DANAHY e David RIEDER in *Matrix: Bem vindo ao deserto do real*, org. William IRWIN, Madras Editora, São Paulo, Sp: 2003.)

<sup>55</sup> ADORNO, Theodore, HORKHEIMER, Max, *Dialética do Iluminismo*, in *Os Pensadores – Adorno*, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999. A aceitação da realidade como ‘fato positivo’ impede que a mesma seja modificada, uma vez que a mesma é vista como normal e inevitável. Em verdade a ideia da necessidade e inevitabilidade da realidade é construída pela interpretação burguesa de sua própria realidade histórica, uma vez que qualquer compreensão da realidade pressupõe a construção de um sentido mediante uma ação hermenêutica: ‘Como disse Foucault graficamente, se este ‘método’ é como o descrevemos, toda interpretação (crítica e ativa) não é uma interpretação da ‘realidade’ (no sentido vulgar, não dialético, do termo) e sim uma *interpretação de uma interpretação*: os ‘objetos’ da realidade que se apresentam a nossa consciência já são produtos de ‘interpretações’ históricas. Por exemplo: Freud (ou qualquer psicanalista) não *interpreta* o sonho do paciente (como poderia o psicanalista ter acesso a um sonho alheio? Onde poderia ‘vê-lo’): o que interpreta é o *relato* que o paciente faz de seu sonho, relato que já constitui certa ‘interpretação’ prévia. Da mesma maneira, Marx não *interpreta* a ‘sociedade burguesa’: o que Marx interpreta é a *interpretação ‘burguesa’* da sociedade (por isso o subtítulo de *O Capital é Crítica da economia política*), isto é, a *construção simbólica* (e, obviamente, ideológica) que a burguesia produziu sobre sua própria *práxis*. E qual é o tensor, a *alavanca* última dessa interpretação crítica? Já o adiantamos : a *interrogação* da suposta ‘Verdade Eterna’, enquanto ela é suspeita de ser por sua vez uma construção histórico-ideológica (GRÜNER, Eduardo, *Leituras culpadas: Marx(ismos) e a práxis do conhecimento*, in *A teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina Gonzáles – 1ª Ed. Buenos Aires: Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007)*

vivo o desejo de uma consumada transcendência. O reconhecimento e a elucidação das oposições – a dialética – é fundamental para sua metodologia, e o sonho da reconciliação acha-se profundamente incrustado em seu cerne<sup>56</sup>

Marx enxerga na síntese da dialética histórica (onde ele vê o comunismo), a reconciliação plena entre imanência e transcendência, entre essência e existência, onde o humano encontra sua redenção no fim da história:

O comunismo, enquanto naturalismo plenamente desenvolvido é humanismo, e enquanto humanismo plenamente desenvolvido é naturalismo. É a solução definitiva do antagonismo entre o homem e a natureza e entre o homem e o homem. É a verdadeira solução do conflito entre existência e essência, entre liberdade e necessidade, entre indivíduo e espécie. É a solução do enigma da história, e sabe que traz em si essa solução.<sup>57</sup>

Mas esse movimento dialético não é idealizado. Não corresponde à identificação da realidade fenomênica com os processos racionais que, teoricamente, gerar-lhe-iam. Nesse ponto inverte o pensamento dialético de caris hegeliano que o gerou. A história é pensada por Hegel como o choque dos opostos. Dentro do sistema hegeliano

(...) a história avançava sob o impacto do choque de tendências antagônicas. Qualquer posição estática continha tendências conflitantes – aparentemente contraditórias – e, à medida que as contradições aparentes se chocavam e transpunham para uma nova posição (uma síntese temporária dos melhores elementos das duas posições opostas), novos conflitos e novas contradições aparentes tornavam-se visíveis.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2006: pág 292.

<sup>57</sup> MARX, Karl, *Ealy Writings*, 1964: 155, *opus cit.* In MORRISON, Wayne, *idem*. Alguns autores viram no final da guerra fria, no término do chamado *socialismo real* (representado pela União Soviética, além de alguns países do leste europeu e Cuba) e na queda do muro de Berlim, o fim do movimento histórico dialético como Marx o enxergava, com a fundamental diferença de que o capitalismo liberal teria sido o vitorioso, não o comunismo marxista. Não surpreende que Francis FUKUYAMA (*El fin de La historia e El último hombre*, 1997, Buenos Aires, Editorial Paidós) identifique esse momento com o fim da história. Entretanto, tal visão não compreende a dialética marxista nem o desenvolvimento da história corretamente, uma vez que ‘eterniza’ a sociedade ‘burguesa’ e suas instituições, como a propriedade privada dos meios de produção, o trabalho assalariado e o caráter propriamente mercantil de toda a realidade social. Tal postura é peculiar ao pensamento burguês, fragmentado e, irremediavelmente distante da realidade (ao contrário do pensamento crítico, aspecto da práxis revolucionária) uma vez que para manter sua hegemonia na lógica do capital é necessário que ele desconheça as relações que a produzem: ‘o ‘burguês’ não necessita saber nada sobre a *práxis*, no sentido amplo que aqui vimos tratando. Mais ainda: necessita não saber sobre ela, *des-conhecê-la* (que não é o mesmo que ‘ignorá-la’), posto que tomar plena ‘consciência’ do processo de produção em sentido genérico (isto é, definitivamente, da história, que, como dissemos é antes de tudo, movimento, ‘informado’ pelo passado, da transformação para o futuro) o obrigaria a admitir, a rigor de honestidade intelectual, que essa transformação indetível e a produção do conhecimento baseado nela podem eventualmente varrer com seu próprio lugar de ‘classe dominante’, o qual resulta subjetivamente intolerável e objetivamente disfuncional ao sistema, daí que não *possa* saber nada com isso (como disse ironicamente Marx, a burguesia sempre soube perfeitamente que havia tido História...até que ela chegou). GRÜNER, Eduardo, : pág. 115)

<sup>58</sup> MORRISON, Wayne Pág: 195.

A dialética, em verdade, é a escatologia cristã, em que o homem encontra seu destino no Juízo Final e na vida a partir de então, transformada em filosofia da história por Hegel (que estudou teologia na Universidade de Tübingen) na qual “o desenvolvimento da totalidade do conhecimento humano é essencialmente a mesma do ordenamento da história, e assim (substitui) nosso destino por Deus”.<sup>59</sup> Em outros termos, Hegel identifica o movimento histórico com o movimento das ideias. Grosseiramente, podemos dizer que Hegel continua a tradição idealista presente na filosofia ocidental desde Platão (tendo seu “profeta” moderno em René Descartes), inserindo a história humana nessa tradição. Ou seja, Hegel torna absoluto o idealismo, abarcando o real, que até o surgimento de sua filosofia era visto como uma instância distinta.

Marx baseia todo seu pensamento na dialética hegeliana, mas inverte sua premissa básica: a ideia de que tudo o que é racional é real e tudo o que é real é racional, ou seja, Marx deixa de buscar a ideia (a totalidade da existência segundo Hegel) na realidade, para tentar entender a situação total do homem, o que pressupunha uma análise das condições materiais da existência humana, inexistente no idealismo.<sup>60</sup>

O homem (e as condições materiais que o cercam) passa a ser o centro da análise filosófica de Marx, não o espírito ou a ideia como a filosofia propunha até o momento.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> MORRISON, Wayne, *idem*: pág. 194.

<sup>60</sup> ‘Sua influência intelectual mais importante foi o impacto causado pela leitura de *A essência do cristianismo*, de Feuerbach, que argumentava que a religião era uma resposta as condições materiais da vida. Feuerbach argumenta que história é na verdade a narrativa do homem lutando para realizar suas possibilidades nas condições materiais concretas em que se encontra e que, enquanto o homem pode apelar a Deus, esse é um exercício em que ele separa seus desejos existenciais de seu domínio terreno, e equivale a um exercício de alienação’. MORRISON, Wayne, *idem*: pág. 302.

<sup>61</sup> Uma interessante representação da ruptura que o pensamento de Marx representa perante o idealismo dominante na filosofia ocidental nos é dada por Marjane SATRAPI em seu livro *Persépolis*. Abaixo os quadrinhos que mostram essa oposição, através de um hilário diálogo entre Descartes e Marx:

As consequências dessa inversão para o pensamento são drásticas. A partir desse momento Marx defende que não é a consciência dos homens que determina seu ser, pelo contrário, seu ser social determina sua consciência. Em outras palavras, as condições materiais de produção sócio-histórica determinam o pensamento do homem. Não é a realidade que acompanha as ideias, são as ideias que são formadas pela realidade.

Dois conceitos fundamentais para a filosofia de Marx surgem nesse momento. As ideias de base (ou estrutura) e superestrutura. A base é formada pelas relações materiais de produção próprias de cada época, abarcando a relação do homem com a natureza (e sua inevitável transformação pelo trabalho) e outros homens. A segunda é formada pelas projeções idealizadas da base, se manifestando nas formas morais, filosóficas, jurídicas, etc. de compreensão da realidade:

Partimos de homens reais e ativos, e, com base em seu processo de vida real, demonstramos o desenvolvimento dos reflexos e dos ecos ideológicos do processo de vida. Os fantasmas criados no cérebro humano são também, necessariamente, idealizações de seu processo de vida material, que é empiricamente verificável e ligado a premissas materiais. Moralidade, religião, metafísica – toda a ideologia restante e suas formas de consciência correspondentes – deixam então de parecer independentes. Não tem história nem desenvolvimento; os homens, porém, ao desenvolverem sua produção material e suas relações materiais, alteram além disso sua existência real, seu



DESCARTES: *O mundo material não existe, é somente o reflexo de nossa própria imaginação.*

MARX: *É o que você diz! Quer dizer que mesmo você vendo essa pedra em minha mão ela não existe além de sua imaginação?*

DESCARTES: *exatamente. (...) Ai! O que você está fazendo Karl, você quebrou minha cabeça!*

pensamento e os produtos do seu pensamento. A vida não é determinada pela consciência, mas a consciência pela vida.<sup>62</sup>

Dessa forma nossas ideias e saberes (inclusive o direito) não se desenvolvem em resposta “a exigências de coerência interna ou em virtude de seu próprio desenvolvimento: ao contrário, são objetos determinados a partir do desenvolvimento das forças produtivas em que os homens estão inseridos”.<sup>63</sup> Nesse ponto essas ideias compõem um sistema total que Marx chama de “Ideologia”. Sistema esse que tem a função de “naturalizar” e apresentar como “necessária” uma ordem social não natural, contingente e histórica: a ordem capitalista.

A falsa concepção interesseira que vos leva a erigir em leis eternas da natureza e da razão as relações sociais oriundas do vosso modo de produção e de propriedade - relações transitórias que surgem e desaparecem no curso da produção - a compartilhais com todas as classes dominantes já desaparecidas. O que admitis para a propriedade antiga, o que admitis para a propriedade feudal, já não vos atreveis a admitir para a propriedade burguesa.<sup>64</sup>

De fato, por se apresentar como essencialmente alienante, uma vez que fundada no trabalho como categoria abstrata e fragmentada, separada da realidade do próprio trabalhador, a ordem capitalista traz consigo uma estrutura de dominação baseada na exploração do trabalho realizada pelos proprietários dos meios de produção em detrimento daqueles que possuem somente sua força de trabalho.

Para que tal relação de exploração não seja percebida diretamente pelos explorados, que poderiam, assim, se opor a ela, o capital lança mão de estratégias simbólicas que impedem o acesso dos dominados à essência da estrutura de exploração. Já estruturalmente alienante, a ordem do capital constrói um todo ideológico, composto por concepções metafísicas, religiosas, políticas e jurídicas que reforçam a alienação e criam um “véu” que não permite que os explorados compreendam sua real situação.

Quando dizemos que a alienação é própria da estrutura de produção capitalista, fazemos referência à uma ordem produtiva em que o produto se torna mais importante que o trabalhador que o produziu, criando a fetichizada ilusão de que as mercadorias ocorrem, independentemente da ação humana, ao mercado, se colocando à venda. A alienação obsta nossa visão da realidade das condições produtivas, que condicionam a (re)produção de nossa realidade social. Em outros termos, a alienação nos torna em outros, estranhos, “alienígenas”, de nossa própria realidade. Em termos filosóficos seria

<sup>62</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *The German Ideology*, 1978:5, *apud*. MORRISON, Wayne, *pág:307*

<sup>63</sup> MORRISON, Wayne, *idem*.

<sup>64</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *O Manifesto Comunista*.

o distanciamento de uma parcela do “Ser” de sua totalidade. Parte do nosso eu parece alheia ao nosso próprio eu - o homem, e conseqüentemente a humanidade, entra em desacordo consigo mesmo. O “alienar-se” pressupõe a projeção das melhores características do homem nos produtos de seu trabalho, ou em uma categoria que lhe é estranha, como “Deus”; características que são objetivadas, atingindo através desse processo de reificação uma realidade a parte, separada da realidade dos seus produtores, e mais rica do que os seus próprios produtores, uma vez que a projeção dessas características empobrece o homem.<sup>65</sup>

Obviamente, a alienação é um pressuposto do sistema produtivo capitalista, baseado na produção seriada e na fragmentação da atividade produtiva e na falaciosa separação entre teoria e prática. Preso a uma atividade essencialmente instrumental, alijado da relação produtiva como um todo de conseqüências sociais e psicológicas, o trabalhador se aliena de sua própria condição de verdadeiro produtor da realidade social, aceitando-se como uma mera “ferramenta” a serviço de um sistema que ele se considera incapaz de compreender e tratando seu trabalho como somente mais uma mercadoria em meio às demais<sup>66</sup>. Em verdade essa incapacidade é uma condição do burguês, que, para manter sua posição hegemônica na realidade precisa “aleijar” sua forma de compreensão da mesma, uma vez que uma apreensão totalizante mostraria a fragilidade própria da sua posição no mundo:

---

<sup>65</sup> Em Hegel o conceito de alienação surge como o processo pelo qual a Idéia Absoluta se fazia Ser-Outro na natureza e se realizava dialeticamente nas obras do Geizt (espírito): religião, moral, direito, Estado. Para Hegel alienação significava objetivação e enriquecimento. Feuerbach via a alienação na relação do homem com Deus. O homem se objetiva em Deus e nele projeta suas melhores qualificações: amor, bondade, sabedoria, justiça. Quanto mais Deus se enriquece com a essência do homem, mais esse se empobrece. Feuerbach contraria, portanto, a posição hegeliana, enxergando no processo da alienação um empobrecimento da relação do homem consigo mesmo. Em um primeiro momento Marx e Engels aceitam a tese feuerbachiana sobre alienação, mas, posteriormente, percebendo que as soluções apresentadas por Feuerbach para a alienação não passavam de especulações idealistas como as de Hegel, trabalharam a alienação do homem em relação com a coisa, com os produtos de seu trabalho, que acabam adquirindo, através da projeção e objetivação de qualidades eminentemente humanas, valores não correspondentes com sua realidade de produto. “Feuerbach parte do fato de que a religião torna o homem estranho a si mesmo e duplica o mundo em um mundo religioso, objeto de representação, e um mundo profano. Seu trabalho consiste em reduzir o mundo religioso à sua base profana. Ele não vê que, uma vez realizado esse trabalho, o principal ainda está por fazer. O fato, principalmente, de que a base profana se desliga dela própria e se fixa nas nuvens, constituindo assim um reino autônomo, só pode se explicar precisamente pelo auto-rompimento e pela autocontradição dessa base profana. É preciso portanto primeiro compreender essa base na sua contradição para depois revolucioná-la praticamente, suprimindo a contradição. Portanto, uma vez que se descobriu, por exemplo, que a família terrestre é o segredo da família celeste, é da primeira que doravante se deve fazer a crítica teórica e é ela que se deve revolucionar na prática.” MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998:101.

<sup>66</sup> “A força de trabalho...é um produto primário, nem mais nem menos importante que o açúcar. O primeiro é medido pelo relógio, o segundo pela balança.” MARX, Karl, Salário – trabalho e capital, *apud*, Matrix, Marx e a vida de uma bateria, opus cit. Pág. 241.

Portanto, no raciocínio de Lukács a “cultura burguesa” situa-se frente ao mundo em uma posição *estática e contemplativa* (o que mais tarde Marcuse chamará de uma cultura *afirmativa* do real): em posição, por assim dizer, *consumidora* e não *produtora* do real. No fundo, o que a “burguesia”, para poder sustentar com convicção seu lugar de classe dominante, não pode saber, é como o “real” chegou a ser o que é (dito mais tecnicamente desde o capítulo I de “O Capital”, o que a “burguesia” não pode saber é que coisa é...a mais-valia; porém aqui, então, podemos apreciar toda a dimensão filosófica que tem o descobrimento por Marx desse sintoma – como o chama Lacan – do capitalismo).<sup>67</sup>

Ou seja, tanto o “proletário” quanto o “burguês” são “alienados”, uma vez que, como já dissemos tal estado é um pressuposto inafastável do sistema produtivo capitalista. A diferença reside no fato de que, como mera *consumidora* da realidade, a classe “burguesa” não pode chegar a ser nada diferente do que é, porque desconhece a *práxis* produtora do real. Em oposição, a classe “proletária”, por mais que, em determinado momento, desconheça que o mundo real é o resultado de um processo de produção, ocupa a posição de *sujeito* efetivo de um processo histórico (que a classe “burguesa” insiste em enxergar como transcendental), o que lhe permite, em oposição à “burguesia” e ainda que potencialmente, sair dessa alienação. A postura “proletária”, dessa forma, só pode ser afirmativa da realidade (em termos marcuseanos) até o momento em que sua consciência de classe produtora do real é despertada; ao contrário do “burguês”, preso sempre à sua “verdade” transcendente da qual nunca conhecerá a “verdadeira” *realidade*.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> GRÜNER, Eduardo, *opus cit.* Pág.115.

<sup>68</sup> “A ‘sociedade’, por sua vez, é uma enganosa abstração sem ter em conta o fundamento material sobre o qual se apóia. A ‘cultura’, entendida como a ideologia, o discurso, a linguagem, as tradições, as mentalidades, os valores e o ‘sentido comum’ somente pode sustentar-se graças a sua complexa articulação com a sociedade, a economia e a política. Como o recordava reiteradamente Antonio Gramsci, as separações precedentes somente podem ter uma função ‘analítica’, ser recortes conceituais que permitam delimitar um campo de reflexão a ser explorado de um modo sistemático e rigoroso, mas que de maneira nenhuma podem ser pensados como realidades autônomas e independentes. Converte-se ‘uma distinção metodológica’ como a que separa economia da política, adverte Gramsci, “em uma distribuição orgânica e apresentada como tal” BORON, Atilio A. Teoria Política Marxista ou teoria marxista da política, *in* Teoria Marxista Hoje, Pág.177) Nesse ponto é *mister* destacar o papel da teoria kelseniana do direito como fruto do solo epistemológico próprio da modernidade burguesa. A separação que Kelsen propõe do direito com relação a outros saberes, com o intuito de o “purificar” enquanto “ciência” nada mais é que consequência do projeto “burguês” de reduzir a realidade ao instrumentalizável racionalmente. Diante de um real demasiadamente complexo para uma apreensão distanciada da *práxis* o saber “burguês” se fragmenta, se autonomiza e se distancia da realidade que o produziu. Em outras palavras, ele se “aliena”. O que Kelsen não percebe é que sua postura transforma o direito em um saber inofensivo e irrelevante, em uma lastimosa justificação da ordem social existente. Reduzindo a lei a um mero ato de vontade do legislador, sem delinear os limites e determinações materiais dessa vontade, bem como considerando o mundo real como uma instância ‘metajurídica’, inapreensível pelo pensar do direito, Kelsen reduz a compreensão do direito a um conhecimento instrumentalizado, baseado na apreensão de regras “lógicas” pretensamente “neutras” e “objetivas”. Em verdade, nada mais faz que alienar a compreensão jurídica de sua própria realidade, encarando a norma de forma fetichizada, uma vez que ignora as condições materiais de sua produção, percebendo o direito como um “dado”, não como um

## Adorno e Horkheimer recorrem à metáfora de Ulisses atado para nos mostrar

isso:

Inimigo tanto da própria morte como da própria felicidade, o pensamento de Ulisses sabe disso. Ele conhece apenas duas saídas possíveis. Uma ele prescreve a seus companheiros. Ele lhes tapa as orelhas com cera e manda-os remar com todas as forças que têm. Quem quiser subsistir não deverá dar ouvidos à tentação do irresistível e isso só poderá ser evitado caso não lhe for possível escutá-la. Disso a sociedade sempre cuidou. Viçosos e concentrados, os trabalhadores devem olhar para a frente e deixar de lado o que estiver de lado. Eles devem sublimar o impulso que os pressiona ao desvio, aferrando-se ao esforço suplementar. Assim eles se tornam práticos. – A outra saída é a que é escolhida pelo próprio Ulisses, o senhor de terras, que faz os outros trabalharem para si. Ele escuta, porém privado de forças, atado ao mastro, e quanto maior se torna a tentação, mais fortemente ele se faz acorrentar, da mesma maneira que, em épocas posteriores, os burgueses recusarão a felicidade para si mesmos, com tanto maior obstinação quanto mais a tenham ao seu alcance, com o crescimento do seu poder. O escutado não tem conseqüências para ele, que pode apenas acenar com a cabeça para que o soltem, porém tarde demais: os companheiros, que não podem escutar, sabem apenas do perigo do canto, não da sua beleza, e deixam-no atado ao mastro para salvar a ele e a si próprios. Eles reproduzem a vida do opressor ao mesmo tempo que a sua própria vida e ele não pode mais fugir a seu papel social. Os vínculos pelos quais ele é irrevogavelmente acorrentado à *práxis* ao mesmo tempo guardam as sereias à distância da *práxis*: sua tentação é neutralizada em puro objeto de contemplação, em arte. O acorrentado assiste a um concerto escutando imóvel, como fará depois o público de um concerto, e seu grito apaixonado pela liberação perde-se num aplauso. Assim o prazer artístico e o trabalho manual se separam na despedida do antemundo. A epopéia já contém a teoria correta. Os bens culturais estão em exata correlação com o trabalho comandado e os dois se fundamentam na inelutável coação à dominação social sobre a natureza.<sup>69</sup>

---

“construto”, fruto de uma realidade histórica bastante específica e contingencial. Por isso Pasukhanis insiste que a teoria kelseniana em verdade nada explica, a não ser seu próprio sistema teórico, insistindo na ilusão de um saber auto-referencial (como mais tarde o chamaria Hart) ou de uma “ciência dogmática” (como dizia Miguel Reale). Nesse ponto, os conceitos da teoria se reificam e se pretendem mais reais que a própria realidade que lhes gerou. É por isso que “os benefícios desta separação analítica das ‘partes’ que constituem o todo social cancelam-se quando o analista ‘reifica’ essas distinções e crê, ou postula, como na tradição liberal-positivista, que os resultados de suas premissas metodológicas adquirem vida própria e se constituem em ‘partes’ separadas da realidade, ‘sistemas’ (como em Parsons ou Luhman) ou “ordens” (como em Weber) compreensíveis em si mesmos com independência da totalidade que os integra e somente na qual adquirem seu significado e função. Ao proceder desta maneira, a vida social termina teoricamente esquartejada em uma pluralidade de sectores auto sustentáveis: a economia, a sociedade, a política e a cultura são hipostasiadas e convertidas em realidades autônomas, cada uma das quais requer uma disciplina especializada para seu estudo. Este foi o caminho seguido pela evolução das distintas ‘ciências sociais’: a economia estuda a vida econômica fazendo abstração de seus conteúdos sociais e políticos; a sociologia estuda a sociedade despreocupada das distintas manifestações do social nos terrenos da economia e a política e os politólogos se entretêm elaborando engenhosos jogos conceituais nos quais a política é explicada por um conjunto de variáveis políticas. Conclusão: ninguém entende nada e as ciências sociais hoje se defrontam, em seu absurdo isolamento, com uma crise terminal. BORON, Atílio A. *idem*, pág:177-178. Nesses termos o positivismo reduz o direito a um conjunto de variáveis lógicas nas relações específicas das normas, ignorando não só a produção das mesmas como também as conseqüências de sua aplicação.

<sup>69</sup> ADORNO, Theodore, HORKHEIMER, Max, Pág. 53. O conceito de *práxis* não pressupõe como muitos crêem a simples unidade entre teoria e prática. Isso equivaleria a assumir que ambas as categorias podem ter existências distintas e autônomas. Na *práxis* ação é a condição do conhecimento e vice-versa, ou seja, teoria e prática estão co-implicadas, de maneira que se torna impossível pensá-las como categorias separadas. “O que Marx faz – e essa é sua “genialidade” – é simplesmente *mostrar* que esse é o

A ideologia equivaleria à cera administrada por Ulisses aos marinheiros para “protegê-los” do canto das Sereias. Em última instância os impede de enxergarem e se relacionarem com a própria realidade. Cercados por promessas de falsas felicidades, bem como de ideais metafísicos e morais e de enxertos nocionais sobre o certo e o errado, os trabalhadores se portam com os marinheiros de Ulisses, ignoram seu papel no mundo, sua realidade como sujeitos efetivos na *práxis* social. Nisso burgueses e operários são idênticos, mas enquanto o primeiro, por mais que se debata não sairá de sua posição estática e contemplativa, atado que se encontra às suas limitações de compreender o todo social, os últimos, assim como os marinheiros, podem remover os tampões de seus ouvidos, e atingir, finalmente, a consciência de sua posição no mundo, abandonando sua condição alienada. Por isso faz tanto sentido para a burguesia proclamar que a história acabou, uma vez que para ela isso é uma inafastável realidade. Presa a sua posição no mundo, não há muito mais que ela possa fazer.

### 3. Ideologia

Para manter essa posição é que a ideologia se mostra tão fundamental. Notamos na canção a denúncia de uma espécie de “disfarce”, de “mentira”, que encobre, ou pretende encobrir a violência real. Já no título percebemos a forma com que a violência real se utiliza para se (re)produzir, *travestida*, enfeitada, disfarçando sua real condição. E com quais trajes ela se traveste? Com os mais discretos e normais, com os trajes do cotidiano social, gerando a ilusão de que sempre foi assim, de que essa aparência corresponde à sua realidade, e que essa realidade é tão dócil como suas roupas dizem.

---

movimento da realidade, e *denunciar* que certo pensamento hegemônico (a “ideologia dominante”, para simplificar) tende a ocultar essa unidade profunda, a manter *separados* os “momentos”, promovendo uma “divisão social do trabalho” (“manual” versus “intelectual”, para dizer o básico), com o objetivo de legitimar o universo teórico da pura “interpretação” como do Amo, e o universo prático da pura “ação” como patrimônio do Escravo, já que a classe dominante sabe perfeitamente – mesmo quiçá não sempre o saiba conscientemente – que nem a pura abstração da teoria, nem o puro “ativismo” da prática, tem realmente *conseqüências materiais* sobre o estado das coisas do mundo. Ou, em outras palavras, não produz verdadeiro *conhecimento* da realidade, no sentido de Marx. Nunca melhor ilustrada esta tese que na famosa alegoria que constroem Adorno e Horkheimer, em sua *Dialética do esclarecimento*, a propósito do episódio das Sereias na *Odisséia* de Homero: o astuto e racionalizador capitão Ulisses – metaforicamente, o Burguês – atado ao mastro de seu barco, pode *escutar* (“interpretar”) o canto das sereias, porém não pode *atuar*, os ansiosos marinheiros – metaforicamente, o Proletariado - , com seus ouvidos tampados pela cera que Ulisses lhes administrou, podem *atuar*, remar o barco, mas não podem *escutar*. Nenhum dos dois pode realmente conhecer essa fascinante música: Ulisses não quer fazê-lo – quer simplesmente *recebê-la*, gozá-la passivamente -, os marinheiros não *podem fazê-lo* – ocupados, “alienados” em sua tarefa prática, nem sequer se inteiram de sua existência.” GRÜNER, Eduardo, *opus cit.* Pág. 105.

No ar que se respira, nos gestos mais banais em regras, mandamentos, julgamentos, tribunais na vitória do mais forte, na derrota dos iguais

São nos “gestos mais banais” que a violência se esconde, construindo sua “capa”, sua “superestrutura”. Nos mandamentos morais, nos “julgamentos”, “tribunais”. O papel do direito como parte da superestrutura ideológica é aqui lembrado. Cria a ilusão de que as relações sociais são normais e justas, expressão própria da liberdade humana de contratar. O contrato, forma negocial incrivelmente adaptada às relações de produção moderna, se transfere para a política e para a filosofia, para o utilitarismo inglês de um Bentham e de um Mill, para o constitucionalismo burguês, para a justificação da sociedade burguesa como acordo de homens livres e autônomos, como *contrato social*. É a ideologia jurídica legitimando a realidade existente. Através da oficialização das relações de trabalho, mediante o contrato, pretende-se esconder suas contradições fundamentais, sua violência entranhada:

Vossas próprias idéias decorrem do regime burguês de produção e de propriedade burguesa, assim como vosso direito não passa da vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de vossa existência como classe.<sup>70</sup>

Nesse prisma, não é de se admirar que o direito defenda interesses historicamente burgueses como a propriedade privada, a liberdade e a individualidade. Interesses que não atendem a todas as pessoas:

Horrorizai-vos porque queremos abolir a propriedade privada. Mas em vossa sociedade a propriedade privada está abolida para nove décimos de seus membros. E é precisamente porque não existe para estes nove décimos que ela existe para vós. Acusai-nos, portanto, de querer abolir uma forma de propriedade que só pode existir com a condição de privar de toda propriedade a imensa maioria da sociedade.<sup>71</sup>

A quase unanimidade do pensamento jurídico moderno identifica a propriedade em moldes privados como um direito natural, próprio do ser humano e *conditio sine qua non* (para usar uma expressão cara aos juristas) para o desenvolvimento do homem enquanto ser livre. Nesses termos, Kelsen:

(...) entre os chamados direitos naturais, inatos, sagrados, do homem, a propriedade privada representa um importante, senão o mais importante, papel. Quase todos os principais autores da doutrina do Direito natural afirmam que a instituição da propriedade privada corresponde à própria natureza do homem.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *opus cit.* 1847.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, SP, 1995:pág.17.

A naturalização e universalização de sua realidade é uma estratégia própria da classe dominante para manter seu *status quo*. Nada mais eficiente, nesses termos, do que recorrer a construtos retóricos como o ‘ser’ do homem, ou ‘natureza humana’ para fundamentar essa estratégia. Em Friedrich<sup>73</sup> temos que “la propiedad ofrece la salvaguardia esencial para la libertad del individuo. Sólo puede ser libre el hombre que tiene propiedad.” Nesse caso, resta a pergunta: e a imensa massa privada de propriedade? Porque seu “direito natural” à propriedade não é servido, como o é o da minoria da população mundial?<sup>74</sup> Nas palavras de Marx, o pensamento jurídico sobre a propriedade privada se mostra da seguinte forma:

No direito privado, exprimem-se as relações de propriedade existentes como sendo o resultado de uma vontade geral. O próprio *jus utendi e abutendi* exprime, por um lado, o fato de que a propriedade privada se tornou completamente independente da comunidade e, por outro lado, a ilusão de que essa propriedade privada repousa sobre a simples vontade privada, sobre a livre disposição das coisas. Na prática, o *abuti* tem limites econômicos bem determinados para o proprietário privado, se este não quiser ver sua propriedade, e com ela seu *jus abutendi*, passar para outras mãos; pois, afinal de contas, a coisa, considerada unicamente em suas relações com a vontade, não é absolutamente nada, mas somente no comércio, e independentemente do direito, torna-se uma coisa, uma propriedade real (uma *relação*, aquilo que os filósofos chamam uma idéia)<sup>75</sup>

Assim, na propriedade realmente “privada” da maioria da sociedade (*a maioria silenciosa orgulhosa de não ter*), “na vitória do mais forte e na derrota dos iguais”, a forma capitalista de produção, em outras palavras “a violência” se manifesta, protegida e travestida pelo contrato, pela coisa julgada, pela segurança jurídica, pelos institutos criados para proteger e naturalizar uma realidade construída para explorar e violentar.

Detentor da propriedade privada, e obviamente, da propriedade dos meios de produção, o burguês determina o valor do trabalho daqueles privados dessa propriedade. Uma vez que os mesmos não possuem nada além de sua força de trabalho, não lhes

<sup>73</sup> FRIEDRICH, Carl Joachim, La Filosofía del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

<sup>74</sup> Para responder a essa questão a filosofia liberal concebe o mundo social como essencialmente meritório, é a livre iniciativa, dependendo a propriedade unicamente do trabalho, ignorando obviamente as condições de extrema violência sob as quais a propriedade privada é instituída e mantida. Da mesma forma, se analisarmos a questão dos excluídos da propriedade privada, veremos as mulheres, por exemplo, dividindo entre elas somente um centésimo de toda a propriedade mundial, sendo que o trabalho das mesmas gera mais da metade da riqueza do mundo. Para mais informações, MEZÁROS, István, Para Além do Capital, bibliografia incompleta.

<sup>75</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã, pág. 76. Vemos, nessas palavras, que a tão celebrada posituação da função social da propriedade como requisito para a manutenção da mesma não passa, em certos termos, de uma forma de estender essa ideia, essa *relação* a qual Marx e Engels se referem, uma vez que tal função se expressa, quase que exclusivamente, em termos econômicos que não possuem uma verdadeira “função social” na maior parte das vezes, uma vez que a existência da propriedade se tornou, como dito no trecho citado, “independente da comunidade.”

resta alternativa a não ser “vender” essa força para o burguês, que, através da exploração do trabalho dessa classe desprovida atinge seus objetivos de acumulação desenfreada de capital.

A ideologia reveste essa situação com um verniz de legitimidade e necessidade, desenvolvendo a teoria da liberdade contratual, da proteção dos direitos do trabalhador, do controle das relações econômicas pelas regras determinísticas do mercado, etc. E, na relação fetichizada com as mercadorias em circulação, que impede que enxerguemos as relações sociais que as produziram. Nesses termos a canção já nos mostra:

| a violência travestida faz seu trottoir  
| em anúncios luminosos, lâminas de barbear  
| armas de brinquedo, medo de brincar  
| a violência travestida faz seu trottoir

Objetivadas ao extremo, como se existissem de maneira independente às relações que as produziram, os produtos passam por uma “hipertrofia” do valor, ganhando um novo valor simbólico, representando sempre uma pretensa necessidade que deve inevitavelmente e a qualquer custo ser satisfeita. Nos “anúncios luminosos”, que, frequentemente, anunciam produtos que não precisamos, mas atrelados a um ideal de felicidade que nos impele a consumi-los. Assim, a propaganda não vende o produto, mas o ideal de felicidade que ele representa, fruto de nossa alienação perante a coisa, que passa a possuir um valor maior que nós mesmos. Nós veneramos, no sentido literal da palavra, as mercadorias que compramos – sejam computadores, carros, roupas, alimentos – e essa veneração cega nosso olhar para o simples fato de que essas mesmas mercadorias são produzidas por pessoas como nós. Como totens de uma nova crença, que escondem como um signo personificado sua real significação, as mercadorias fetichizadas bloqueiam nossa visão do fato de que são trabalhadores, como nós, que as produzem:

Ouvimos histórias sobre colegas trabalhadores sofrendo nas linhas de produção asiáticas, mas mesmo assim compramos nossas marcas favoritas de tênis. Dirigimos nossos automóveis a caminho de nosso trabalho, que foram produzidos por trabalhadores, e não reconhecemos o sistema operante no qual estamos envolvidos. Quer ignoremos essas relações propositalmente quer não, muitos de nós praticam variados graus de “fetichismo de *commodities*”.<sup>76</sup>

A dominação burguesa consegue manter sua maquinal eficiência justamente porque nos convence, através de todo o aparato ideológico e do fetiche da mercadoria,

---

<sup>76</sup> DANAHAAY, Martin A., RIEDER, David, Matrix, Marx e a Vida de uma bateria, Pág 245.

de que, apesar dos problemas, somos o ápice da existência humana sobre a terra, e que todo nosso esforço deve se voltar para manter as relações justas e confiáveis dentro do paradigma social existente. Nesse ponto, é fundamental que nos convençamos de que a miséria em termos globais, essencial para a manutenção do sistema, sempre existiu, que as contradições estruturais da forma capitalista de produção, cada vez mais acentuadas, são passageiras ou fruto da incompetência da política institucionalizada em garantir a todos o acesso ao básico (se tal coisa fosse possível, o sistema ruiria sobre si mesmo), e que mudanças macroeconômicas tem efeitos realmente sensíveis na vida de trabalhadores que recebem somente o mínimo necessário para sobreviver – e obviamente, para manter a estrutura de consumo. Daí a insistência midiática em apresentar as discussões econômicas como sujeitas a relações lógicas de causa e efeito. Desde a alteração nos juros americanos, até as expansões mercadológicas da China, tudo é apresentado como se realmente fosse afetar de maneira considerável a vida do trabalhador. Ora, não negamos a influência das flutuações econômicas na vida do trabalhador, mas sua condição fundamental, a de explorado, permanece a mesma. É o mundo das telas de TV, a narcísica sociedade do espetáculo, onde tudo é anúncio ou mercadoria (em que pese a verdade incontestável de que em sua abstração o anúncio não é nada mais que uma mercadoria):

no vídeo, idiotice intergaláctica  
na mídia, na moda, nas farmácias  
no quarto de dormir, na sala de jantar  
a morte anda tão viva, a vida anda pra trás  
é a livre iniciativa, igualdade aos desiguais  
na hora de dormir, na sala de estar

A insensatez de uma forma de produção que instrumentaliza e mercantiliza a realidade, convertendo-a em produto, e que para tanto precisa se utilizar de todo tipo de violência, institucionalizada ou não, é encoberta pela “idiotice intergaláctica” no vídeo, no consumo pelo simples consumo da moda, na indústria farmacêutica, cada vez mais lucrativa<sup>77</sup> e na livre iniciativa, doutrina liberal que justifica as contradições nas relações de produção através do “mérito” do trabalho de cada um, por esse prisma, nada mais justo que o patrão explorar o empregado, uma vez que é privilégio do patrão o acesso a

---

<sup>77</sup> Estima-se que 75% dos investimentos da indústria farmacêutica em pesquisa sejam direcionados para desenvolver medicamentos contra a calvície, a impotência sexual masculina e remédios contra a obesidade e depressão. Nessa mesma realidade, uma imensa quantidade de pessoas nos países subdesenvolvidos padece de doenças facilmente tratáveis como cólera, dengue ou malária, mas cujo acesso é extremamente limitado devido a falta de investimento em sua pesquisa e fabricação. Para mais informações, SANTOS, Boaventura de Souza, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*: Cortez Editora, Perdizes, 2007.

realidade “intelectiva”, ao planejamento e à teorização. Não é de se admirar que a realidade acadêmica moderna tenha incorporado a linguagem da administração de empresas, voltada para conceitos fajutos como “eficiência”, “aproveitamento”, “capacidades”, “competências”. Exemplo máximo da esquizofrenia da linguagem administrativa, que mal consegue disfarçar a realidade exploratória da qual faz parte é a famigerada expressão “recursos humanos”, em que o trabalhador é visto somente como mais uma ferramenta para a empresa, ou na linguagem dos próprios livros, em que a administração de “coisas/pessoas” é vista da mesma forma: o empregado só é bem tratado se essa ação gerar lucros para o empregador.

O pensamento acadêmico moderno, essencialmente fragmentado e escolástico, é a mais eficiente forma de ideologia que as relações capitalistas conseguiram produzir, porque, não só maquia a realidade exploratória, conferem a ela um verniz de racionalidade que justifica sua existência. Racionalidade meramente instrumental e tão contraditória como a estrutura de produção que a gerou. Idealizada, reificada, débil, alijada das condições materiais que a produziram, a razão instrumental própria da realidade burguesa contamina todo o pensamento moderno, inclusive o pensamento sobre o direito.

Tradicionalmente conservador, o pensamento jurídico moderno se mostra quase que inteiramente incapaz de uma crítica de sua própria realidade, ocupado demais em criar conceitos que legitimassem o Estado, a propriedade e as demais categorias burguesas de realidade como frutos de uma pretensa “vontade geral”, positivada pelo direito estatal. O Estado é convertido numa realidade eterna, a - histórica<sup>78</sup>, que existe desde sempre e que é formado pela convergência de interesses de todos da sociedade. Retirando do pensar sobre o direito as considerações acerca da complexidade da realidade onde ele se insere, bem como de sua interferência nessa realidade, o pensamento jurídico se apresenta como um mero jogo de lógica, ineficaz como *práxis* revolucionária, uma vez que é uma mera idealização da visão de mundo da classe dominante.

O Marx de A liberdade da imprensa, ainda enxergava, no domínio da liberdade que para ele representava o direito, uma capacidade de, através da razão, se modificar a realidade. Nesse momento Marx se mostrava ainda influenciado por categorias

---

<sup>78</sup> “A frase que se encontra frequentemente em São Max Stiner: “cada um é o que é graças ao Estado”, vem a ser no fundo, o mesmo que dizer que o burguês não passa de um exemplar da espécie burguesa, frase que pressupõe que a classe dos burgueses deve ter existido antes dos indivíduos que a constituem”. MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã., Nota pág: 118.

idealistas, como o imperativo categórico kantiano. Num segundo momento Marx enxerga o direito como parte da superestrutura ideológica, condicionado<sup>79</sup> pela base formada pelas relações de produção. Por isso, o entendimento das categorias jurídicas separadas da realidade onde surgem, impede que as mesmas sejam modificadas para atingirem outros interesses que não os da classe dominante.

Da mesma maneira que as mercadorias passam pelo processo de fetichização, incorporando valores que, em realidade não possuem, as normas jurídicas também são objetivadas, incorporando qualificações estranhas à sua própria realidade, se tornando mais importantes que os jurisdicionados ou a realidade social que afetam. O mesmo ocorre com o Estado, revestido com a sacralidade antes atribuída exclusivamente a Deus.<sup>80</sup>

Não é de se espantar que, de todas as ciências (ou saberes, uma vez que a “cientificidade” do direito é uma questão extremamente controversa) sociais, o direito tenha praticamente passado ao largo das discussões levantadas por Marx e pelos marxistas. A separação do direito da realidade impede que a análise materialista afete consideravelmente um saber cujo poder se mostra meramente simbólico e idealizado. Como o mesmo legitima o poder da classe dominante, conferindo ao mesmo a ilusão de nascer da vontade geral das pessoas<sup>81</sup> seu questionamento através de um pensamento crítico poderia abalar as bases desse poder.<sup>82</sup> O pensamento jurídico, enquanto mero pensar escolástico impede o questionamento sobre as suas próprias condições de produção e aplicação, reduzindo-se a uma teorização inepta e incapaz de apreender as sutilezas da *práxis* humana que o gerou. O positivismo jurídico, como fruto mais bem acabado do pensamento jurídico burguês é um exemplo dessa incapacidade, ao reduzir

---

<sup>79</sup> A acusação de determinismo econômico imputada contra Marx e Engels decorre de uma interpretação errônea do termo alemão *bedingen* “desastradamente traduzido, por várias razões e acerca das quais é preferível não nos determos, como “determinar”. No entanto, de acordo com o dicionário Langenscheidts Alemão-espanhol, o verbo *bedingen* tem um significado muito preciso: “condicionar”, ainda quando admita outras acepções como “requerer”, “pressupor” e “implicar”. BORON, Atilio A. Pelo necessário (e demorado) retorno ao marxismo., opus cit. Pág:47. O próprio Engels esclarece essa questão dizendo que a esfera econômica determina, em “última instância” a realidade, mas em geral somente a condiciona.

<sup>80</sup> Sobre a sacralização do direito e do Estado, Pierre BOURDIEU, O poder simbólico, e um nosso artigo ainda inédito sobre o problema do direito em Franz Kafka, Como um cão.

<sup>81</sup> Nesse ponto, a separação entre direito natural e direito positivo, que encontra uma grande teorização na modernidade, em verdade não apresenta nenhum problema real, uma vez que tanto os defensores de uma posição quanto os de outra enxergam o fenômeno jurídico transcendente a ele mesmo, como produto de categorias a - históricas, como a natureza ou a vontade.

<sup>82</sup> Uma vez que a superestrutura só é determinada pela economia em última instância, sendo em geral condicionada pela base das relações de produção essa superestrutura pode pesar sobre a base, afetando-a e até mesmo alterando-a em alguns aspectos.

relações sociais – afinal, em última instância é do que tratam as relações jurídicas – a questionamentos sobre a validade ou não das normas aplicadas.

#### **4. As aventuras de Karl Marx contra o pequeno Hans: um problema de método ou de ideologia?**

Em seu O problema da Justiça<sup>83</sup>, Kelsen enumera algumas concepções de justiça. “Enumera” talvez seja o mais preciso dos termos aqui, uma vez que Kelsen não pretende discutir o conceito de Justiça, já que para ele a Justiça ideal é inalcançável pela razão, sendo todas as concepções acerca dessa categoria meras expressões subjetivas, o que para ele, corresponde a dizer que são irracionais. Como o método kelseniano pretende ser “avalorativo”, distante de qualquer percepção subjetiva do fenômeno jurídico, o que equivaleria segundo ao autor, a fazer “política do direito” e não “ciência do direito” não lhe resta muito além de descrever concepções de justiça alheias.

O método kelseniano impossibilita que o fenômeno jurídico seja apreendido de forma mais profunda, uma vez que sua única função seria descrever o direito como ele é, e não como deveria ser. Caberia ao jurista – figura ambígua em Kelsen, na acepção de Mário G. Losano<sup>84</sup> - somente descrever os ordenamentos jurídicos. O mesmo Losano destaca os limites do reducionismo metodológico proposto por Kelsen:

A essas constatações sobre as limitações do formalismo pode-se objetar que a finalidade da teoria pura do direito é descrever a natureza do direito em geral; quem, pois, quiser indicações sobre a *práxis* social ou conselhos sobre os valores aos quais se ater estará pedindo à teoria pura do direito algo que ela não se propõe dar (essa é a observação já feita aos sociólogos e aos jusnaturalistas). Vejamos então o que ela se propõe a oferecer. Norberto Bobbio, num ensaio dos mais lúcidos de toda a literatura sobre Kelsen, expõe assim o problema: “O chamado formalismo da teoria kelseniana é feito da *formalidade do direito como tal como é considerado pela teoria geral*. Mas nesse sentido toda teoria geral, e não só a de Kelsen, é formalista, ou melhor, “formal” e, *se não é formal, para nada serve.*”<sup>85</sup>

O que Bobbio não considera é que a teoria geral do direito é uma disciplina formal por “escolha individual, não por necessidade objetiva”<sup>86</sup>. Ou seja, Kelsen é quem decide privilegiar o aspecto formal do direito em detrimento de seu conteúdo ou de qualquer acepção que envolva juízos axiológicos, essa não é uma escolha

<sup>83</sup> KELSEN, Hans, O problema da justiça, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998.

<sup>84</sup> *Idem*, prefácio. Losano é um dos mais sóbrios intérpretes de Kelsen, trabalhando a obra do austríaco sem a adoração desmedida de uns e sem o criticismo irresponsável de outros.

<sup>85</sup> *Idem*, pág; XXIII.

<sup>86</sup> *Idem*.

determinada por questões que envolveriam a “natureza do direito enquanto ciência” – se é que podemos nos expressar nesses termos. Como novamente nos diz Losano:

Por outro lado, isso tampouco significa que a teoria pura ofereça uma explicação exaustiva da natureza do direito. Todas as teorias são explicações apenas parciais, mas algumas são mais limitadas que outras. Estaremos mesmo seguros de que a forma é o elemento fundamental para compreender o direito? Excluindo qualquer exame do interior (ou seja, a realidade) e qualquer exame do exterior (ou seja, o valor, a justiça), Kelsen encontra-se na posição de quem quer falar do ovo propondo-se calar tanto sobre a galinha quanto sobre a gema e a clara. Estaremos mesmo seguros de que a casca é o elemento fundamental para se compreender o ovo? Se não falarmos da galinha, não compreenderemos a origem do ovo, nem sua estrutura, nem (peço vênia) sua forma; se não falarmos de gema e clara, não explicaremos sua finalidade, nem seus possíveis usos. Por outro lado, para falar do ovo de modo exaustivo seria preciso falar *também* da casca.<sup>87</sup>

A honestidade metodológica de Kelsen, que, como mostramos, se exime de discutir problemas que não correspondem à forma do direito, é relativizada quando o problema em discussão é a justiça. Não que Kelsen ofereça uma “teoria pura da justiça”, mas seu método de análise é basicamente o mesmo, o que o obriga a instrumentalizar concepções alheias de justiça para poder descrevê-las.

Instrumentalizar essas concepções para que pudessem “caber” em seu método de análise foi a alternativa que restou a Kelsen. Evidentemente algumas dessas concepções não permitiam tal procedimento reducionista, o que fica claro na sensação de “inadequação” que transparece em algumas análises, como a da concepção “marxista”. Permanece uma incômoda sensação de que as ideias tratadas ali são as de outro Marx, não a do mesmo autor de “O Capital”. Talvez porque a análise kelseniana se restrinja somente à “Crítica do Programa de Gotha” (ao menos nenhum outro texto de Marx é citado) ela soe tão incompleta. Em verdade, nem o texto mencionado parece ter sido compreendido por Kelsen. Ele se utiliza de pressupostos incapazes de atingir o objetivo do pensamento marxista sobre a “igualdade”, “justiça”, ou mesmo, e mais fundamental o “trabalho”. Reduzindo o pensamento marxista sobre a justiça à máxima: “cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades”, Kelsen deforma a compreensão marxista das relações de produção como se as mesmas se reduzissem a uma mera discussão sobre a proporcionalidade da equação trabalho-salário:

A crítica de Marx à ordem econômica capitalista reconduz-se ao postulado de que não devemos ignorar, ao pagar o salário do trabalho, certas desigualdades, a saber, a desigualdade das capacidades e necessidades dos

---

<sup>87</sup> *Idem.* pág: XXI.

diferentes indivíduos em sua capacidade singular, desigualdades essas que são ignoradas no sistema de salário da ordem econômica capitalista.<sup>88</sup>

Pois bem, em Marx a relação entre trabalho e salário não é e não pode ser justa, porque pressupõe uma relação de desigualdade concretizada na propriedade privada dos meios de produção pelo capitalista, que compra do proletário, que não possui outra propriedade, sua força de trabalho. Nesse ponto, cabe ressaltar que a crítica de Marx abarca um problema muito maior do que o que Kelsen pressupõe, e que não pode ser solucionado dentro da estrutura econômica capitalista; estrutura que cria os pressupostos jurídicos aplicados por Kelsen para a solução do problema que, segundo suas pretensões, Marx teria levantado. Marx não identifica o princípio da igualdade com a justiça, nem diz que a aplicação desse princípio solucionará o problema da justiça na sociedade. Em verdade o que Marx diz é que a ideia de equivalência e de igualdade é uma ideia própria do sistema burguês – uma vez que as relações de produção do sistema capitalista se projetam na troca de algo por seu equivalente – e que tal ideia fará parte de uma fase inicial da ordem comunista, alimentada ainda, infelizmente, por preceitos da ordem que a antecedeu:

Numa fase superior da sociedade comunista, quando tiver desaparecido a escravizante subordinação dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, a oposição entre o trabalho intelectual e o trabalho manual; quando o trabalho não for apenas um meio de viver, mas se tornar ele próprio na primeira necessidade vital; quando, com o desenvolvimento múltiplo dos indivíduos, as forças produtivas tiverem também aumentado e todas as fontes da riqueza colectiva brotarem com abundância, só então o limitado horizonte do direito burguês poderá ser definitivamente ultrapassado e a sociedade poderá escrever nas suas bandeiras: “De cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades!”<sup>89</sup>

Baseada em categorias burguesas da realidade jurídica, Kelsen não vai mais fundo na sua análise, uma vez que, ao contrário de Marx, o mesmo acredita em proporcionalidade na relação trabalho-salário:

Se o pagamento do salário do trabalho é feito em dinheiro, pode haver estrita proporcionalidade nas relações entre prestação e salário. Sob este aspecto, distinguem-se dois sistemas de salário. Num deles, o critério ou medida do salário é o tempo de trabalho; no outro, é o produto ou resultado do trabalho (sistema de trabalho por tarefa) (...)

(...) Estas relações podem ser determinadas por toda e qualquer forma e – como já notamos – são determinadas, nos quadros de uma economia livre, através da oferta e da procura e, nos quadros de uma economia planejada, através de uma relação autoritária.

(...)O ideal comunista de justiça é, antes de tudo, o ideal da segurança econômica de todos os membros da comunidade, o qual pode ser realizado

<sup>88</sup> *Idem.* pág.42.

<sup>89</sup> MARX, Karl, Crítica do Programa de Gotha, bibliografia incompleta.

apenas através da economia planejada e não por meio da economia livre do sistema capitalista.<sup>90</sup>

Vemos aqui dois problemas: o problema da igualdade, como critério fundamental da justiça, elencado por Marx, na visão de Kelsen. E a concepção de Kelsen da ordem comunista. O primeiro problema advém do fato de que Kelsen não consegue se desprender de categorias jurídicas da realidade burguesa para proceder à análise do pensamento marxista. Pensamento que não pode ser compreendido pelas categorias burguesas. A própria questão do trabalho não pode ser vista como trabalho assalariado, como quer Kelsen. Vemos pela última citação que ele pressupõe uma proporcionalidade entre trabalho e salário no que ele entende por sistema comunista. Ora, uma das primeiras ações para a implantação do comunismo é justamente a abolição do trabalho assalariado:

A contradição entre a personalidade do proletário em particular, e as condições de vida que lhe são impostas, isto é, o trabalho<sup>91</sup>, aparece-lhe com evidência, sobretudo porque ele já foi sacrificado desde a sua primeira juventude e não terá jamais a oportunidade de chegar, no âmbito de sua classe, às condições que o fariam passar para uma outra classe. Portanto, enquanto os servos fugitivos só queriam desenvolver livremente suas condições de existência já estabelecidas e fazê-las valer, mas só chegavam em última instância ao trabalho livre, os proletários, se quiserem se afirmar enquanto pessoa, devem abolir sua própria condição de existência anterior, que é, ao mesmo tempo, a de toda a sociedade até hoje, quer dizer, abolir o trabalho. Eles se colocam com isso em oposição direta à forma pela qual os indivíduos da sociedade até agora escolheram como expressão de conjunto, isto é, em oposição ao Estado, sendo-lhes preciso, derrubar esse Estado para realizar sua personalidade.<sup>92</sup>

A única forma então de se realizar essa “igualdade” seria a abolição da estrutura de divisão de trabalho, baseada na propriedade privada dos meios de produção. O que o burguês não quer ver é que, mesmo em sua problemática categoria de “igualdade”, o fato de alguém trabalhar oito, nove, dez, doze horas por dia, para que outro enriqueça não pode ser considerado um exemplo de tratamento igual. A discussão sobre um salário proporcional ao trabalho somente disfarça o problema real. A premissa da igualdade está no centro do pensamento burguês, uma vez que a razão instrumental própria da modernidade se caracteriza justamente por reduzir a denominadores comuns coisas totalmente diferentes, ordenando-as em sistemas que se pretendem coerentes e completos. Essa forma de racionalidade é incapaz de apreender o que há de sutil na

---

<sup>90</sup> KELSEN, Hans, O problema da Justiça, . Págs: 39,40,45.

<sup>91</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã, Pág. 97. O termo trabalho se refere, nesse parágrafo, a trabalho assalariado como nos mostra a nota 13 da pág. 119.

<sup>92</sup> Idem.

realidade, uma vez que só trabalha com dados por ela manipuláveis. A falta de compreensão kelseniana sobre o pensamento de Marx vem justamente do fato de, metodologicamente, Kelsen só poder trabalhar com categorias extremamente limitadas e que consideram a realidade um dado, um fato positivo a ser descrito. É um pensamento que se detém diante da realidade, e que, por isso, só a explica na medida em que ela pode ser manipulada pelo seu método de pesquisa:

Polemizando contra o direito natural, Kelsen reconhece as limitações ínsitas à especulação que se baseia na pureza metodológica: efetivamente, os homens estão em busca de uma resposta à questão da justiça absoluta, mas a teoria pura do direito declara que não tem condições de fornecê-la. “Mas, do fato de existir uma necessidade não se pode deduzir que essa necessidade pode ser satisfeita por meio do conhecimento racional”, a partir do momento em que o problema se apresenta como insolúvel à mente humana. “A função do conhecimento científico não consiste apenas em responder às questões que lhe são dirigidas, mas também em ensinar que perguntas lhe podem ser sensatamente dirigidas”. Esta observação está em harmonia com as premissas neokantianas de Kelsen, segundo os quais o método científico gera o objeto da ciência e, portanto, determina suas fronteiras, além das quais ela não está em condições de fazer perguntas e dar respostas. Pode, porém, virar-se contra quem formula: o fato de uma necessidade não poder virar-se contra quem a formula: o fato de uma necessidade não poder ser satisfeita por meio do conhecimento racional não implica que deva renunciar a satisfazê-la. Se determinado tipo de ciência recusa-se a satisfazê-la, o que se deve pôr em discussão -- a meu ver -- não é a necessidade, mas esse tipo de ciência.<sup>93</sup>

Daí a incompletude da análise kelseniana de Marx. Ademais, parte da fragmentação do saber próprio do paradigma burguês, em que direito é uma coisa, política é outra, sociedade é outra, como já comentamos nesse texto. Isso o leva, para garantir a coerência do sistema de pensamento, a colocar categorias que não se correspondem como se fossem sinônimas, por isso enxerga justiça na proporcionalidade de salários e vê esse como o único problema da justiça para Marx. Como as charadas do Chapeleiro Maluco<sup>94</sup>, as afirmações de Kelsen são insolúveis porque parecem se referir a uma forma de apreensão da realidade extremamente diferente da de Marx (assim como a do Chapeleiro é inteiramente diversa da de Alice).

Sem o questionamento sobre a realidade da divisão de trabalho e sobre as relações de produção se torna impraticável discutir as conjeturas de Marx. Inclusive, para tanto, é necessária a discussão sobre a realidade do direito, discussão que Kelsen evita a todo custo traçar:

<sup>93</sup> KELSSEN, Hans, prefácio. Pág: XXVII.

<sup>94</sup> “O Chapeleiro arregalou os olhos ao ouvir isso, mas tudo o que disse foi: “Por que um corvo é parecido com uma escrivanhinha?”(...)”Você já adivinhou a charada?, disse o Chapeleiro, virando-se de novo para Alice. “Não, desisto”, respondeu Alice, “Qual é a resposta?” “Não tenho a menor idéia”, disse o Chapeleiro. CARROL, Lewis, Alice no país das maravilhas, L&PM, Porto Alegre, 2007, Págs: 91,94.

O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará - temo - não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.<sup>95</sup>

O temor de Kelsen o impede de mirar essa Górgona, ainda que sua imagem se refletisse em um escudo<sup>96</sup>, como é, ao fim das contas, a reflexão teórica, preferindo não aceitar que sua “ciência” possui uma realidade não inteiramente apreendida pela forma. Assim como o “pequeno Hans freudiano”, nosso “pequeno Hans jurídico” também teme o mundo exterior, com seus cavalos mordedores.<sup>97</sup> Mas os cavalos do nosso Hans não tem nomes interessantes e heróicos como Bucéfalo ou Roscinante, eles se chamam “realidade” e “valor”, categorias inapreensíveis por seu método pretensamente avalorativo. Por isso a identificação forçada da sociedade de economia planejada com o comunismo pensado por Marx. O próprio Chapeleiro poderia ter feito essa charada: “Por que o comunismo é autoritário?” e a resposta seria a mesma da charada da escrivãzinha. Kelsen identifica o trabalho na sociedade comunista como colocada pelo ordenamento social de acordo com a capacidade de cada um, como as funções estanques da sociedade perfeita de Platão, ora, nada mais distante do pensamento marxista:

Com efeito, a partir do instante em que o trabalho começa a ser dividido, cada um tem uma esfera de atividade exclusiva e determinada, que lhe é imposta e da qual ele não pode fugir; ele é caçador, pescador, pastou ou crítico, e deverá permanecer assim se não quiser perder seus meios de sobrevivência; ao passo que, na sociedade comunista, em que cada um não tem uma esfera de atividade exclusiva, mas pode se aperfeiçoar no ramo que lhe agrada, a sociedade regulamenta a produção geral, o que cria para mim a possibilidade de hoje fazer uma coisa, amanhã outra, caçar de manhã, pescar na parte da tarde, cuidar do gado ao anoitecer, fazer crítica após as refeições, a meu bel-prazer, sem nunca me tornar caçador, pescador ou crítico. Essa fixação da atividade social, essa consolidação do nosso próprio produto pessoal em uma força objetiva que nos domina, escapando do nosso controle, contrariando nossas expectativas, reduzindo a nada nossos cálculos, é até hoje um dos momentos capitais do desenvolvimento histórico. É justamente essa contradição entre o interesse particular e o interesse coletivo que leva o interesse coletivo a tomar, na qualidade de Estado, uma forma independente, separada dos interesses reais do indivíduo e do conjunto e a fazer ao mesmo tempo as vezes de comunidade ilusória (...) <sup>98</sup>

Portanto, não é meramente através do cumprimento da fórmula “a cada um de acordo com sua capacidade, a cada um de acordo com sua necessidade” que Marx

<sup>95</sup> KELSEN, Hans, prefácio, Pág. XX.

<sup>96</sup> Perseu decapita a Medusa, uma das Górgonas, vendo seu reflexo em um escudo presenteado pela deusa Atena.

<sup>97</sup> O caso do pequeno Hans é um dos mais famosos casos clínicos de Freud, que trata de um menino com medo de sair de casa por acreditar que seria atacado e mordido por cavalos.

<sup>98</sup> MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã, Pág: 29.

pretende abolir os conflitos e dispensar o Estado, a questão é muito mais complexa e reside na abolição da própria divisão de trabalho burguês como a conhecemos, através da *práxis* comunista. Em nenhum momento a sociedade comunista se pretende uma sociedade perfeita como Kelsen lê em Marx. Ele repete o fetichismo de um pseudo-marxismo que vê na ordem comunista o fim de todo o sofrimento, como se o advento do comunismo impedisse o nascimento de pessoas aleijadas ou que acidentes acontecessem. Isso é sebastianismo, não comunismo. Daí o falso problema levantado por Kelsen: “Mas então surge a questão de saber o que acontecerá, como o ordenamento vai reagir, quando um indivíduo, por quaisquer razões, não produzir o que, segundo as suas capacidades, de conformidade com o mesmo ordenamento, deveria produzir.”<sup>99</sup> Desnecessário argumentar novamente que tal pensamento decorre da interpretação errônea da fórmula da capacidade e da necessidade. Mas podemos argumentar, que, se a sociedade capitalista, que constrói suas bases sobre a exploração de muitos por poucos, pensou em como solucionar esse problema, a sociedade comunista, onde essa exploração é abolida junto com a propriedade privada e a divisão de trabalho, também poderá pensar. Somente com indulgência podemos tratar esse tipo de preconceito contra o pensamento marxista como expresso na doutrina de Kelsen.

## **5. Considerações finais.**

O pensamento marxista, como “horizonte definitivo de nossa época”, na bela expressão de Sartre, não pode permanecer à margem das discussões jurídicas, uma vez que trabalha com problemas fundamentais para o entendimento do fenômeno jurídico. Na realidade contemporânea não podemos nos ater a meros problemas formais dentro do discurso jurídico, nos limitando a descrever uma realidade cada vez mais opressora e intolerável. Como prescreve Adorno, não podemos mais nos dar ao luxo de sermos inocentes. Ainda que nos petrifique, devemos levantar o véu que traveste os olhos da “Górgona do poder”, para impedir que a violência continue incólume e impune, a fazer o seu *trottoir*. No ar que se respira, nessa total falta de ar...

## **BIBLIOGRAFIA**

---

<sup>99</sup> KELSEN, Hans, pág. 43

**ADORNO**, Theodore, **HORKHEIMER**, Max, Dialética do Iluminismo, *in* Os Pensadores – Adorno, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999.

**BORON**, Atílio A. Pelo necessário (e demorado) retorno ao marxismo, *in* Teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina Gonzáles – 1ª Ed. Buenos Aires: Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007)

**CARROL**, Lewis, Alice no país das maravilhas, L&PM, Porto Alegre, 2007.

**DANAHY** Martin A. e **RIEDER** David, *Matrix*, Marx e a vida de uma bateria *in* *Matrix: Bem vindo ao deserto do real*, org. William IRWIN, Madras Editora, São Paulo, Sp: 2003.

**FRIEDRICH**, Carl Joachim, La Filosofia del derecho, Fondo de Cultura Economica, México, 1993.

**GESSINGER**, Humberto, A violência travestida faz seu trottoir, *in*, O papa é pop, BMG: 1990.

**GRÜNER**, Eduardo, Leituras culpadas: *Marx(ismos) e a práxis do conhecimento*, *in* A teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina Gonzáles – 1ª Ed. Buenos Aires: Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007.

**KELSEN**, Hans, O problema da justiça, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998.

**KELSEN**, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado, Martins Fontes, São Paulo, SP, 1995.

**MARX**, Karl, **ENGELS**, Friedrich, A ideologia alemã, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998.

**MARX**, Karl, Crítica do Programa de Gotha, bibliografia incompleta.

**MARX**, Karl, **ENGELS**, Friedrich, O Manifesto Comunista

**MORRISON**, Wayne, Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

**SATRAPI**, Marjane, Persépolis, Companhia das Letras, São Paulo, SP, 2007.

## **A técnica processual nas decisões judiciais a partir do modelo constitucional do processo**

*Felipe Lobato Carvalho Mitre<sup>100</sup>*

**RESUMO:** A técnica processual nas decisões judiciais é tema recorrente na compreensão atual da teoria do processo, sendo muitas vezes banalizada em prol da famigerada celeridade processual. Contudo, o presente artigo busca debater a importância da técnica nas decisões a partir do reconhecimento do processo como direito fundamental e dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões como garantias fundamentais, a serem observados na aplicação do código de processo civil em vigor.

**Palavras-chave:** Direito. Teoria Geral do Processo. Processo Constitucional.

**ABSTRACT:** The technical procedure in judicial decisions is a recurring theme in the current understanding of the theory of the case and often trivialized in favor of the infamous speedy trial. However, this article seeks to discuss the importance of technical decisions based on the recognition process as a fundamental right and the principles of adversarial, legal defense and justification for decisions such as safeguards, to be followed in implementing the Code of Civil Procedure into force.

**Keywords:** Right. General Theory of Process. Constitutional process.

### **1. Introdução**

A partir da Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico é interpretado em consonância aos ditames constitucionais, sendo que o código de processo civil, embora regulado por uma lei de 1973, ou seja, anterior ao texto constitucional, não é exceção.

---

<sup>100</sup> Advogado; Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos – Unidade de Itabirito; Graduado em Direito pela Puc-Minas; pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos; pós-graduado em Direito Processual pelo Iec/Puc-Minas; Mestrando em Direito Público pela Universidade Fumec.

Neste sentido, a lei ordinária n. 5.869 de 11/1/1973, código de processo civil, deverá ser interpretada em compatibilidade ao previsto na Constituição da República, uma vez que o processo neste novo sistema de Estado (Democrático de Direito), não é mero instrumento da Jurisdição.

O processo como previsto na Constituição é garantia fundamental, portanto, o destaque no texto constitucional estampa com clareza a estrita observância aos princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões, eis que formatam o processo constitucionalizado e, por conseguinte, tais princípios não poderão ser desprezados, tampouco mitigados.

A exteriorização das garantias constitucionais que compõem o processo ocorre pela aplicação do procedimento em contraditório<sup>101</sup>, que por sua vez deverá obedecer às normas jurídicas previstas no código de processo civil.

Sendo assim, o presente trabalho será desenvolvido a partir da compreensão do modelo constitucional do processo<sup>102</sup>, para retratar as normas processuais em conformidade ao texto constitucional, em visão diversa da doutrina processual tradicional defendida por Cândido Rangel Dinamarco e outros.

Pois bem, o presente trabalho não pretende tecer críticas (destrutivas) ao código de processo civil, mas buscará um exame crítico científico<sup>103</sup> sobre a aplicabilidade das normas processuais em harmonia às garantias constitucionais, para que a técnica processual não se revele apenas um instrumento da praticidade forense.

Assim, o ponto específico para análise crítica será a técnica utilizada na estruturação das decisões jurisdicionais, a partir da compreensão do processo no Estado Democrático de Direito.

## **2. A Importância da Técnica Processual**

Hodiernamente, o código de processo civil vem sofrendo alterações, sendo que muitas outras estão por vir, inclusive há a proposta em formulação de um novo código.

---

<sup>101</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p. 120-121. Teoria desenvolvida pelo autor, acerca do processo como procedimento em contraditório.

<sup>102</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 56. Esclarece o autor que o processo constitucional é instrumento básico de efetivação dos direitos fundamentais.

<sup>103</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, p. 44. Aponta o autor sobre a crítica científica: “Portanto, a ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora[...].”

O código de processo civil tradicionalmente sempre foi alvo de inúmeras críticas, principalmente daqueles sem qualquer comprometimento científico jurídico, como por exemplo, os órgãos de imprensa que entoam pelos quatro cantos sobre a famigerada “lentidão do Judiciário devido às leis arcaicas”.

Entretanto, tais críticas que antes eram proferidas por aqueles descomprometidos pela aplicação do direito, nos últimos 15 anos, também passaram a compor com maior vigor o discurso de advogados, professores e, destacadamente, de juízes.

Notoriamente existe uma perversa propaganda difamatória do código de processo civil (talvez para encobrir o despreparo do Estado e de seus agentes), com claro propósito de promover a máxima que “Justiça boa é justiça rápida”.

Tal discurso pela celeridade do processo vem provocando inúmeras alterações na aplicação do código de processo civil, o que diretamente implica no descumprimento das normas procedimentais, que por sua vez, acarreta em inobservância à técnica<sup>104</sup> processual que é prevista em lei.

Evidentemente a discussão se a técnica processual é boa ou ruim é uma discussão inócua, visto que o fato a ser destacado é que a mesma (técnica) está prevista em lei, com efeito, o princípio constitucional da legalidade jamais poderá ser excluído ou “esquecido”, sob livre arbítrio das partes ou pela racionalidade do juiz, a fim de aplicar celeridade ao processo.

Entretanto, o que se pretende nos dias atuais é que a técnica processual seja abrandada ou eliminada em prol do instrumentalismo do processo, visto que este garantirá o pretendido alcance aos escopos metajurídicos do processo.

Neste íterim, importa esclarecer que quando há referência à mitigação da técnica processual, na verdade o que ocorre é o isolamento da técnica frente à ciência processual, logo, continuará sempre existindo um tecnicismo, entretanto, desprovido de embasamento teórico, o que como adiante será abordado, é incompatível com o atual estágio cognitivo da ciência processual<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 23. Esclarece o autor sobre a técnica: “A noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados de procedimento idôneos e realização de finalidades”.

<sup>105</sup> Sobre a questão do lapso entre a técnica e a ciência, André Cordeiro Leal faz tórridas críticas à suposta ciência processual desenvolvida por Bulow: “Como a concepção bulowiana de processo dá notícia de que o autor criara uma “Ciência” que se destinava à instrumentalização da atividade dos juízes e não à assecuração de legitimidade da decisão fora do Estado Social, a “Ciência” bulowiana do processo acaba se transformando num elemento inútil. O que se tem, por consectário, em síntese é que o processo do qual tratam os autores que seguiram a Bulow representa o resultado de um abordagem apenas técnico-legitimadora da violência estatal que suscita a angústia dos que tentaram se livrar do deciosinismo judicial. Daí afirmamos que Bulow, não pode ser considerado, como muitos ainda insistem

O processualista José Roberto dos Santos Bedaque<sup>106</sup>, que inclusive compõe a comissão para redação do novo código de processo civil, assim conclui após longa análise sobre a técnica processual:

Em síntese, buscar-se-á neste estudo adequar a técnica, representada pelos institutos exclusivamente processuais e pela forma dos atos do processo, à sua finalidade. A ciência processual foi construída visando à concepção de um instrumento apto a alcançar determinados objetivos.

[...]

A identificação dos escopos do processo contribui decisivamente para determinação da natureza pública desse ramo do Direito, destinado a regular o meio pelo qual o Estado atua coercitivamente às regras de direito material e obtém a pacificação social. A ciência processual visa ao estudo de seus princípios e fundamentos teóricos.

Se o processo tem natureza pública, especialmente porque visa a alcançar objetivos de interesse público, importante encontrar meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva. Para tanto, a eliminação de formalidades inúteis constitui dado a ser levado em conta pelo legislador na regulamentação da técnica processual.

Como citado, Bedaque entende que se a técnica processual não atende a finalidade do processo, este instrumento do direito material dever ser adaptado a fim de possibilitar a efetiva entrega do direito.

Neste sentido, as garantias processuais que são exteriorizadas no procedimento pelas técnicas, como por exemplo, o princípio da ampla defesa e a oportunidade para a produção de provas, não tem a devida atenção pelo doutrinador citado, o que evidencia um pensamento dogmático introduzido por Cândido Rangel Dinamarco que, o processo é instrumento da jurisdição para alcançar os tais escopos metajurídicos.

E exatamente neste ponto, com o enfraquecimento da técnica processual em prol da efetivação dos escopos metajurídicos, emerge a figura onipotente do juiz salvador, visto que quem efetivamente decide e, inclusive se necessário, atropela as normas procedimentais, é a figura “poderosa” do juiz.

Para ratificar o entendimento de Bedaque<sup>107</sup>, mais uma vez torna oportuna a citação:

Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o instrumento que desejamos. É preciso reconhecer no julgador a

---

*em fazer, o fundador da ciência processual atual, mas o inaugurador de um vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz [...]”.* CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em crise*, p. 65.

<sup>106</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 33-34.

<sup>107</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 45.

capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma.

Denota-se com clareza que ao passo que o discurso da praticidade avança sobre as normas processuais, o rigor técnico é esvaziado, ficando o processo assentado na figura do juiz, como se este fosse capaz de resolver pelo bom senso todas as questões discutidas e, até mesmo naquelas hipóteses de lacuna na lei, dito julgador seria capaz de enxergar além do direito (escopos metajurídicos) qual seria a solução para a paz social.

Novamente importa citar Bedaque<sup>108</sup>, que assim afirma:

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno.

Tal entendimento sobre o mito do juiz, como o sujeito com poderes especiais capaz de gerar a pacificação social, arruína as bases do Estado Democrático, que propõe a ampla participação dos destinatários na criação (processo legislativo) e na aplicação (processo jurisdicional) das normas, como se estes fossem os autores.

Neste ínterim, importa tecer crítica a posição da corrente doutrinária que compreende a teoria do processo como relação jurídica, uma vez que esta corrente apregoa que o processo é mero instrumento da jurisdição para a solução de conflitos.

Ora, a partir da compreensão que o processo é mero instrumento, tornar-se evidente que a técnica processual perde completamente a relevância (científica), visto que o juiz, este detentor oculto do “poder decisório”, implementará independente das normas procedimentais, todas as soluções para alcançar a melhor decisão final.

Notoriamente, a postura adotada pela teoria do processo como relação jurídica desdenha do sistema Democrático de Direito advindo com a Constituição de 1988, pois o processo não é tratado como um garantia fundamental, mas sim como um instrumento que deve ser adequado ao comportamento do juiz<sup>109</sup>.

Todavia, ousamos discordar da postura adotada por vários doutrinadores seguidores da teoria do processo como relação jurídica, que compreendem que a técnica deve ser rebaixada a mera engrenagem do instrumento processual, sem qualquer esclarecimento científico, pois na medida que se entende que o juiz “*com sensibilidade e bom senso pode adequar o mecanismo às especificidades da situação*”, abre-se um

---

<sup>108</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*, p. 150.

<sup>109</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 171.

espaço obscuro para o surgimento de decisões ditatoriais e, obviamente, não democráticas.

Importante esclarecer que a crítica que aqui se desenvolve ao esfacelamento da técnica processual, como pretendido pelos adeptos da teoria do processo como relação jurídica, deve-se à ligação pretendida entre a ciência processual e a técnica processual.

Como alerta Aroldo Plínio Gonçalves<sup>110</sup>, antes mesmo da ciência já havia a técnica, entretanto, no presente estágio alcançado pela ciência processual, jamais poderíamos adotar a compreensão apenas tecnicista do processo, isolando a técnica em busca de resultados com o declínio da ciência.

Sobre a técnica e a ciência esclarece Rosemiro Pereira Leal:

“O movimento de superação da técnica e de suas teorias ideologizadas de resultados úteis (pragmáticas) vem-se fazendo pela ciência, como esforço intelectual da humanidade para não só racionalizar a ação humana como também verifica-la em seus diversos conteúdos teóricos, desvelando-os de modo a abrir novas realidades no discurso do conhecimento, como antítese ao dogma, ao magicismo, ao fetiche, ao mito, ao carisma, ao rito místico-procedimental e ao artificialismo verbal que, particularmente na área jurídica, impregnam a linguagem e a matéria de direito e da construção dos princípios, institutos e instituições.

São, assim, o objetivo fundamental e o objetivo da ciência o permanente esclarecer, o decompor, o verificar, o distinguir e discernir, o dissertar, o ressemantizar, o dessacralizar, o destotermizar, numa incessante atividade de geração, eliminação, recriação, substituição e modificação de conhecimento, técnicas, teorias, princípios, idéias, institutos e instituições”.

Portanto, apoiado nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, como a ciência busca esclarecer e aperfeiçoar a técnica, logo, a técnica processual não pode ser trabalhada sem a ciência processual, sob pena se tornar apenas uma tecnologia para sustentação do decisionismo judicial<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 23. Assim expõe o autor sobre o discurso que toda técnica é de índole científica: “Essa noção deve ser tomada com extrema cautela, porque depois dos recentes estudos da Filosofia da ciência e dos não tão recentes estudos de MAX WEBER sobre os processos de racionalidade no Ocidente, já há base suficiente para se afirmar que há técnicas produzidas antes da ciência, e que os procedimentos mágicos primitivos eram dotados de admirável eficácia para a consecução de finalidades desejadas. Dizer que toda técnica é iluminada pelas luzes da ciência significa ou negar-se a existência dessas técnicas primitivas, ou ampliar-se tanto o conceito de ciência para que dentro dele se inclua, também o saber desorganizado e ainda irracional, no sentido de que não pode ainda pensar seus próprios fundamentos. E nenhuma das duas hipóteses, pelo que já disse, poderia ser aceita”.

<sup>111</sup> CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em Crise*, p. 134. Importante citar a ressalva trazida acerca da obra de Bullow, que desenvolveu a teoria do processo como relação jurídica: “Se, portanto, com Rosemiro Pereira Leal, adotarmos a perspectiva segundo a qual a técnica pode ser entendida como adequação dos meios aos fins com o propósito de obtenção de resultados úteis [...]. O que se tem, assim, em Bullow, é, sob o rótulo de ciência, uma proposta técnica de sustentação do decisionismo judicial, ou de jurisdição como atividade estatal salvacionista pelo juiz que, a pretexto de permitir operacionalidade, se auto imuniza da indagação sobre a legitimidade democrática dessa atuação”.

Neste ensejo, revela-se que a técnica processual não pode ser dissociada da ciência processual, pois não basta alcançar resultados (fins), sem que os meios sejam debatidos, investigados e testificados esclarecidamente pela própria ciência.

Daí a importância da leitura da técnica processual, que perpassa pela compreensão da ciência processual, a fim de possibilitar a sistematização do processo constitucionalizado, que embora para alguns pareça apenas a burocratização do processo, é o único caminho para a aplicação da lei processual em consonância às garantias previstas na Constituição.

### **3. A decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito**

Sendo assim, esclarecida a importância da técnica, como objeto da ciência, importa expor sobre a teoria processual adotada no presente trabalho, a fim de contribuir com a conclusão a ser alcançada sobre a técnica decisional.

Como já ventilado, a teoria processual, a qual somos partidários, é a teoria constitucionalista do processo.

Observa Baracho<sup>112</sup> que as constituições a partir do século XX, consagram as garantias constitucionais, inclusive os princípios de direito processual.

O Brasil com a Constituição da República em 1988 fixou com clareza o Estado a ser adotado, sendo este democrático e destinado a assegurar direitos individuais e coletivos, através de normas de aplicação imediata e direta<sup>113</sup>, bem como deixou estampadas as garantias fundamentais<sup>114</sup>.

E da unificação da ordem jurídica, como produto da constitucionalização do direito<sup>115</sup>, inviável a análise de qualquer ponto, senão em consonância aos ditames constitucionais, dentre os quais, destaca-se o processo.

---

<sup>112</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 12.

<sup>113</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 155. Explica o autor sobre o caráter normativo do preâmbulo: “A Constituição, como fonte do direito de um ordenamento, tem uma natureza preceptiva que lhe dá os atributos de uma eficácia imediata e direta”.

<sup>114</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional*, p. 111. Conforme esclarece: “as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadores de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade”.

<sup>115</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*, p. 48. O autor aponta sobre a constitucionalização de todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações entre particulares: “A unificação da ordem jurídica, como produto da constitucionalização do direito, ocorre, segundo Favoreu, em duas frentes: a) As normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito. Favoreu toca aqui num ponto central do processo de constitucionalização, de especial interesse para a interpretação do direito infraconstitucional. Segundo ele, a impregnação dos diversos ramos do direito pelas normas constitucionais teria como efeito uma

Após a concepção fazzalariana do processo, com a identificação do processo como procedimento em contraditório, urge a necessidade de condicionar o processo às garantias fundamentais emergentes da própria Constituição.

E para encampar uma Teoria Constitucionalista do Processo, inevitável citar a importância dos autores Héctor Fix-Zamudio<sup>116</sup>, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera<sup>117</sup>, e no Brasil, destacadamente, José Alfredo de Oliveira Baracho, com a proposta de um modelo geral constitucional do processo e como esclarece o doutrinador: “*O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais*”.

Portanto, o contraditório na teoria constitucional do processo está inserido na estruturação de todos os procedimentos, e supera a proposição fazzalariana, pois passa à condição de princípio<sup>118</sup>, diante da expressa previsão constitucional de garantia fundamental.

Entrementes, importa ressaltar que o avanço trazido por Fazzalari é fundamental para o desenvolvimento evolutivo da teoria do processo e, portanto, não há que se falar em omissão ou falha na ausência de designação do contraditório como princípio, até porque o movimento constitucionalista se intensificou após o desenvolvimento da teoria estruturalista do processo<sup>119</sup>.

---

*tendência à perda da importância dos chamados princípios gerais do direito em favor das normas constitucionais, efeito que, segundo o próprio Favoreu, ainda não foi plenamente assimilado pela jurisprudência. b) A distinção entre o direito público e o direito privado é relativizada. Com a unificação da ordem jurídica, Favoreu vê também uma tendência à relativização da clássica distinção entre direito público e privado. Essa tendência seria reforçada pela tendência mencionada acima, referente à perda de importância dos princípios gerais do direito em favor dos princípios constitucionais, já que a difusão desses novos princípios gerais, porque desenvolvidos pelo Conselho Constitucional, não é obstada pela dualidade de jurisdições existentes na França, ao contrário do que ocorre com a aplicação dos princípios gerais tradicionais, cujos desenvolvimento e aplicação sempre ficaram compartimentados por causa dessa dualidade”.*

<sup>116</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 13. “*Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente*”.

<sup>117</sup> CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 87. “*Andolina e Vignera vão além de Fazzalari e se ocupam do estudo do processo como modelo constitucionalizado a vincular a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais*”.

<sup>118</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 57. CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 88.

<sup>119</sup> Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Exame técnico e sistemático do código de processo civil*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 433. Explica o autor a referência à teoria de Fazzalari como teoria estruturalista do processo: “*... em razão da teoria mais recente de Elio Fazzalari, processualista italiano, que, abandonando a idéia secular da relação jurídica contida no processo, a substituiu pela teoria do processo como procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório, motivo pelo qual a denominamos teoria estruturalista do processo*”.

E desta compreensão do processo constitucional, não apenas o contraditório passa a ser encarado como garantia-princípio fundamental, mas também a fundamentação das decisões jurisdicionais, que são elementos essenciais no presente trabalho, embora existam outras garantias fundamentais não menos importantes, como a ampla defesa.

Nesta linha, se antes na teoria desenvolvida por Fazzalari, o contraditório era elemento caracterizador do processo; na teoria constitucional do processo, o contraditório é garantia fundamental, segundo Rosemiro Pereira Leal<sup>120</sup>:

Não há Processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador. Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos.

Por conseguinte, com a constitucionalização do processo, os atos procedimentais deverão a rigor obedecer aos princípios (garantias) fundamentais, os quais imperativamente serão aplicados, para a construção pelas partes da decisão final proferida pelo Juiz.

Outrossim, para a construção da decisão, para que efetivamente as partes se identifiquem não apenas como destinatários, mas como autores, o contraditório é ponto fundamental.

O princípio do contraditório, garantia fundamental prevista no artigo 5º, LV da Constituição Federal, tem em seu âmago a igualdade de oportunidade no processo e o similar tratamento, conforme assevera Gonçalves<sup>121</sup>.

Em estudo no direito comparado sobre o contraditório, aponta Dierle José Coelho Nunes<sup>122</sup>, que o mesmo tem sua previsão expressa na lei fundamental alemã, em seu artigo 103, § 1º, como *o direito de ser ouvido*. Assim, para a observância ao contraditório:

---

<sup>120</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, p. 39. Importa destacar que o autor desenvolveu a teoria neo-institucionalista do processo, que embora apresente breves divergências à teoria constitucionalista do processo defendida por Baracho e outros, apresentam identificação nas raízes constitucionais, o que dispensa uma apresentação cindida das teorias referidas.

<sup>121</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 127.

<sup>122</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*, p. 144.

[...] bastariam o dizer e o contradizer das partes, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.

No entanto, referida noção do contraditório estático<sup>123</sup> visava atender uma estrutura procedimental centrada na decisão final pelo Juiz, o que não atende ao processo constitucional, visto que neste o procedimento é desenvolvido em contraditório pelos interessados<sup>124</sup>.

O contraditório ocorre pela dialogicidade<sup>125</sup> entre as partes, que necessariamente deverão influenciar a decisão final e, com efeito, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa<sup>126</sup>, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões.

Nesta linha, a decisão final do processo deverá ser influenciada pelo contraditório produzido pelas partes e, para tanto, deverá ocorrer a fundamentação da decisão.

Não por acaso, o princípio da fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, IX da Constituição da República, impõe a motivação de todas decisões, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

A fundamentação das decisões é a decorrência lógica do processo constitucional, pois se o mesmo se desenvolve em contraditório entre as partes, a decisão final deve ser justificada pelo julgador no processo, sobre as razões pelas quais aquela decisão foi proferida<sup>127</sup>.

Todavia, para alcance do referido princípio, não basta mera fundamentação da decisão, mas, revela-se, indispensável a observância ao contraditório produzido entre as partes, a fim de assegurar que haja participação e, principalmente, as partes influenciem a decisão final, pois assim estaria garantida a legitimidade democrática.

Na esteira do processo constitucional a legitimidade é fonte renovável e interminável, desde que as partes participem em contraditório na construção da decisão,

---

<sup>123</sup> ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe *apud* NUNES. *Direito Constitucional ao Recurso*, p. 145.

<sup>124</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 127. Conforme esclarece o autor: “O processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual ela é julgada extinta, está presente o contraditório, como possibilidade de participação simetricamente igual dos destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento”.

<sup>125</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, p. 97.

<sup>126</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 229.

<sup>127</sup> Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 146.

sendo completamente dispensável qualquer intervenção do Juiz com seus poderes mediúnicos ou transcendentais.

Como bem esclarece Marcelo Cattoni:

Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional<sup>128</sup>.

Com isso, para a própria identificação do Estado Democrático de Direito, verifica-se que a compreensão do processo constitucional é primordial, pois garante que todas decisões sejam fundamentadas, bem como garante efetivamente o princípio da democracia, pois as partes em contraditório influenciarão todas as decisões que sejam destinatários.

Além do que, o processo constitucional ao tempo que é regido pelas garantias fundamentais, que tem como objetivo a realização e efetividade dos direitos fundamentais<sup>129</sup>, também concorre para a identificação e solidificação do Estado Democrático de Direito.

Entrementes, importa esclarecer que no processo constitucional, a decisão final não é ato isolado do juiz, porque a legitimidade da decisão não está acoplada à figura do julgador, mas está vinculada à observância das garantias processuais às partes, com relevância para o contraditório e ampla defesa, além da indispensável fundamentação da decisão<sup>130</sup>.

Sendo assim, verifica-se que a teoria constitucional do processo está em sintonia à Constituição da República, porque recepciona as garantias processuais expressas e, da

<sup>128</sup> Cattoni, Marcelo. *Direito Constitucional*, p. 117.

<sup>129</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 122. “A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio de realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional”.

<sup>130</sup> Cf. CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*, p. 78.

aplicação destas, expurgam quaisquer subjetivismos ou ideologia do agente público julgador<sup>131</sup>, o que resguarda a legitimidade das decisões, que é questão fundamental em respeito ao princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito<sup>132</sup>.

Elaborado o esclarecimento sobre o processo constitucional, diante da concepção extraída da Constituição da República, urge mais uma vez registrar que o código de processo civil entrou em vigor em 1973, ou seja, como afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>133</sup> “*nem todas as regras do código de processo civil estão afeiçoadas às diretrizes do modelo constitucional do processo*”, logo chama a atenção o referido autor: “*os intérpretes devem estar atentos à essa circunstância, fazendo sempre a integração das normas do Código de Processo Civil com as normas da Constituição Federal*”.

É exatamente o objetivo principal do presente trabalho, desenvolver o exame da técnica decisional em leitura compatível com o processo constitucional.

#### **4. A Técnica Decisional no Modelo Constitucional Do Processo**

A técnica decisional no código de processo civil, está nos artigos 458 e seguintes, sendo que nestes artigos são fixados os requisitos e efeitos da sentença.

Para a presente análise, o artigo 458, que apresenta os elementos essenciais da sentença é o ponto crucial.

Prevê o referido artigo quais são elementos essenciais da sentença: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

O relatório trará as informações sobre as partes, os pedidos, a resposta do réu e as principais ocorrências ocorridas no processo.

Como se vê, o relatório deverá retratar os pedidos formulados pelo autor, bem como deverá constar a resposta trazida pelo réu, ou seja, antes de lançar qualquer

---

<sup>131</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *As reformas do código de processo civil e o modelo constitucional do processo*, In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 466.

<sup>132</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional*, p. 134. Esclarece o autor acerca dos princípios e a Constituição: “[...] *os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional, que culmina quando os órgãos jurisdicionais proferem a decisão final (sentença, provimento) são os ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico (reserva ou prevalência da lei), visando à sua realização na maior medida possível, preservando-se, sempre, a supremacia do sistema constitucional, o que exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição*”.

<sup>133</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil*, In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 438.

exposição sobre os fundamentos, o Juiz obrigatoriamente deverá demonstrar publicamente que o contraditório foi cumprido.

Obviamente, a técnica prevista no código deverá moldar ao processo conforme previsto na Constituição e, como já exposto, o contraditório não deverá ser mera formalidade ou oportunidade para manifestação das partes, visto que o conteúdo dos argumentos contrapostos é que propiciará a construção participada da decisão.

Com efeito, outro requisito essencial da sentença, os fundamentos, em decorrência lógica, deverá apreciar todos os argumentos<sup>134</sup> e, posteriormente, acolher e ao mesmo tempo negar todas as questões relevantes de fato e de direito.

Neste ponto é basilar a compreensão trazida pela teoria do processo constitucional, pois a mera oportunidade de manifestação no procedimento não alcança a garantia constitucional do contraditório, sendo que para a satisfação do preceito constitucional o julgador efetivamente considerará todos os argumentos trazidos pelas partes, inclusive os argumentos da parte vencida na lide.

Obviamente os argumentos factuais a constarem nos fundamentos da sentença, deverão ser aqueles fatos que efetivamente foram comprovados (via instrumento de prova<sup>135</sup>), sendo que as alegações factuais não comprovadas são dispensáveis, pois como afirma Dhenis Cruz Madeira<sup>136</sup>, só se “*discute a consequência jurídica de um fato se o mesmo foi processualmente reconhecido*”.

Portanto, harmonizam-se o processo constitucional e a técnica processual existente, vez que a sentença deverá ser trilhada pelo contraditório produzido pelas partes e, por outro lado, pela redação contida nos artigos 128 e 460 do código de processo civil, o julgador está demarcado a resolver a lide nos limites traçados pelo debate (argumentos e provas) produzido pelas partes.

A demarcação do contraditório entre as partes possui grande importância, pois impõe limites para o julgador, como também impõe a obrigação que todas as teses jurídicas discutidas sejam enfrentadas, não valendo o livre arbítrio do decididor, mas

---

<sup>134</sup> Importante o esclarecimento técnico trazido por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sobre argumentos, pontos e questão: “*Os argumentos consistem nas razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas, com o objetivo de demonstrarem consequências ou conseguirem deduções. [...] ponto é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitoso ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do ponto, este se converte em questão.*” BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 147-148.

<sup>135</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição*, p. 174.

<sup>136</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição*, p. 175.

devendo valer o princípio da congruência, conforme expõe Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

“[...] o princípio da fundamentação das decisões judiciais se perfaz pelo princípio da congruência, este significando correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido, ou seja, deve existir correlação entre o objeto da ação que originou o processo e o objeto da decisão judicial nele proferida. O princípio da congruência decorre do duplo dever do órgão julgador de se pronunciar sobre tudo o que as partes pediram e somente sobre o que foi por elas pedido”.

Sendo assim, o princípio da congruência sela o entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, para que a sentença atenda os requisitos essenciais constantes no código de processo civil e, principalmente, atendam as garantias previstas na Constituição.

É evidente que o código de processo civil, embora não possua uma redação adequada ao texto constitucional, oferta ao intérprete a possível aplicação das garantias fundamentais existentes na Constituição, todavia, para tanto, é fundamental a compreensão acerca do processo constitucional, pois a partir de então seus princípios, com destaque para o contraditório, serão aplicados na verdadeira dimensão e importância para a construção do Estado Democrático de Direito.

Obviamente a compreensão do processo constitucional é uma tarefa árdua, pois aspectos extra-processuais, como o pragmatismo e a celeridade, permeiam o ambiente jurídico e, como já alertado nos tópicos acima, influenciam os descaminhos da técnica processual, ao arripio da ciência processual já existente.

Logo, é rotineira a aparição de incompreensões do processo constitucional no meio doutrinário, que propõe a mitigação da técnica, para que o juiz “*seja reconhecido como representante de um Estado que busca a justa organização social*”, como afirma Marinoni<sup>137</sup>.

Contudo, o processo constitucional caminha na contramão do entendimento esposado por Marinoni, vez que a figura do julgador é inserida no processo como mais um elemento figurativo do procedimento, para alcançar uma decisão compartilhada,

---

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 105. Segundo o autor o princípio da congruência limita o poder de atuação do juiz, conforme previsto nos artigos 128 e 460 do CPC e assim conclui sobre o princípio da congruência: “*Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder a sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um inimigo, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social*”.

pois como afirma Rosemiro Pereira Leal<sup>138</sup> o “*devido processo é o instrumento de legitimidade dos conteúdos de decidibilidade no direito democrático*”, ou seja, é pela valorização do devido processo que o discurso democrático constitucional é aplicado e não pela concessão de “poderes ao juiz”.

E nos Tribunais a situação também não é diferente, sobre o desconhecimento do processo constitucionalizado, conforme segue abaixo a ementa da decisão<sup>139</sup> proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, com relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATO DE ADMISSÃO/PROMOÇÃO. NEGATIVA DE REGISTRO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS. NULIDADE. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PARA O PLENO.

1. Não há falar, in casu, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa no julgamento da legalidade de atos de admissão/promoção por parte do Tribunal de Contas Estadual, exercício típico do controle externo que lhe atribui a Constituição. Os impetrantes, na qualidade de interessados, interpuseram recurso de embargos para o Órgão Pleno da Corte de Contas, contra decisão proferida pela Câmara competente, que lhes era desfavorável, bem como opuseram os respectivos embargos declaratórios, circunstância que evidencia o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso ordinário improvido.

Verifica-se que a decisão judicial entende que o princípio constitucional do contraditório está evidenciado com a mera interposição de recurso, contudo, como já salientado, o contraditório entre as partes supera a mera percepção da formalidade, pois deve influenciar a decisão final.

É patente que a decisão citada não se encontra em consonância ao processo constitucional, pois a simples participação da parte no procedimento, com a apresentação de defesa ou de recurso, não a adere às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito o contraditório e a fundamentação tem profunda relevância, conforme conclusão alcançada por André Cordeiro Leal, em sua obra que trata sobre o tema proposto:

<sup>138</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Técnica processual da decisão jurídica*, p. 136.

<sup>139</sup> Brasília, Recurso Ordinário nº 18777, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado em 21/09/2009. Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=18777&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade, conforme se colhe das lições de Oliveira Baracho.

Assim, revela-se imprescindível a aplicação da técnica processual fundada no esclarecimento trazido pelo processo constitucional, pois os princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões não podem ser reduzidos ou extirpados do processo, sob pena de inconstitucionalidade do julgamento<sup>140</sup>.

E por fim, como último requisito essencial para a sentença, há o dispositivo, em que o juiz resolverá conclusivamente as questões trazidas, via contraditório participado construído pelas partes.

Por conseguinte, o dispositivo será o requisito conclusivo decorrente da fundamentação da decisão, que decidirá sobre os pedidos formulados pelos interessados.

## **5. Conclusão**

Nos dias atuais é lugar comum tecer críticas destrutivas ao código de processo civil, como se este fosse uma lei arcaica ou ultrapassada, que impede a famigerada celeridade processual e, conseqüentemente, obsta a efetividade do direito.

Contudo, o panorama a ser tracejado não é uma visão pragmática e instrumental do processo, pois como exposto, após a Constituição de 1988, o processo é instrumento constitucionalizado, composto de várias garantias constitucionais.

Portanto, o movimento interpretativo do processo não é a subjugação da ciência processual perante a técnica processual, pelo contrário, a técnica processual é que deverá buscar o esclarecimento pela ciência processual.

Sendo assim, o código processo civil deve ser interpretado em conformidade ao modelo constitucional do processo, eis que esta teoria processual está adequada ao sistema do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, como o processo constitucional é desenvolvido em contraditório entre as partes, com o objetivo de alcançar uma decisão participada, legítima e, com

---

<sup>140</sup> Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional*, p. 150.

efeito, democrática, este mesmo contraditório deverá ser compreendido como uma garantia de não surpresa e necessariamente deverá influenciar a decisão final.

Nesta linha, a técnica processual deverá compreender o contraditório como garantia fundamental, a fim de viabilizar que as partes construam a decisão final e, por conseguinte, haja a interligação entre a referida garantia e a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Pelo exposto, torna-se clarividente que as normas contidas no código de processo civil possuem compatibilidade com o modelo constitucional do processo, entretanto, depende dos intérpretes a sua aplicabilidade.

## **6. Referência Bibliográfica**

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. Revista Forense v. 337, p.105-123, Rio de Janeiro, jan/mar 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 10 jan. 2010.

BRASIL, Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)> Acesso em 10 jan. 2010.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **As reformas do código de processo civil e o processo constitucional**. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Exame técnico e sistemático do código de processo civil**. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo, Saraiva, 1946.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das partes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

## EL CALCULO DE ACCIONES.

### - Esquemas para la interpretación de conductas como modelo garantista -

*Oscar Alexis Agudelo Giraldo.<sup>141</sup>*

**RESUMEN:** Una persona arbitrariamente lleva habitando durante 60 días un inmueble ajeno, utilizándolo cada noche como dormitorio. ¿Esta persona se encuentra cometiendo “una acción” de manera continua, o podría decirse que durante 60 ocasiones en 60 acciones ha habitado arbitrariamente el inmueble?

¿La acción de dar muerte a 10 personas en una misma ocasión mediante el uso de una bomba constituye la misma acción de dar muerte a cada una de ellas mediante el uso de una pistola en la misma ocasión?

Los sistemas normativos puesto que están dados como esquemas para la interpretación de conductas requieren de criterios para individualizar y describir acciones, considerando que la teoría de la acción opera como noción central de la teoría de las normas.

De esta manera se postula: la explicación por subsunción de las acciones, las propiedades calificativas de los actos individuales como extensión del verbo, la habilidad y capacidad del agente como requisito para la satisfacción normativa del sistema de derecho, el modelo de descripción de las acciones por parte de los unificadores y los multiplicadores.

**Palabras clave:** Monismo metodológico, actos tipo, actos caso, modalidades dinámicas, relación causal.

**ABSTRACT:** Someone arbitrarily takes 60 days inhabiting a foreign property, using it every night as a bedroom. Does this person is committing "an action" continuously, or it could be said that for 60 times in 60 shares has arbitrarily occupied property?

Is the action of killing 10 people in a same time by using a pump is the same action of killing each of them using a gun on the same occasion?

Normative systems are given as schemes for the interpretation of behavior required of criteria to identify and describe actions, considering that the theory of action operates as a central notion of norms theory

Thus it is postulated: the explanation by subsumption of the shares, properties qualifying of individual acts as extension of the verb, skill and ability of agent as a requirement for normative satisfaction of law system, the model description of the actions by unifiers and multipliers.

---

<sup>141</sup> Maestrando en Filosofía del Derecho – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Investigador adscrito al semillero de investigación “Teoría del derecho, Lógica jurídica y lógica deóntica”. Universidad Católica de Colombia. Adscrito al Grupo de Estudios Legales y sociales “Phronesis” COLCIENCIAS - Colombia., [raziel925@hotmail.com](mailto:raziel925@hotmail.com)

**Key words:** Methodological monism, kind acts, case acts, dynamic modalities, causal relationship.

### Contexto de la teoría de la acción

La teoría de la acción nace en los estudios de filosofía analítica pero apenas hasta el año de 1960 se encuentran las primeras alusiones referidas a la naturaleza de la acción como preocupación filosófica, halladas en el texto “*Norma y acción*” de Georg Henrik Von Wright. Según González Lagier en aquella década se da comienzo a la preocupación por:

*“la naturaleza y significado de la acción, así como de los conceptos afines como intención, propósito, teleología, motivo, razones, etc.”* GONZALEZ LAGIER (1995:49)

En primera instancia la preocupación por la teoría y significado de la acción deviene en una controversia derivada de los métodos de explicación de un objeto de investigación; dichos métodos son el monismo y dualismo metodológicos. González Lagier (1995) menciona:

*“El monismo metodológico sostiene la unidad de método para la explicación de cualquiera de los objetos de investigación científica” y... “el dualismo por el contrario sostiene la peculiaridad metodológica de aquellas ciencias que tienen por objeto de estudio, en última instancia, a la acción humana”* GONZALEZ LAGIER (1995:50)

El monismo metodológico cuenta con una versión moderna sustentada por Carl Gustav en González Lagier (1995) que se resume de la siguiente forma:

E = acontecimiento cuya ocurrencia en alguna ocasión es conocida y requiere de explicación

E1. E2 = Acontecimientos determinados cuya utilidad precisa la ocurrencia de “E”

L1. L2 = Propositiones generales o leyes

La ocurrencia de “E” puede ser determinada bajo el acaecimiento de alguno de los acontecimientos E1 o E2 junto con el uso de las proposiciones L1 o L2

Al respecto considérese el siguiente ejemplo:

E = Juan tomo en posesión el inmueble x

E1 = El inmueble x se encuentra abandonado desde hace 10 años

E2 = el inmueble x no reporta dueño ya que durante aquellos 10 años no se ha pagado el impuesto sobre el bien inmueble

L1 = Código civil colombiano. (Proposición genérica). Se es poseedor regular cuando se cuenta con justo título y buena fe. (Proposición normativa)

L2 = Código civil colombiano. Se es poseedor irregular cuando se carece de justo título o buena fe. (Proposición normativa)

La precedencia de la lógica de la acción a la lógica deontica encuentra su argumento central en la teoría de los núcleos normativos de Von Wright: carácter, contenido y condición de aplicación de las normas.<sup>142</sup>

El contenido de la norma jurídica se satisface por su acción u omisión según se haya determinado<sup>143</sup>. La manera de satisfacer el contenido de una norma jurídica puesto que se circunscribe a la acción humana, ha de ser mediante la acción el cambio de un estado de cosas en el mundo, o mantener aquel estado no interviniendo en el cambio mediante una omisión; razón por la que esta manera de satisfacer la norma jurídica aplica para las reglas de acción y no para las reglas ideales.

Las reglas ideales según Lagier (1995:55) tienen relación con el ser v., gr, la regla que define a Colombia como estado social de derecho. Las reglas de acción tienen relación con “hacer” v., gr., la regla que obliga a entregar el bien arrendado una vez se celebra el contrato de arrendamiento, o procurar tener el bien en manos del arrendatario

### **Acción humana y sucesos**

La relación existente entre las acciones humanas y los sucesos constituye el lugar de inicio en la teoría de la acción de Von Wright. La implicación de esta relación quiere decir que “actuar es provocar o evitar un cambio intencionalmente en el mundo” GONZALEZ LAGIER (1995:59); concepto que remite a los significados de suceso como cambio, hecho y agente.

---

<sup>142</sup> El núcleo normativo hace referencia a la estructura lógica que comparten las prescripciones con otros tipos de normas, de tal manera que son seis los elementos: el carácter, el contenido, la condición de aplicación, la autoridad, el sujeto, y la ocasión. Véase también en: VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción una investigación lógica*. Tecnos. Madrid 1979

<sup>143</sup> La satisfacción normativa opera para la lógica deontica como valor de cumplimiento en equivalencia al valor de verdad de las relaciones lógicas dadas entre las proposiciones descriptivas. Véase también en: ALARCON CABRERA, Carlos. *Las lógicas deonticas de Georg H. Von Wright*. Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No 26 del 2003. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>

Los hechos en la teoría de la acción cuentan con una tridivisión la cual depende de si se produce un cambio en el mundo mediante acción, o si se mantiene un estado de cosas en su estado inicial. Los estados de cosas corresponden a un estado de “ser o estar” GONZALEZ LAGIER (1995:60): v., gr. “El libro se encuentra dentro del morral”.

Los sucesos traen como consecuencia el cambio de un estado inicial a un estado final de cosas v., gr., quitarle la vida a una persona puesto que se encontraba viva.

Gonzalez Lagier (1995) tomando a Von Wright señala cuatro sucesos elementales:

1. El transito de  $\neg p$  a  $p$  ( $\neg pTp$ )
2. El transito de  $p$  a  $\neg p$  ( $pT\neg p$ )
3. El transito de  $p$  a  $p$  ( $pTp$ ) como acto de abstenerse de cambiar el estado de cosas descrito en  $p$
4. el transito de  $\neg p$  a  $\neg p$  ( $\neg pT\neg p$ ) como acto de abstenerse de cambiar el estado de cosas descrito en  $\neg p$

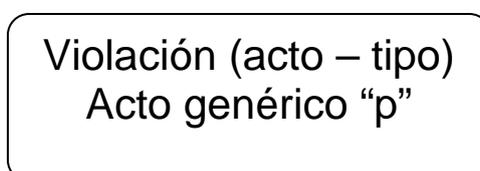
### Actos genéricos y actos individuales

Puesto que la distinción entre casos genéricos y casos individuales únicamente corresponde a “categorías acto” GONZALEZ LAGIER (1995:63), un acto individual corresponde a un caso de un acto genérico por el acaecimiento de la ocasión; es decir haber tenido la localización espacio – temporal.

El acto individual además corresponde a una categoría de un acto general, por ejemplo el acto individual del asesinato de Gaitán como categoría del acto general de asesinar. Los actos genéricos son “actos – tipo”; es decir de ellos se desenvuelven una serie de actos individuales o “actos – caso”. Gonzalez Lagier (1995) señala:

“Un acto individual es un caso de un acto genérico individualizado” y... “se refiere a la clase de hechos que se encuentran incluidos en la extensión de verbo” GONZALEZ LAGIER (1995:63)

Figura 1.



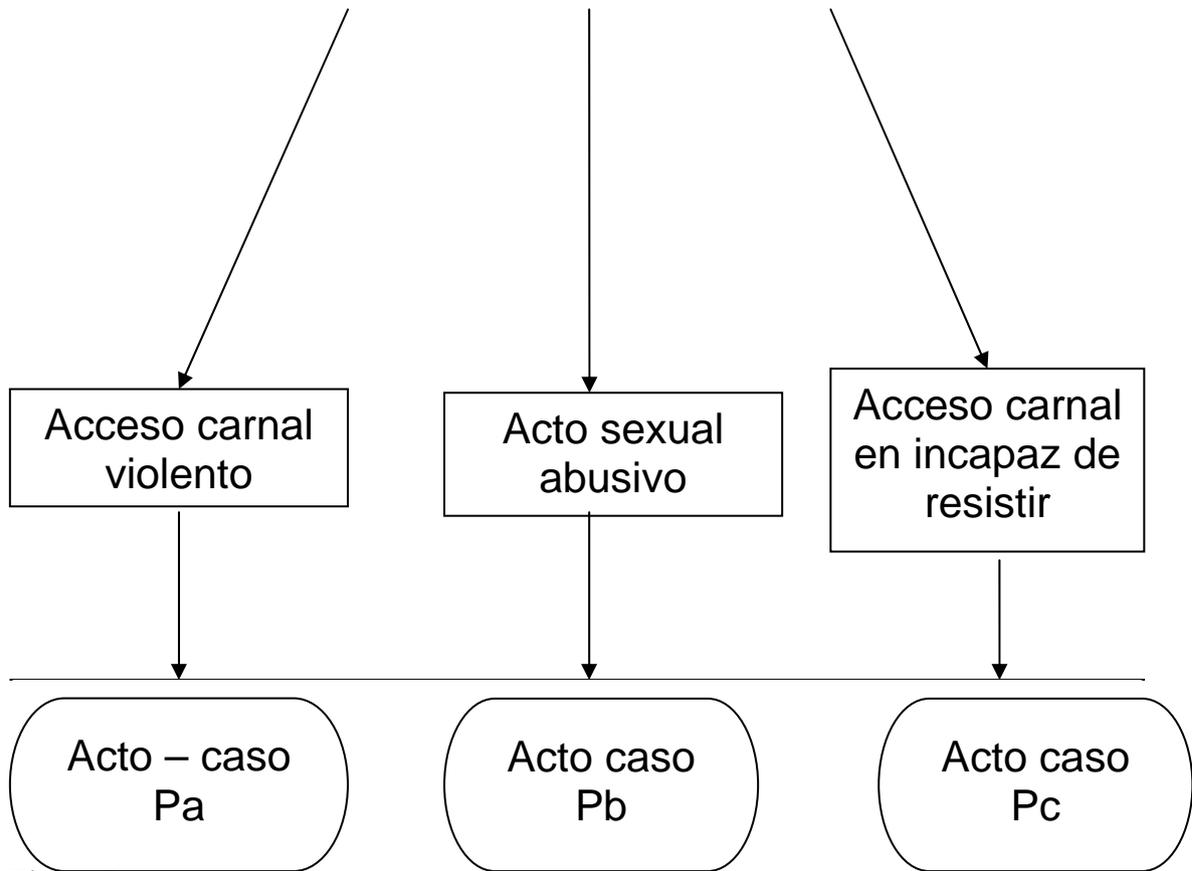
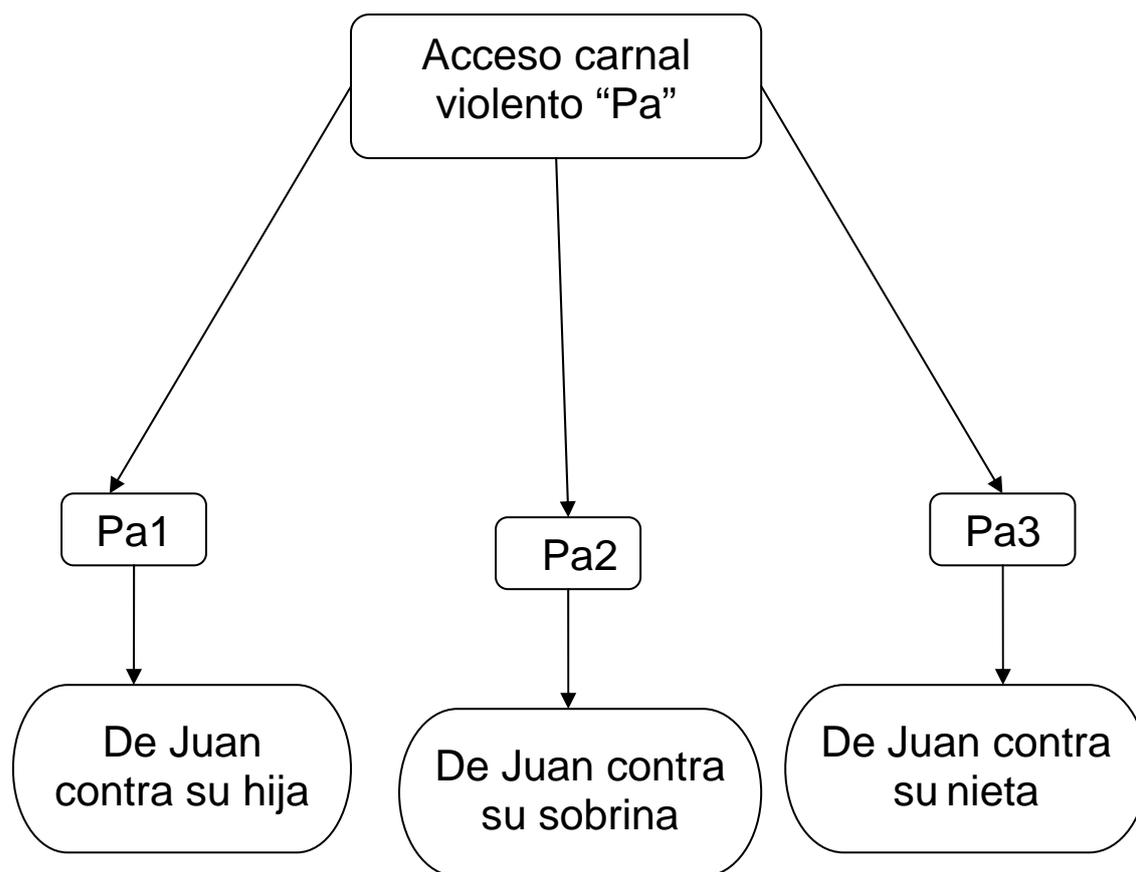


Figura 2



En la figura 1 aparece como acto genérico “P” o acto – tipo el delito de violación, bajo el cual subyacen otra serie de actos individuales “Pa”, “Pb”, “Pc” como delitos que comparten la misma propiedad calificativa desde el punto de las consecuencias de dichos actos, los cuales se diferencian simplemente por la forma o modalidad de la acción, y por la persona sobre quien recae dichas acciones.

La figura 2 presenta un caso individual “Pa” como caso genérico en relación con las acciones “Pa1”, “Pa2,” “Pa3”.

La figura 2 demuestra a su vez que los casos individuales pueden operar como casos genéricos de una sub - clase de casos individuales desde el punto de vista de la persona sobre quien recae la acción y considerando el agente de la acción.

La formula básica para distinguir un acto genérico de un acto individual es la ocasión en que se presenta, atendiendo a la ubicación espacio – temporal del acto; es decir su individualización. Pero ha de advertirse que la diferenciación de actos genéricos y actos individuales no estriba únicamente en la ocasión como criterio de

individualización, sino que requiere además otros elementos como la identificación del agente y la calificación de la acción según una modalidad.

El análisis de los actos genéricos implica una relación de “clase” de actos individuales o “propiedades calificativas” que permiten realizar la individualización de la acción. Para Gonzalez Lagier una clase presenta dos dimensiones: “una intención determinada por una o varias propiedades, y una extensión constituida por los casos singulares que tienen esas propiedades” GONZALEZ LAGIER (1995:64)

El acto genérico como “clase de acto” se encuentra determinado por sus propiedades; pero solo las propiedades calificativas del acto, definen el acto genérico. Las propiedades calificativas del acto casi de manera obvia se encuentran en “acciones individuales” que permiten definir la clase de actos - caso que pertenecen y actúan como propiedad calificativa de un acto – tipo.

Además de la existencia de actos genéricos y actos individuales, existen acciones que para ser ejecutadas requieren la realización de alguna otra cosa, o alguna otra acción v.gr., El sujeto que para realizar la acción de robar debe escalar el muro de una casa, utilizar una ganzúa para abrir las puertas de la casa, y caminar con sigilo para no alertar a los habitantes de la casa. En el ejemplo anterior considérese que el móvil o intención del agente es robar aquellos objetos de valor que pueda encontrar en el interior de la casa; móvil que lo obliga a llevar acabo una serie de actos de actividad física para lograr el fin pretendido. Esta es una acción que requiere la realización de algunas otras cosas para su ejecución. Las acciones básicas son aquellas que no requieren la realización de alguna otra cosa, se realizan directamente; de tal manera que las acciones básicas son el punto desde donde se generarían las distintas acciones. Goldman en Lagier (1995) denomina “árbol de acciones” a una serie de actos que son generados por una acción básica. GONZALEZ LAGIER (1995:92)

### **Resultado de la acción**

El resultado de la acción constituye el estado final de la cosas por ocasión de la acción; es decir el cambio al que hay lugar con la consumación de la acción.<sup>144</sup>

Ejemplo:

Estado de cosas inicial: El carro se encuentra es estado  $\neg p$  de no movimiento.

---

<sup>144</sup> El resultado de la acción o estado final de cosas debe ser visto además como elemento contrafáctico ligado a la oportunidad para la acción. Véase también en: OLMO BAU. Carlos. *Lógica deontica y teoría general de la acción en el segundo Von Wright*. En: Revista telemática de filosofía del derecho No 5, 2001/2002. <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/12-5.pdf>

Acción: Manejar el carro

Estado de cosas final o cambio: El carro se encuentra en movimiento.

Una vez se produce el resultado final o cambio en el mundo mediante la ejecución de la acción pueden devenir otro tipo de transformaciones en el estado de cosas que generan otros estados de cosas, considerando que el resultado o cambio constituye un estado de cosas. Dichos estados de cosas que se originan con posterioridad al cambio mediante la acción son denominados “consecuencias”, las cuales no tienen una relación lógica con el resultado de la acción, sino una relación causal: causa y efecto. La distinción entre resultado y consecuencias deriva además de la intención del agente. De esta manera el resultado de la acción ha de ser aquel que el agente ha procurado hacer. De este modo las consecuencias serán “lo que ocurre o causa el acto sin ser pretendido por el agente”.

### **Acto y actividad: movimientos corporales**

En la teoría de la acción de Von Wright un acto se ejecuta y una actividad se realiza. La actividad deviene como un proceso y el acto como un suceso.

La actividad y la acción se presuponen recíprocamente el uno al otro. La actividad inicia con una acción y termina con otra. Las acciones en su mayoría requieren de movimientos corporales; situación que presupone la actividad con antelación a la acción. Siendo así, la acción puede requerir de la actividad o realización de movimientos corporales necesarios para la obtención del resultado pretendido por el agente. Estos movimientos corporales no tienen una relación lógica con el cambio o resultado final, pero equivalen a lo que Gonzalez Lagier (1995) denomina como “condición preparatoria” de la acción final dentro de un esquema de forma de acción.<sup>145</sup>

Por ejemplo un ladrón violando las reglas de seguridad entra ilegalmente a un museo con la intención o propósito de robar un cuadro de un famoso pintor. Pero al llegar allí se encuentra que otra persona lo ha robado o también puede haber ocurrido que el cuadro halla sido trasladado de museo el día anterior y el ladrón nunca llego a enterarse. El ladrón es capturado por las guardias del museo ¿Es verdadera la afirmación

---

<sup>145</sup> La forma de acción equivale a un esquema donde se plantean las diferentes maneras de ejecutar una misma acción paso a paso mediante una secuencia de fases. Véase en. GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)*. DOXA No 20 – Cuadernos de filosofía del derecho. 1997. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20_05.pdf)

según la cual el ladrón de esta historia robo el cuadro? Es falso pues simplemente no contó con la oportunidad adecuada o la ocasión para llevar a cabo su intención.

La oportunidad para la acción implica una serie de condiciones o requisitos necesarios para que lógicamente exista la posibilidad del acaecimiento de un suceso determinable en espacio y tiempo. Von Wright en Lagier (1995) define la ocasión como *“una ocasión en la que ocurre alguna característica genérica que haga el acontecer de este suceso a la realización de este acto posible en ese ocasión”*.

### Sucesos y actos elementales

Para a teoría de la acción cuatro son los sucesos elementales o formas básicas de producir un cambio en el mundo, por lo que equivalen a la forma más genérica de actuar.

Suceso elemental	Oportunidad (ocasión)
Producir un estado (x) Ej. El secuestro de x por parte de y	a) El estado de cosas pretendido debe estar ausente (x no debe estar secuestrado por otro agente) b) El estado de cosas debe mantenerse así salvo intervención del agente ( Mantener secuestrado a x, y no liberarlo o liberarlo)
Mantener un estado	a) El estado de cosas debe estar presente en la ocasión dada – desaparece sin intervención del agente – (x ya se encuentra secuestrado pero escapa) (diferente de b en 1)
Destruir un estado	a) Es necesario que el estado de cosas exista ( x se encuentra secuestrado, pero es liberado) b) El estado no debe desaparecer por si solo ( x no escape)
Impedir un estado	No debe existir la ocasión dada (x no pudo ser secuestrado) El estado de cosas aparecería por la

	intervención del agente (y secuestra a x)
--	---

En estos sucesos elementales como anota Lagier opera un “*condicional contrafáctico sobre que habría sucedido si el agente no hubiera intervenido*” GONZALEZ LAGIER (1995:72)

### **Modalidades dinámicas y oportunidad**

La oportunidad para la acción como ocasión se encuentra supeditada en la teoría de la acción a la posibilidad. De esta manera la oportunidad de ejecutar una acción implica dos posibilidades:

1. Una física que “son las oportunidades” para la acción que la naturaleza ofrece
2. Una humana que implica “la capacidad del agente”.

Ambas posibilidades se circunscriben en una posibilidad natural que a su vez parte de una posibilidad lógica dentro del acaecimiento de lo humanamente posible. Es de notar que la posibilidad física como posibilidad de oportunidades en mundos posibles se circunscribe inicialmente a una lógica modal alética –posible, imposible, necesario – pero tratándose de posibilidad humana como posibilidad de poder – habilidad y capacidad – Von Wright en Lagier (1995) denomina a esta “modalidades dinámicas” GONZALEZ LAGIER (1995:73)

### **Omisión**

El concepto de omisión resulta ambiguo, ya que se considera la omisión como una negación y modalidad de la acción, por lo cual resulta tediosa la distinción entre omitir y no hacer por lo que Lagier (1995) propone:

1. Considerar lo que podemos hacer como criterio para distinguir de lo que no podemos hacer u omitir. Pero este es un tema que se encuadra en la capacidad y la oportunidad para llevar a cabo la acción: posición que no diferencia el omitir del no hacer.
2. Omitir como acción diferente a provocar; por ejemplo en el caso de provocar el cambio PTP<sup>146</sup> como acción positiva.

<sup>146</sup> En la teoría de la acción de Von Wright “PTP” corresponde al estado de cosas “P” en tránsito o cambio al estado de cosas “P”, teniendo en cuenta que mantener un estado de cosas corresponde a un acto

### Calculo de acciones

Las acciones pueden ocurrir de distintas formas y en diversas modalidades, y aun así pueden producir resultados semejantes; razón por la cual resulta una verdadera necesidad delimitar criterios para individualizar acciones, al menos en el campo jurídico, ya que “nos hacemos figuras de los hechos” y.... “la figura es un modelo de la realidad” WITTGENSTEIN (2005:53)

Con el primer criterio para individualizar acciones es necesario considerar que pueden hacerse distintas aproximaciones a “una misa secuencia de movimientos corporales” GONZALEZ LAGIER (1995:85). Este criterio ha sido denominado por Lagier (1995) “el de la identidad de los movimientos corporales aludidos por las distintas descripciones”. De acuerdo con este criterio el acto de extender la pierna y golpear el balón es uno solo y nos dos acciones.

Circunscribir las acciones a movimientos corporales significa que al menos la mayoría de las acciones cuentan con un componente de actividad física, de tal manera que el conteo de las acciones se hará teniendo en cuenta dicho componente. Este criterio de individualización ha sido denominado “*Unificadores*” y hacen parte de éste autores como G.E.M Anscombe y Donald Davidson.

### El efecto acordeón

El efecto de la individualización de las acciones puede ser considerando mediante lo que Feinberg en Lagier (1995) denomino “*el efecto acordeón*”. Este consiste “en que las acciones pueden ser comprimidas a un mínimo o expandidas hasta incluir los efectos causales” GONZALEZ LAGIER (1995:86). De esta manera al ser comprimida una acción, su individualización no llega más allá de lo concreto: una acción. Al ser expandida una acción – como el acto de expandir un archivador- podrían ser individualizados los actos que conforman a una acción de modo que se pueda llegar a determinar la relación causal entre las acciones o actos que median en la acción pretendida por el agente.

Lagier (1995) utiliza un ejemplo para explicar la expansión de una acción: es una situación donde “Juan”, quien tiene en sus manos un revolver, mueve sus dedos y de esta manera aprieta el gatillo, dispara a Jaime, y éste muere. En relación con el efecto acordeón la simple acción de mover los dedos en esa ocasión se expande y se convierte

---

elemental. Véase también en: VON WRIGHT, Georg Henrik. Norma y acción una investigación lógica. Cap II La lógica del cambio. Tecnos. Madrid 1979

en la acción de matar a Jaime, la cual es una acción distinta pero tiene relación causal con aquella. De esta manera para los unificadores de acción ocurren varios actos dentro de una sola acción que equivaldría al estado final de las cosas.

Tomando el caso del asesinato de Jaime, Lagier (1995) para explicar el efecto acordeón como método de descripción de las acciones, toma un esquema de Carlos Moya donde:

- El signo  $\rightarrow$  representa relación causal de eventos,
- El signo  $\uparrow$  se interpreta como “genera una descripción” GONZALEZ LAGIER (1995:87)

Además mediante el siguiente esquema ha de aclararse que la concatenación de los actos que conforman una acción puede dar lugar a diferentes explicaciones acerca de ésta.

Explicación de la muerte de Jaime:

1. Los dedos de Juan se mueven	
2. Juan mueve sus dedos	$\uparrow 1$
3. El gatillo se mueve	$\rightarrow 1$
4. Juan aprieta el gatillo	$\uparrow 3$
5. Jaime recibe un disparo	$\rightarrow 3$
6. Juan dispara a Jaime	$\uparrow 5$
7. Jaime muere	$\rightarrow 5$
8. Juan mata a Jaime	$\uparrow 7$

De acuerdo con el esquema la acción o acto 2 se interpreta como la descripción de la acción que genera 1, el acto 3 corresponde a una relación causal con 1, el acto 4 equivale a la descripción generada por el acto 3, el acto 5 hace tiene relación causal con el acto 3, el acto 6 hace referencia a la descripción de una acción generada por 5, el acto 7 corresponde a una relación causal con 5 y el acto 8 tanto como 7 equivalen al estado final de las cosas o resultado donde 7 genera la descripción hecha en 8<sup>147</sup>.

Para los unificadores de acción, esta corresponde a un suceso particular, único y con determinación espacio – temporal que puede ser descrita de distintas formas sin

<sup>147</sup> La representación de operación lógica dada en  $\uparrow 1, \uparrow 3, \uparrow 5, \uparrow 7, \rightarrow 1, \rightarrow 3, \rightarrow 5$  ha sido tomada de los modelos de deducción proposicional de lógica matemática y proposicional, donde junto al resultado de la deducción de una proposición se acompaña la regla de inferencia empleada. Véase también en: SUPPES, Patrick. HILL, Shirley. *Introducción a la lógica matemática*. Editorial Reverte S.A. Barcelona 1976

dejar de ser la misma acción, a pesar de ser calificada según las descripciones por diferentes propiedades. Si embargo no quiere decir ello que la descripción de una acción se satisfaga en la descripción de movimientos corporales.

### **Multiplicadores**

Los multiplicadores de acción señalan que cada una de las descripciones que se hagan sobre una acción constituyen “una propiedad distinta” GONZALEZ LAGIER (1995:88), de tal manera que el criterio de individualización de los multiplicadores corresponde a una acción como “un caso de una y solo una propiedad”.

El criterio de individualización de los multiplicadores corresponde a la distinción entre actos – tipo y actos – caso. El acto tipo hace alusión a una propiedad o tipo de actos, el acto caso hace referencia a un particular ejemplo de un acto. El acto caso tendrá un idéntico si acaecen por el mismo agente bajo una misma propiedad y en el mismo tiempo GONZALEZ LAGIER (1995:90). De esta manera para los multiplicadores una acción no se compone de actos, si estos son propiedades distintas, de tal manera que cada acción se contara por si sola.

Para los multiplicadores entre las acciones que conforman un suceso existe una relación de generación casual, distinta de la relación causal. Los actos que conforman el suceso se encuentran unidos mediante una relación de generación causal por lo que el primer acto es condición necesaria para la realización del segundo acto. La relación causal opera entre los actos y sus efectos como el acto de mover los dedos, lo cual trae como resultado que el gatillo se mueva.

### **Otros criterios**

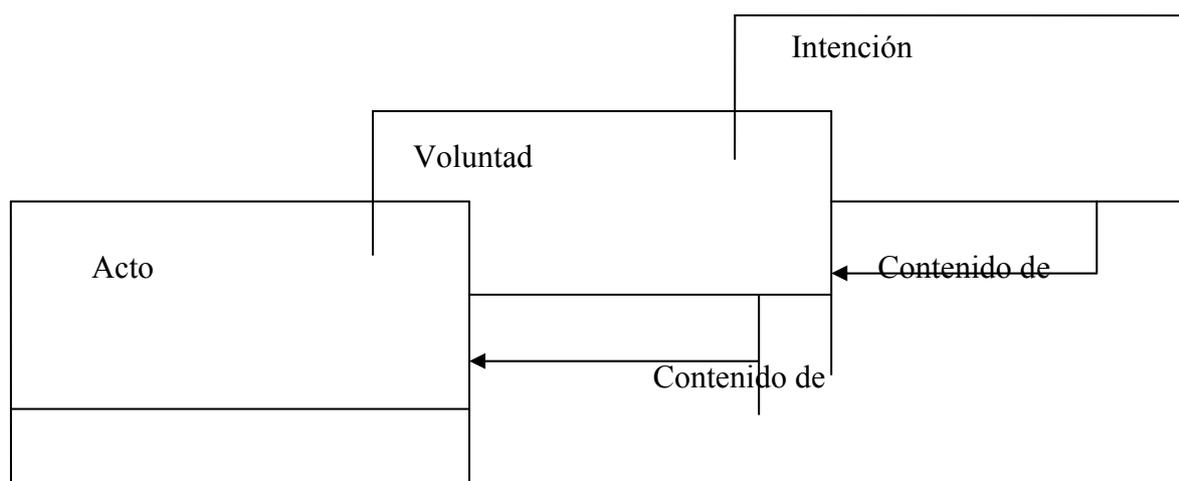
Otros criterios para diferenciar acciones se encuentran en el resultado y la intención del agente; concepto que tienen una relación intrínseca. El resultado final de la acción es aquel que el agente pretendía, motivo por el cual dos actos pueden ser lógicamente diferentes considerando la naturaleza de los resultados y las consecuencias que de ellos derivan en virtud de la intención del agente en distintas ocasiones.

Las acciones individuales solo pueden ejemplificar una acción genérica ya que de no ser así al ejemplificar mas de una acción genérica, representaría propiedades esenciales que pueden ser compartidas con otras acciones individuales, por lo que

perdería así su criterio de distinción<sup>148</sup>. Aquello que si puede circunscribirse en más de una acción genérica son los movimientos corporales y la actividad física del agente, ya que no se encuentran clasificados ni calificados como caso de un acto genérico.

El criterio según el cual el resultado se diferencia de las consecuencias por ser el móvil de la intención del agente, hace ver al resultado de la acción como criterio de diferenciación entre acciones, motivo por el cual el resultado de las acciones ha de poder ser considerado como propiedad esencial.

Mosterin en Lagier (1995) aboga por una posición según la cual sin intención no hay acción. Argumenta su posición en el caso de Edipo donde sin tener conocimiento mata a su padre y se casa con su madre. Estos hechos pueden arrojar dos descripciones distintas según el tipo de perspectiva o según el tipo de interés en la acción. La primera desde el punto de vista del agente equivaldría a “Edipo mata a un sujeto x”. La segunda desde el punto de vista del observador equivaldría a “Edipo mata a su padre”. De esta manera si no existe intención en la acción no existe grado de responsabilidad; pero para la teoría dogmática moderna toda acción implica responsabilidad, reduciendo todos los hechos y acciones a la voluntad del agente. Siendo así Lagier distingue entre voluntariedad como acción voluntaria e intención como contenido de la voluntad, o como anota Frederik Stoutland en Lagier (1995. 99) “intención de hacer algo e intención de lo que se hace



<sup>148</sup> Otro criterio válido para diferenciar acciones basado en una lógica de clases corresponde a la diferenciación de acciones por el número mayor de propiedades que compartan como clase de una acción genérica o acción básica. Respecto de la lógica de clases véase en: DE SALAMA, Alicia. *Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia. Capítulo V Lógica de clases*. Ed. El Ateneo. Buenos Aires 1986.

De esta manera el criterio de individualización de acciones no ha de ser la intención del agente como contenido de la voluntad, sino la voluntariedad que únicamente exige voluntad en la actuación del agente, sin considerar el contenido de ésta, recordando que “la facultad de desear es la facultad de ser” y ... “la facultad de un ser de actuar según sus representaciones se llama vida” KANT (1995:13). Siendo así un sujeto es responsable por sus actuaciones en donde concurra la intención y en aquellas donde no tuvo intención de hacer por simple ocasión de la voluntad. La intención del agente se hace ostensible de dos maneras: una directa y otra indirecta a las cuales denominaremos intención de primer y segundo grado. La intención de primer grado equivale a la intención como contenido de la voluntad del agente; es decir la intención de realizar cambios en el mundo o producir un estado de cosas final. La intención de segundo grado que actúa como subsidiaria equivale a “la intención de los movimientos corporales” y denota la voluntad del agente, más no la intención como contenido. GONZALEZ LAGIER (1995:100)

La relación entre resultado e intención queda desvirtuada bajo una relación estrictamente lógica y conceptual entre acción y resultado; razón por la cual es válido agregar que las acciones no intencionales tienen resultado por una simple relación conceptual. De esta manera con la intencionalidad del agente como voluntariedad es posible determinar si hay o no acción. La intencionalidad del agente tiene utilidad en la existencia de acciones a través de los resultados, pero no la tiene con respecto a la identificación del tipo de acción, ya que la valoración de una acción puede tener la misma denominación para agente y observador, pero puedo contar con valoraciones distintas provenientes de distintas razones tales como el interés en la acción, el contexto desde donde se califica la acción, o el contexto desde el cual se ejecuta la acción, v.gr., aquella persona que nace un sector de la sociedad donde por ocasión de hábito general de obediencia hacia una supuesta autoridad, secuestrar a una persona equivale simplemente a un medio para obtener beneficios económicos para sí o para un colectivo determinado; mientras que para el resto de la sociedad a pesar de denominar a la acción de igual manera “secuestro”, tiene una valoración diferente como un delito contra la libertad individual.

A manera de conclusión: El contenido del derecho desde un modelo de lógica deontica se circunscribe a la teoría de los núcleos normativos cuyas variables son las calificaciones deonticas permitido, prohibido y obligatorio. Pero ha de considerarse que aquello que se califica son actos o acciones humanas, razón por la cual una teoría y

lógica de la acción precede a una lógica de las normas que tiene como función veritativa de los enunciados del sistema la satisfacción normativa. Puesto que las acciones constituyen el contenido natural del sistema de derecho es de necesaria relevancia y consideración la determinación de cada una de las acciones del universo del discurso del sistema jurídico; es decir determinar el límite de la extensión del verbo ya que los actos y acciones se encuentran incluidos en dicha extensión bajo el modelo de actos genéricos y actos individuales desde la lógica de la acción, y casos genéricos y casos individuales desde la lógica deontica, teniendo en cuenta que los actos genéricos corresponden a acciones básicas desde las cuales como un esquema de árbol de acciones se desprenden una serie de actos individuales que carecen de numeración finita por la naturaleza indeterminada en el contenido del derecho; es decir por el límite en la extensión del verbo.

Además para un modelo de explicación e individualización de acciones debe considerarse la capacidad del agente como poder genérico ligado a la libertad en proporción al número de restricciones que se impongan a las acciones. Para la individualización de acciones sea que se adopte un modelo multiplicador o unificador tiene relevancia el análisis del resultado de las acciones como aquello que el agente ha procurado, y además como elemento que relaciona a unas acciones con otras, a pesar de ejecutarse cada una de ellas en diversas modalidades; motivo por el cual un verdadero análisis de la relación y pertenencia de actos individuales a actos genéricos debe hacerse desde un estudio del resultado de las acciones.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALARCON CABRERA, Carlos. *Las lógicas deonticas de Georg H. Von Wright*. Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho No 26 del 2003. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>

ALCHOURRON, Carlos. Et al. *Introducción a la metodológica de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. ASTREA. 1974

DE SALAMA, Alicia. *Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia. Capítulo V Lógica de clases*. Ed. El ateneo. Buenos Aires 1986

FREGE. Gottlob. *Investigaciones lógicas*. Tecnos. Madrid 1984

GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)*. DOXA No 20 – Cuadernos de filosofía del derecho.1997.

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuadem20/Doxa20\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuadem20/Doxa20_05.pdf)

GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Acción y norma en Georg Henrik Von Wright*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid 1995.

KANT. Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Rei Andes Ltda. Bogota 1995.

OLMO BAU. Carlos. *Lógica deontica y teoría general de la acción en el segundo Von Wright*. En: Revista telemática de filosofía del derecho No 5, 2001/2002.  
<http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero5/12-5.pdf>

SUPPES, Patrick. HILL, Shirley. *Introducción a la lógica matemática*. Editorial Reverte S.A. Barcelona 1976

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción una investigación lógica*. Tecnos. Madrid 1979

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Sobre la libertad humana*. Ediciones Paidós. Barcelona 2002

WITTGENSTEIN. Ludwig. *Tractatus logico philosophicus*. Alianza Editorial. Madrid 2005

## **A concessão de uso especial para fins de moradia: Uma experiência no Bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito**

*Camila Bottaro Sales<sup>1</sup>*

*Marco Aurélio Rocha<sup>149</sup>*

**Resumo:** A Constituição Brasileira de 1988 consagrou princípios fundamentais para a compreensão das novas limitações impostas à propriedade urbana como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e, sobretudo, a função social da propriedade. Objetivamos demonstrar que existem várias restrições à propriedade, de caráter privado e público. Entretanto, trabalharemos de forma mais sistematizada a concessão de uso especial para fins moradia, direito real instituído pela Lei nº 11.481/07 que limita a propriedade imóvel pública com escopo de concretizar direito social à moradia, previsto no artigo 6<sup>a</sup>, *caput* da CR/88. No âmbito prático, estudaremos a situação do bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito, a fim de analisarmos a aplicabilidade deste novo direito real social.

**Palavras-chave:** Limitações. Propriedade. Direito à moradia. Dignidade da pessoa humana. Concessão de uso especial para fins de moradia. Bairro Padre Adelmo.

**Résumé:** La Constitution brésilienne de 1988 a consacré les principes fondamentaux pour la compréhension des nouvelles restrictions imposées sur la propriété urbaine telles que la dignité humaine, la solidarité et surtout la fonction sociale de la propriété. Notre objectif est de montrer qu'il existe de nombreuses restrictions sur la propriété, privée ou publique. Cependant, travailler dans un recours plus systématique à l'octroi spéciale pour le logement, droit réel établi par la loi n ° 11.481/07 qui limite le champ d'application aux biens immobiliers publics pour réaliser le droit à un logement social tel que prévu à l'article 6<sup>ème</sup>, la légende de la CR/88 . Sur le plan pratique, nous allons étudier la situation du quartier dans la ville de Padre Adelmo à Itabirito afin d'analyser l'applicabilité de cette nouvelle loi sociale réelle.

**Mots-clés:** Limitations. Propriété. Droit au logement. La dignité humaine. Octroi d'usage spécial à des fins de logement. Quartier Padre Adelmo.

### **1- Introdução:**

---

1 Graduada em Direito pela Puc- Minas, Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo IEC, Mestre em Direito Privado pela Puc- Minas, Advogada e professora universitária.

2 Acadêmico de Direito (Unipac/Itabirito- MG), Bacharel licenciado em História pelo Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Ufop e fiscal de obras, posturas e urbanismo da Prefeitura de Itabirito.

Analisar os direitos reais sociais face o fenômeno da constitucionalização do direito civil, implica necessariamente um estudo acerca dos princípios constitucionais que norteiam o tema, a fim de fazermos uma releitura da concessão de uso especial para fins de moradia e da sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito também denominado de Estado pós-moderno é caracterizado dentre outros fatores por uma sociedade “pluralista, complexa, marcada pela revolução técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação” (AMARAL, 2003, p. 63). Tudo isso, gerou o que alguns autores chamaram de crise dos institutos privatistas: contrato, família e propriedade. Isto porque a legislação com espírito codificador já não era mais suficiente para regular os anseios da sociedade pós-moderna.

Assim, quebram-se os velhos modelos típicos das sociedades liberais e criam-se novos paradigmas com enfoque diferenciado com relação aos institutos do direito civil, cujo objetivo é tutelar a dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição da República de 1988 (CR) que a coloca como ponto central do todo o ordenamento jurídico.

A superação dos paradigmas da modernidade foi marcada pela passagem do individualismo ao solidarismo (AMARAL, 2003). Assim, houve uma maior intervenção do Estado nas relações sociais, com objetivo precípua de resguardar interesses da coletividade. Isto se fez presente, sobretudo, no direito de propriedade.

A Constituição da República de 1988 ao retratar estas mudanças paradigmáticas trouxe inúmeras restrições ao direito de propriedade que vieram seguidas de normas infraconstitucionais, como por exemplo, o artigo 1228, §1º do Código Civil que traz algumas limitações ao direito de propriedade não previstas no Código Civil de 1916, mas já regulamentadas na Constituição com objetivo de concretizar a função social e econômica da propriedade privada. Conforme Gustavo Tepedino (2006, p. 220) nos ensina, a partir do momento que a Constituição da República de 1988 concretiza as situações jurídicas patrimoniais - como as que envolvem a propriedade - às situações jurídicas existenciais (dignidade humana, justiça social, solidariedade, cidadania e igualdade) “busca-se o significado funcional dos institutos do direito civil”.

As limitações ao direito de propriedade criadas pelo Estado são hoje, reconstruídas sob os novos paradigmas da pós-modernidade, ou seja, se antes limitava-se a propriedade com intuito de resguardar interesse privados e econômicos, hoje as limitações impõe-se em detrimento de um interesse público e social frente as novas

interpretações trazidas pela Constituição da República.

Nas palavras do professor Adriano Stanley Rocha Souza (2007, p. 222): “Podemos dizer que, hoje, o direito real deixa o lugar do Direito que pode tudo e passa para o lugar do Direito que pode ser privado de tudo, sempre para atender aos novos princípios constitucionais”.

Como reflexo deste processo da humanização dos direitos reais, podemos citar a recente lei nº 11.481 promulgada no dia 31 de maio de 2007 que criou novos direitos reais no contexto dos paradigmas do Estado Democrático de Direito. Esta lei acrescentou ao rol taxativo do artigo 1.225 do Código Civil dois novos direitos reais: concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso sobre imóveis de propriedade do Poder Público.

À medida que a Constituição garante no artigo 6º que o direito à moradia é um direito social, faz-se necessário operacionalizar este direito. A concessão de uso especial para fins de moradia está prevista no artigo 183, §1º da Constituição. Assim, o objetivo precípua da lei nº 11.481 de 2007 é garantir o direito social à moradia prevendo como direito real a concessão de uso especial para fins de moradia; ainda para isso, tal direito recaia sobre áreas de propriedade da União.

Desta forma, nos resta analisar como, após a sistematização deste novo direito real, este vem sendo aplicado e estudado na prática, em especial no bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito no Estado de Minas Gerais.

## **02. Concessão de uso especial para fins de moradia**

Ao iniciarmos o estudo das principais características dos Direitos Reais, analisamos, dentre outras, a característica da tipicidade ou o princípio dos *numerus clausus*. Sendo assim, concluímos pela taxatividade do artigo 1.225 do Código Civil, ou seja, somente ao Poder Legislativo cabe a criação de novos direitos reais e sua regulamentação. Não cabe ao particular tal prerrogativa.

Neste sentido e atendendo a este princípio é que a lei 11.481 de 31 de maio de 2007, que prevê medidas voltadas aos interesses sociais, no seu artigo 10 acrescentou dois novos incisos no artigo 1225 do Código Civil que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1225. São direitos reais:  
XI- a concessão de uso especial para fins de moradia

## XII- a concessão de direito real de uso

**2.1 Conceito e requisitos:**

Como reflexo dos novos paradigmas do Direito Civil que passou a ser interpretado à luz da Constituição da República de 1988- fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Civil- a lei 11.481 vem concretizar princípios como o da dignidade humana, da função social da propriedade e da solidariedade operacionalizando o direito à moradia previsto no artigo 6º da CR/88.

Podemos dizer que a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito real social instituído por ato administrativo (concessão) que possui o objetivo específico de conceder moradia sobre as áreas de propriedade pública, preenchido os requisitos da Medida Provisória 2220/01, que passaremos a analisá-los agora:

A MP 2220/01 regulamenta a concessão de uso que trata o artigo 183, §1º da CR/88. Vale ainda ressaltar, que a lei 11.481 trouxe para o nosso ordenamento jurídico a concessão de uso especial para fins de moradia, mas seus requisitos são encontrados ainda na MP por determinação da própria lei: “A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória nº 2220, de 04 de setembro de 2001”.

Os requisitos se assemelham aos da usucapião constitucional, mas são institutos distintos. De acordo com o artigo 1º da MP, tem direito à concessão de uso especial para fins de moradia:

1º) Aquele que até 30 de junho de 2001 possuiu por 05 anos imóvel público da União (inclusive da marinha) de até 250 metros em área urbana de forma ininterrupta e contínua.

2º) A fim de garantir o direito à moradia, esta nova modalidade de direitos reais somente se aplica se a finalidade do uso é para moradia da pessoa ou de sua família, de forma gratuita.

3º) O concessionário não poderá ser proprietário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural. Conforme determina a MP, este direito será reconhecido uma única vez.

**2.2 Características:**

A MP ainda prevê que a concessão de uso especial para fins de moradia pode ser transmitida inter vivos ou causa mortis. Pode o herdeiro legítimo continuar na posse do seu antecessor, desde que, da abertura da sucessão já cumpra o requisito de habitação no imóvel.

O novo direito real poderá ser concedido ao homem e a mulher, independente do estado civil e, como já dito, uma única vez.

Interessante analisarmos que o Poder Público poderá garantir a concessão de uso especial para fins de moradia em local diferente daquele onde a posse foi exercida, caso esta área acarrete risco à vida ou à saúde dos ocupantes ou tratar-se de área de uso comum do povo, destinada a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, e ainda, aqueles locais reservados à construção de represas e obras congêneres ou situado em via de comunicação.

### **2.3 Modalidades:**

Podemos dizer que a MP trouxe duas formas especiais deste novo direito real. Seria a concessão “coletiva” de uso especial para fins de moradia e a concessão de uso especial para fins comerciais.

No primeiro caso, preenchido os requisitos analisados acima, poderá o Poder Público conceder o uso para fins de moradia de forma coletiva, desde que os concessionários sejam pessoas de baixa renda, ocupem área superior a 250 metros, podendo ainda somar suas posses com as posses dos antecessores.

Neste caso, cada concessionário receberá uma fração ideal do terreno, podendo acordar frações diferentes. Contudo, cada possuidor não poderá receber uma fração superior a 250 metros.

Com relação à segunda forma especial, a MP determina que o Poder Público competente, preenchidos os requisitos legais, poderá conceder o uso para aqueles que possuem área até 250 metros cuja finalidade seja comercial. Aplicam-se, neste caso, as demais características analisadas: gratuidade e acesso.

### **2.4 Procedimento:**

Primeiramente, a concessão de uso especial para fins de moradia será obtida através do ato da Administração Pública que concede direitos e poderes ao particular denominado concessão.

O pedido deverá ser instruído com a certidão do Poder Público informando a localização do imóvel em área urbana, bem como o objetivo determinado de moradia do requerente ou de sua família.

A administração pública deverá decidir em até 12 meses sobre o requerimento, e, na ocorrência de omissão, poderá o ocupante pleitear judicialmente, caso em que a concessão será declarada pelo juiz mediante sentença declaratória.

Seja pela via administrativa ou judicial, o título deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, conforme determina o artigo 167, I, 37 da lei nº 6.015/73- Lei de Registro Público.

### **2.5 Extinção:**

A MP relaciona duas formas de extinção da concessão de uso especial para fins de moradia:

a) Quando houver mudança da finalidade especificada na lei, ou seja, quando o concessionário ou sua família utilizar o imóvel com o objetivo diverso da moradia.

b) Se o concessionário tornar-se proprietário ou constituir nova concessão de imóvel urbano ou rural.

## **03. Concessão de uso especial para fins de moradia e o Estatuto da Cidade**

A concessão de direito real é instrumento conferido pelo Poder Público para disponibilizar a terceiros bens públicos imóveis visando o seu aproveitamento e viabilizando políticas públicas e locais de urbanização.

Neste contrato bilateral, firmado entre administração pública e o particular, podemos vislumbrar o cumprimento de pelo menos dois princípios fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, o direito a moradia e o respeito à função social da propriedade.

A Constituição da República Brasileira trouxe dispositivos legais que regulamentam a política urbana que deverá reger o país neste novo período democrático. Assim, delega ao poder público municipal o objetivo de ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes através de diretrizes fixadas em lei.

Após o nascimento desta nova luz constitucional, surge o Estatuto das Cidades, (Lei 10257/01) e os Planos Diretores que representam um grande avanço para a política urbana, com uma concepção de planejamento e a adoção de instrumentos para que a propriedade cumpra a sua função social, criando condições para a construção de um pacto social para o desenvolvimento urbano.

Para entendermos bem os espaços urbanos estudados, o Estatuto das Cidades busca viabilizar a regularização fundiária urbana disponibilizando instrumentos que constam nos Planos Diretores Municipais, como instituição de zonas especiais de interesse social – ZEIS, concessão de direito real de uso (individual e coletiva), concessão de uso especial para fins de moradia, (individual ou coletiva), usucapião de imóvel urbano (individual ou coletiva) e direito de superfície.

As ZEIS são áreas de assentamentos habitacionais de população de baixa renda, onde possibilita-se a urbanização e a regularização fundiária. Essas zonas podem incidir em terrenos vazios, localizados preferencialmente em setores urbanos com infraestrutura instaladas e próximas aos locais com oferta de emprego e equipamentos públicos.

Contudo, há que ressaltar a falta de capacidade do Estado enquanto formulador e gestor de estas políticas públicas para a construção de um pacto federativo e a efetivação de um plano nacional de desenvolvimento urbano, com a participação democrática na busca pela superação da histórica desigualdade social e alcance um desenvolvimento urbano com igualdade social, cultural, política e econômica.

#### **04. Os aspectos sociais da concessão no bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito**

A região analisada neste estudo foi criada no início da década de 90, três anos após a promulgação da CR/88.

Trata-se de um loteamento público, criado com o objetivo de promover o acesso à população de baixa renda a casa própria, conforme relatórios executados pela Secretaria de Assistência Social do Município de Itabirito.

Após a promulgação da lei do Plano Diretor Municipal de Itabirito, (lei 2.464 de 14 de dezembro de 2005), o loteamento foi caracterizado devido as suas peculiaridades e que motivou o estudo em ZEIS.

A princípio podemos destacar a escolha do terreno montanhoso, com declividade acentuada, como observam diversos urbanistas, em terreno sem nenhuma vocação para um assentamento. O tipo do solo, argiloso, também não contribui para a edificação e é extremamente suscetível a criação de voçorocas. Tudo isso aliado a uma população de baixa renda, que tem como principal fonte de renda a ajuda estatal; o que acaba por criar fatores de riscos tanto urbanos, como ambientais. (OSCIP Eco-Organização para a Educação e Extensão da Cidadania e Fundação IBI Tecnologia Alternativa, 2005.)



Imagem aérea bairro Padre Adelmo – ano 2005.

A violência urbana é um outro problema enfrentado na região, em razão da ausência de investimento estatal.

Na análise feita pela Prefeitura de Itabirito, junto a OSCIP Eco-Organização para a Educação e Extensão da Cidadania e Fundação IBI Tecnologia Alternativa, concluiu-se que há um problema com relação à segurança na região, principalmente no período noturno, quando a maioria dos adolescentes estudam e chegam do trabalho.

Neste período há um medo generalizado entre os moradores. A falta de policiamento contribui para tal fato.

A falta de investimento e de condições mínimas de renda, aliadas a ausência de lazer, esportes e atividades coletivas contribuem para o quadro de criminalidade acentuada da região.

Como observa Paulo Rangel:

Crime e pobreza não são lados da mesma moeda, como normalmente se diz. Afinal é cediço por todos no âmbito da Sociologia que correlacionar pobreza

com crime é não só politicamente incorreto como fantasmagórico, pois todos os fantasmas que tem marcas da pobreza e as mãos criminosas parecem possuir um traço em comum: a revolta. Não é exatamente a pobreza que leva ao crime, mas pode ser a revolta? (RANGEL, 2008. pág. 27).

A população de baixa renda só tem possibilidade de ocupar terras periféricas – muitos mais baratas porque em geral não tem qualquer infraestrutura – e construir aos poucos suas casas. Ou ainda ocupar áreas ambientalmente frágeis, que teoricamente só poderiam ser urbanizadas sob condições muito mais rigorosas e adotando soluções mais dispendiosas, exatamente o inverso do que ocorre na realidade.

Em uma cidade dividida entre a porção legal, rica e com infra-estrutura e a ilegal pobre e precária, a população que está em situação desfavorável tem pouco acesso às oportunidades de trabalho, cultura ou lazer.

Este modelo de crescimento e expansão urbana, que atravessa cidades de norte a sul do país, tem sido identificado, ou senso comum, como “falta de planejamento”. Segundo esta aceção, as cidades não são planejadas e, por esta razão, são “desequilibradas” e “caóticas”. Entretanto, trata-se não da ausência de planejamento, mas sim de uma interação bastante perversa entre processo sócio-econômico, opções de planejamento e de políticas urbanas e práticas políticas, que construíram um modelo excludente em que muitos perdem e pouquíssimos ganham.

Como exemplo, citamos o jovem fora da escola. Sem acesso a uma profissão digna, desconhecedor de um esporte que o estimule a viver com saúde e, conseqüentemente, sem esperança de um futuro melhor, não pode agora ter como resposta do Estado o aumento das penas dos crimes hediondos, como se os crimes de evasão de divisas, corrupção, colarinho-branco, sonegação fiscal (e este esta na mídia demonstrando quanto que se roubou dos cofres públicos) não fossem hediondos pela natureza e não pela lei.

A falta de oportunidades a esses jovens é criadora de um vácuo propiciador de uma revolta que pode trazer como conseqüência o ingresso no mundo do crime.

Diante de todos estes problemas, nos resta questionar qual a relação direta entre todas estas problemáticas e a regularização da posse? Observa-se:

- As pessoas precisam se sentir seguras de suas condições de posse para começar a investir no melhoramento de sua casa/negócio.
- A segurança de posse e acesso ao crédito podem apenas ser providos por meio da legalização da ocupação/negócio informal.

- O modo de se proceder a legalização é garantir a posse individual de títulos<sup>150</sup>.

Seguindo essas premissas, analisamos a situação do loteamento, conforme dados de pesquisa. Observamos que 95% das casas não possuem reboco externo, o que denota uma aparência de casa inacabada. Cerca de 70% possuem rede de esgoto a céu aberto jogados diretamente nas vias públicas.

Em termos de documentação, como se trata de uma área pública ocorreu a desafetação e o terreno foi desincorporado de bem público municipal, de uso comum do povo, e transferido para categoria de patrimônio disponível do município.

As áreas foram doadas em Termo Administrativo de Ocupação de Imóvel Público Municipal (concessão de direito real de uso), porém não foram lavradas as escrituras particulares, conforme previsto em lei.

O prazo da outorga, que deveria ser registrada em cartório em livro próprio é de 100 anos.

O número atual de lotes no local são 459 conforme o mapa atual, 55 lotes estão vagos, 404 são residências ou construções.

Podemos observar que há uma resistência à ocupação formal do loteamento devido ao grande número de residências ainda inacabadas. Há uma insegurança quanto ao futuro. A maioria dos moradores investem numa residência precária, insalubre, sem ventilação e iluminação natural adequada.

Podemos concluir que a criminalidade não é somente fruto da desigualdade econômica, mas também de políticas públicas mal planejadas e que sustentam um crescimento desordenado e sem a infra-estrutura adequada para os níveis de urbanização da cidade.

A ociosidade dos jovens, sem perspectivas de lazer ou educação, aliada a uma renda abaixo da média cria a oportunidade ideal para a entrada no mundo do crime.

---

<sup>150</sup> ALMEIDA, Márcio Fontes de. 4ª CONFERENCIA NACIONAL DAS CIDADES. **Cidades para todos e todas, com gestão democrática, participativa e controle social. Avanços, dificuldades e desafios na implementação da política de desenvolvimento urbano.** Brasília, 2009. Disponível em: <4ª CONFERENCIA NACIONAL DAS CIDADES, Cidades para todos e todas, com gestão democrática, participativa e controle social. Avanços, dificuldades e desafios na implementação da política de desenvolvimento urbano. Brasília, 2009>. Acesso em: 20 fev. 2011.

Como analisamos no caso do loteamento do bairro Padre Adelmo, a grande incidência de crimes contra a pessoa reflete uma clara realidade: os crimes cometidos na região são motivados pela falta de investimentos públicos o que gera a revolta da população contra todo aquele que se sobressai ou contra aquele que, dentro da própria comunidade não se alia aos interesses desta e busca outras oportunidades.

A falta de áreas para lazer, educação, cultura, assistência social aliados a políticas públicas equivocadas e mal direcionadas cria o ambiente perfeito para a marginalização e discriminação do indivíduo que se vê dividido em dois mundos distintos, o da cidade legal e o da ilegal.

O sentimento do cidadão, principalmente do morador da região do bairro Padre Adelmo, que recebe o título de concessão, mas que não se considera proprietário reflete em construções inacabadas, multifamiliares e improvisadas que se espalhando pelo território concedido, uma clara tentativa de se apegar a posse.

Existe também o sentimento de que tudo, inclusive os deveres de proteção do particular deveriam ser realizados pelo poder público, que se omite em suas tarefas coletivas, entregando apenas o direito a terra e negando ao cidadão o acesso a educação, cultura e lazer, direitos garantidos na Constituição.

Podemos por fim considerar que por serem pessoas de baixa renda, em áreas de interesse social ou favelizadas, esta estrutura inacabada e improvisada já faria parte da paisagem urbana da região. Até mesmo em áreas planejadas onde se desenvolveu a concessão do solo público há o sentimento de carência, de desamparo e falta de segurança da posse do solo.

## **05. Considerações finais**

Vários anos de ocupações desordenadas e irregulares em áreas públicas tornaram-se um grande problema no cenário nacional. A realidade brasileira retrata que o crescimento populacional, o problema da urbanização e a falta de compromisso com o desenvolvimento sustentável levou ao limite o caos provocado pela escassez habitacional no Brasil, propiciando ocupações irregulares em áreas públicas, de risco ou de preservação ambiental.

A postura adotada pela ordem jurídica pátria, juntamente com as políticas públicas implantadas, repercutiu num direito há muito estudado pelos diversos ramos da ciência: a moradia.

O direito à moradia ganhou *status* de direito social com a Emenda Constitucional nº 26 de 2000 e passou a ser garantida pela Constituição da República no *caput* do artigo 6º.

A fim de operacionalizar esse direito, diversas leis foram promulgadas ao longo dos anos. Outras medidas foram tomadas pelos agentes públicos que limitaram o uso do bem, abarcando inclusive a propriedade pública. Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 11.481/07, que elevou a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso a direitos reais elencados no Código Civil.

São direitos reais instituídos nos imóveis públicos, preenchidos determinados requisitos, que garantem a população de baixa renda o acesso à moradia ou aos demais direitos sociais, a titulação de concessionário e a possibilidade de ter acesso ao crédito, uma vez que a concessão pode ser objeto de hipoteca.

Contudo, falar em garantia de acesso à moradia significa não apenas ter uma casa, mas também acesso a transporte, saúde, educação enfim, todas as necessidades básicas dos ocupantes de determinada região.

Todos estes problemas foram evidenciados no bairro Padre Adelmo na cidade de Itabirito. O título de concessão foi reconhecido, mas os problemas da região permanecem. Tal título traz uma certa segurança ao cidadão, mas de nada adiante regularizar seja pela titulação de concessionário ou de proprietário, sem, contudo, ordenar, concedendo à população de baixa renda condições adequadas para se fazer cumprir o verdadeiro sentido da palavra “moradia”.

### **Referências Bibliográficas:**

ALMEIDA, Márcio Fontes de. 4ª CONFERENCIA NACIONAL DAS CIDADES. **Cidades para todos e todas, com gestão democrática, participativa e controle social. Avanços, dificuldades e desafios na implementação da política de desenvolvimento urbano.** Brasília, 2009. Disponível em: <4ª CONFERENCIA NACIONAL DAS CIDADES, Cidades para todos e todas, com gestão democrática, participativa e controle social. Avanços, dificuldades e desafios na implementação da política de desenvolvimento urbano. Brasília, 2009>. Acesso em: 20 fev. 2011.

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades I.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

BRASIL. **Novo código civil brasileiro**: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 14. ed. atual. até 19.12.2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. **Reflexões Teóricas sobre o Processo Penal e a Violência Urbana – Uma Abordagem Crítica Construtiva à luz da Constituição**. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro: 2008.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Princípio da Autonomia Privada x Princípio do *numerus clausus* em sede de Direitos Reais: um breve estudo de sua adequação à Constituição Brasileira de 1988. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 211-227.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II: Humanismo e solidariedade na sociedade em transformação.

**Bibliografia:**

BRASIL. **Estatuto da Cidade**: lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Guia para a Implementação pelos Município e Cidadãos. Brasília, 2001.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 05 set. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2220.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2010.

LIMA, Márcia Rosa de. **A Concessão do direito real de uso como instrumento jurídico de defesa do patrimônio público e implementação da política local**. Revista Interesse Público, Ano 4, nº.15 julho/setembro de 2002, Porto Alegre:Dez, 2002, p. 143-157.

MEDAUAR, Odete cord; **MENEZES DE ALMEIDA**, Fernando Dias cord; **ESTATUTO DAS CIDADES**, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Comentários, 2ª edição, editora Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro: 2004.

SALES, Camila Bottaro. Dos direitos reais sociais. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 223-227.

## CONTROBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A SUBSISTÊNCIA DE UMA IDENTIDADE PRÓPRIA:

**Um diálogo com a doutrina de Marciano Godoi.**

*Felipe Faria de Oliveira*<sup>151</sup>

**RESUMO:** A análise acurada da realidade tributária impulsionou o tributarista e economista Marciano Godoi a argumentar a perda da identidade constitucional das contribuições no ordenamento jurídico brasileiro. Com feito, a análise constativa do autor é irretocável. Do mesmo modo, acreditamos que o STF, ao julgar, não pode se curvar aos elementos econômicos que Godoi aponta como sendo determinantes. Entretanto, acreditamos permanecer, no ordenamento e na praxis brasileira, elementos suficientes para a persistência da identidade constitucional das contribuições.

**Palavras-chave:** Direito tributário - contribuição - tributo - identidade constitucional

**ABSTRACT:** The meticulous study of the fiscal reality made the economist and fiscal attorney Marciano Godoi defend the end of contributions constitutional identity at Brazilian law. Indeed, the analysis made by the author is irreparable. Besides, we understand that the Supreme Court, can not consider economic data determining when judging a fiscal case. However, we believe that there are in Brazilian law and reality enough elements to persist the contributions constitutional identity.

**Keywords:** Fiscal Law - contribution - tribute - constitutional identity

### **1 – Introdução.**

Majoritariamente, os autores e estudiosos do Direito Tributário apresentam expressivo repúdio a quaisquer incursões hermenêuticas. Entretanto, é interessante anotar o quanto nossa forma de construção de teorias jurídico-tributárias apresenta, em seu bojo, todo o aparato filosófico-hermenêutico que nos precede.

Já tivemos oportunidade de debater o fato de que de maneira quase uníssona, a doutrina e jurisprudência tributárias argumentam seus posicionamentos e decisões

---

<sup>151</sup> Mestre em Direito Público pela PUC/MG; professor universitário; Promotor de Justiça em João Pinheiro-MG; autor do livro “Direito Tributário e Direitos Fundamentais: uma revisão interpretativa do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito

tendo, em seus ouvidos, o sussurro das teorias positivistas, cujas bases formalistas e a busca por uma incessante segurança jurídica bem se coadunam com a pretensão de certeza das obrigações fiscais que encampam a maior parte de nossos autores<sup>152</sup>. Esta característica se mostra absolutamente clara quando nos deparamos com o estudo do princípio da legalidade, em especial, sua vertente mais estrita: o princípio da tipicidade.

É de se observar, contudo, que o estudo jurídico hermético, ou seja, a percepção do Direito como uma ciência compartimentalizada e auto-suficiente não se resume em uma única manifestação teórica. Em realidade, o formalismo jurídico é uma corrente complexa, com variados autores e nuances, mas que mantêm, como ponto comum, o engessamento de critérios ou fórmulas apriorísticas que determinem a trilha que o jurista deve percorrer quando da aplicação silogística (mera subsunção) das normas jurídicas.

Dentro desta gama de autores, podemos mencionar Puchta, que no desenvolvimento de teorias formalistas-positivistas, criou a chamada “jurisprudência dos conceitos” ou “genealogia dos conceitos” (LARENZ, 1997, p.21 ss.).

Segundo Puchta, o Direito é constituído por expressões ou termos jurídicos que podem ser situados hierarquicamente. Uma vez realizado esse escalonamento subordinativo, um instituto/conceito jurídico servirá de fundamentação para um conceito/instituto jurídico inferior, e assim sucessivamente<sup>153</sup>.

O estudo fechado de um instituto, como se divorciado de seu entorno teórico reflete-se ainda hoje nas obras fiscais que se restringem à análise de um único e isolado ponto do Direito Tributário, como se possível fosse proceder à averiguação “do lançamento tributário”, ou “da imunidade tributária” para posterior encaixe em sua ordem hierárquica jurídica.

Um resquício deste pensamento de análise estanque dos institutos jurídicos pode ser verificado no intenso apego em realizar as mais diversas classificações e que ainda marca nosso Direito. Buscamos, a todo o tempo, isolar determinado instituto e

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, 2008.

<sup>153</sup> “A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjectivo é de que se trata de um ‘poder sobre um objecto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como uma espécie de direito subjectivo, significa, por ex., que ele é um ‘poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’).” (LARENZ, 1997, p. 25)

segmentarmos suas diversas manifestações em espécies próprias e distintas sem qualquer inter-relação com o restante do ordenamento jurídico.

Trata-se, em realidade, de visão absolutamente equivocada. Conforme veremos posteriormente, não há que se falar em construções jurídicas compartimentalizadas, como se dissociadas de seu entorno teórico-normativo. O Direito deve ser compreendido em uma perspectiva de unicidade, com as diversas sub-áreas e institutos jurídicos se dialogando incessantemente.

Ora, mas se assim ocorre (ou deveria ocorrer), estaríamos, então, nos colocando contrariamente a qualquer relação classificatória? Obviamente que não! Não se pode ignorar que, de fato, há determinados institutos jurídicos que possuem características próprias que nos auxiliam, não apenas a identifica-los, como também operacionaliza-los. Esta é questão que nos será primordial na argumentação deste trabalho.

Se por um lado, não podemos nos iludir com estudos absolutamente individualizados, não devemos cair no erro de imaginarmos o ordenamento jurídico sem qualquer delineamento de caracteres específicos em certas questões. Daí que esta breve introdução nos serve para alertar o leitor que, seja para fins didáticos, ou mesmo para melhor utilizarmos os diversos instrumentos jurídicos da maneira que suas especificidades requerem, sob pena de sua desnaturalização, a identificação classificatória de certos institutos é primordial para a *praxis* jurídica.

## **2 – Das classificações das espécies tributárias e as especificidades das contribuições.**

Durante algum tempo, doutrina e jurisprudência se debateram acerca do número e características das espécies tributárias que habitam nosso ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, os estudiosos, acompanhando as disposições constantes no Código Tributário Nacional (art. 5º), apontavam três espécies distintas e com características próprias:

a) impostos – incidentes sobre fatos geradores que denotam manifestações de riqueza, e cuja receita comporia o erário para a realização das mais variadas tarefas situadas na gama de obrigações do Estado;

- b) taxas – cujos fatos geradores se relacionam com a prestação, potencial ou efetiva, de serviços públicos postos à disposição do contribuinte, ou, ainda, o exercício do poder de polícia estatal de que cuida o Direito Administrativo;
- c) contribuições de melhoria – cobrada quando, em razão de obra realizada pelo Estado, o particular percebe valorização em seu imóvel.

Não obstante, parece restar, na atualidade, consolidado a repartição do tributo em cinco espécies distintas, conforme restou consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal<sup>154</sup>:

Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria), a que se refere o art. 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os arts. 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. No tocante às contribuições sociais (...) não só as referidas no art. 149 – que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional – têm natureza tributária (...) mas também as relativas à seguridade social previstas no art. 195. (RE 146.733, DJ 06-11-1992. Voto: Min. Moreira Alves, p. 401)

Uma vez reconhecida a distinção quiquupartida dos tributos que prevalece, hoje, na doutrina e jurisprudência, devemos partir para o objeto que mais nos interessa.

Conforme percebido acima, os impostos e as contribuições, por serem distintas espécies tributárias, devem, obrigatoriamente, apresentar características próprias, sob pena de recaírem em uma mesma classificação.

No que se refere aos fatos geradores, não há que se falar em distinções significativas entre essas duas espécies tributárias. Conforme veremos mais adiante, as contribuições podem incidir sobre situações fáticas demonstrativas de poder aquisitivo (fatos geradores típicos de impostos), sem incorrer em qualquer inconstitucionalidade. Mais. Resta consolidado, na jurisprudência, a possibilidade, ainda, de incidirem

---

<sup>154</sup> A divisão quiquupartida foi estabelecida pelo STF antes da EC 39/02, que criou a figura da contribuição de iluminação pública, de competência dos Municípios, em resposta ao entendimento do Supremo, consolidado na súmula 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”. Em razão disso, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo questionam se a contribuição de iluminação pública não seria uma sexta espécie de tributo (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 10). Em nossa visão, não há que se falar em nova espécie tributária, mas sim mais uma contribuição par afazer coro com as diversas já presentes no texto constitucional.

contribuições sobre hipóteses já oneradas por impostos sem que se caracterize qualquer invalidez. Sobre isso veremos mais adiante.

Qual poderia ser, então, a distinção entre essas duas espécies tributárias?

A Constituição Federal, em seu artigo 167, IV, dispõe que, ressalvadas algumas exceções constitucionalmente previstas, é vedada a vinculação de receitas advindas de impostos a determinado órgão, fundo ou despesa. Noutros termos, o dinheiro arrecadado a título de impostos devem ficar disponíveis para que o administrador tenha a liberdade de realizar os gastos na forma que lhe aprouver e, com isso, custear suas atividades gerais. Tornar vinculada toda a receita de impostos seria retirar, do Poder Executivo, sua prerrogativa constitucional de valorar suas prioridades de investimento e de administração.

Acreditamos que a razão dessa vedação é resguardar a independência do Poder Executivo que, do contrário, poderia ficar absolutamente amarrado a destinações previamente estabelecidas em lei e, com isso, inviabilizado de apresentar proposta orçamentária apta à realização do programa de governo aprovado nas urnas (PAULSEN, 2004 p. 459)

De outro lado, não há, em relação às contribuições, qualquer dispositivo semelhante. Justamente por isso, construiu-se o entendimento de que as contribuições, diferentemente dos impostos, ao serem legalmente instituídas, devem ter suas receitas atreladas a alguma destinação específica já prevista em lei.

Não é outra a afirmação da doutrina: “O que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União...” (AMARO, 2005, p. 53). “... no caso das contribuições, independentemente da natureza do fato gerador (vinculado ou não vinculado), o produto da arrecadação é vinculado a um fundo, órgão, entidade ou despesa específicos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 102)

Mas não apenas. Chegou-se a argumentar que as contribuições, não apenas deveria ter finalidade específica prevista em lei, como, ainda, tal finalidade deveria, obrigatoriamente, estar relacionada com o fato gerador da respectiva contribuição. Em simples exemplificação, uma eventual CIDE (contribuição de intervenção do domínio econômico) cobrada das empresas de transporte aéreo poderia ter como destinação de recursos, um fundo de incentivo à pesquisa a motores propulsores de aeronaves menos poluentes. Com isso, ter-se-ia resguardada uma relação de pertinência entre a exação e o gasto estatal

A não-afetação diz respeito apenas aos impostos, porque esta espécie tributária é vocacionada a angariar receitas para as despesas públicas em geral. As demais espécies tributárias têm sua receita necessariamente afetada, mas não a qualquer órgão ou despesa, e sim ao que deu suporte a sua instituição (PAULSEN, 2004, p. 460)

Em teoria, assim, não haveria dúvidas no que tange ao delineamento dos impostos e contribuições, essas últimas detentoras de identidade constitucional bem definida.

Este é o ponto de crítica de Marciano Godoi.

### **3 – A doutrina de Marciano Godoi: o desfacelamento das contribuições**

Observa-se, atualmente, uma saudável alteração na forma de análise e debate do Direito Tributário. Os principais acadêmicos da área resolveram por bem abandonar os estudos unicamente doutrinários acerca do tema, para, também, realizarem incursões junto à realidade pragmática e jurisprudencial do Direito. Inserido neste crescente grupo, identificamos Marciano Godoi, cujo artigo científico “contribuições sociais e de intervenções no domínio econômico: a paulatina desconstrução de sua identidade constitucional”, nos serve de pano de fundo para o debate.

Voltado para um estudo pragmático da realidade constitucional, o tributarista e economista mineiro envereda por uma verificação pragmática, legislativa e jurisdicional<sup>155</sup>, para concluir pela desnaturação da identidade e características delineadoras das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico. Entendamos melhor seus argumentos e as considerações que nos guiam.

Após discorrer acerca das distinções doutrinárias acerca das contribuições e impostos, já vistas acima, o autor passa a constatar o fato de que, passados alguns anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a *praxis* tributária decorrente do poder constituinte derivado e do legislador infra-constitucional, e acatada pelo STF, vem desfacelando as especificidades que marcam e caracterizam as contribuições como espécie tributária autônoma. A razão principal de tal desconstrução, em seu entender, é o enfraquecimento das finanças públicas brasileiras, que, conjugado com algumas

---

<sup>155</sup> Interessante anotar que o estudo tributário voltado, primordialmente, à análise jurisprudencial pode ser identificado como uma marca registrada do autor, responsável por obras de exclusivo estudo dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal: GODOI; ROLIM, 2006; GODOI, 2006; GODOI, 2002.

peculiaridades do sistema constitucional-tributário, permitiram a perda de identidade das contribuições.

Na busca por dados fáticos, constatou o autor que<sup>156</sup>:

1) O endividamento e gastos decorrentes dos juros da dívida pública externa e interna cresceram em proporção geométrica após 1995<sup>157</sup>, sendo certo, ainda, que as despesas com juros, teriam ultrapassado a receita de impostos:

Comprovando a asserção em números: em 2005, a arrecadação total dos impostos federais previstos no art.153 da CF foi de aproximadamente R\$ 174 bi; após as transferências constitucionais para Estados e Municípios, o valor disponível para a União Federal foi de aproximadamente R\$ 90 bi. Em 2005, somente a título de juros da dívida interna/externa, a União Federal desembolsou mais de R\$ 150 bi; em 2004, o valor desembolsado a título de juros da dívida pública interna/externa foi de R\$ 128 bi. (GODOI, 2007, p.86)

2) A capacidade arrecadatória das contribuições tem se mostrado sensivelmente superior à capacidade dos impostos federais. Mais uma vez, seu argumento vem amparado por números:

em 2005, o governo federal arrecadou R\$ 160 bi de IR (R\$ 133 bi) e IPI (R\$ 27 bi), ao passo que a arrecadação somente das contribuições mencionadas acima foi de R\$ 252 bi. Se somarmos a essas contribuições o valor da contribuição social sobre o lucro (R\$ 24 bi) e da cide-combustíveis (R\$ 8 bi), chegaremos à marca de R\$ 284 bi, que supera em quase 80% a arrecadação de IR/IPI; (GODOI, 2007, p.85)

No que tange ao tema, trata-se de realidade que ainda hoje se mantém. A previsão na lei orçamentária para o corrente ano de 2009 é que sejam arrecadados mais de 444 bilhões de reais a título de contribuições (inclusive previdenciárias), enquanto a receita de impostos é estimada em menos de 289 bilhões de reais<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> Tendo como escopo preservar a obra objeto de estudo, cumpre observar que o autor aponta os argumentos ora enumerados em ordem distinta, entretanto, visando o melhor entendimento acerca do tema, resolvemos apresentá-los na forma esboçada acima.

<sup>157</sup> Importante observar que, em razão da tomada de determinadas políticas econômicas, houve substancial alteração nos dados da dívida pública. O governo, tentando obter maior controle de seus débitos, tentou concentrar um maior percentual da dívida no mercado interno. Assim, ao final de 2008, a dívida pública interna se apresentava em torno de R\$ 1,244 trilhão, enquanto a dívida pública externa, R\$ 132,512 bilhões. (Vide <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/01/28/materia.2009-01-28.2301297812/view>)

<sup>158</sup> Lei 11.897, de 30 de dezembro de 2008. Vide, também, o site do Ministério do Planejamento, onde pode ser consultada o projeto de lei orçamentária para 2009 e que relaciona as receitas de impostos e contribuições com o PIB, e, ainda, faz comparações com o exercício anterior. Cf. slide n. 09 no site: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa09/080827\\_apresentacao\\_ministro.pps#256,1,Projeto de Lei Orçamentária 2009](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa09/080827_apresentacao_ministro.pps#256,1,Projeto de Lei Orçamentária 2009).

3) Grande parte do produto arrecadado a título de impostos federais deve ser repassada a Estados e Municípios, em razão da repartição de receitas prevista nos arts. 157 e seguintes da CF/88. Noutro lado, via de regra, as receitas advindas das contribuições são exclusivas da União, não tendo que ser objeto de qualquer repartição com os demais entes federados.

Diante desses elementos, o autor, com acerto, constata que, a União, visando incrementar suas receitas pecuniárias, passou a privilegiar a instituição de contribuições no ordenamento brasileiro, mas mantendo, obviamente, as exações advindas de impostos.

Veja-se em números concretos o resultado dessas duas categorias de medidas (*criação e majoração das contribuições*): em 1999, a arrecadação do IR/IPI representava 8,1% do PIB, enquanto a arrecadação de contr.folha/COFINS/CPMF/PIS/CSLL representava 10,5% do PIB; em 2005, a arrecadação do IR/IPI representou 8,1% do PIB (aumento de 10% em relação a 1999) enquanto que a arrecadação das contribuições acima mencionadas (somada à da cide-combustível criada em 2001) subiu para 14,2% do PIB (aumento de 35% em relação a 1999). (destaque em itálico nosso) (GODOI, 2007, p.87)

Ocorre, porém, que o mero aumento dos numerários decorrentes das contribuições não se mostrou suficiente para demonstrar a credores internos e externos a capacidade de *superávit primário* e a conseqüente capacidade deste “bom devedor brasileiro” de pagar seus encargos da dívida pública. Mas, apesar de o governo precisar utilizar essa receita advinda das contribuições, o regime de afetação dessas espécies tributárias “engessavam” a atuação do Executivo. Vale lembrar: nos termos vistos anteriormente, as contribuições, a princípio, apresentam suas receitas vinculadas a determinadas finalidades, não podendo ser utilizadas para satisfazer os gastos genéricos da União, de acordo com a conveniência do administrador público tal qual ocorre com os impostos.

Assim sendo,

os hábeis formuladores da política fiscal lançaram mão de uma medida legislativa e de uma medida administrativa: a medida legislativa foi a promulgação de diversas emendas constitucionais que desvincularam - de maneira crescente - uma parcela significativa da arrecadação das contribuições sociais/cides de suas finalidades previstas no texto originário da Constituição de 1988; a medida administrativa - aprimorada com o passar dos anos - foi a prática do *contingenciamento das rubricas orçamentárias* das contribuições sociais/cides: com o contingenciamento orçamentário, grande parte das contribuições sociais/cides são arrecadadas (consubstanciando receitas efetivas e portanto engrossando o *superávit primário*) mas permanecem no caixa único do governo federal por anos a fio, deixando de se

transformar em despesas/gastos e portanto deixando de "atrapalhar" o sucesso do superávit primário. (GODOI, 2007, p.88-89)

Partindo, primeiramente, para a questão legislativa apontada – desvinculação dos recursos decorrentes das contribuições – Godoi observa a variedade de instrumentos de que o Estado se utilizou. Para a presente exposição, porém, podemos exemplificar, de forma mais breve, a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, combinada com as EC's 10/96 e 17/97, todas citadas por Godoi, e que desvinculou 20 % das receitas dos impostos e contribuições da União a um “Fundo Social de Emergência”, mais tarde denominado “Fundo de Estabilização Fiscal” com o claro propósito de dar maior robustez à economia e aplicação em áreas como o custeio previdenciário. Conseguir-se-ia, com isso, o almejado acréscimo de receitas, conjugado com a maior maleabilidade na sua aplicação.

Essa desvinculação restou consagrada por várias outras medidas posteriores, que, juntamente com algumas outras nuances, extinguiu a existência de um Fundo específico para as receitas desvinculadas e consagrou a DRU (desvinculação das receitas da União). As emendas constitucionais 27/00, 42/03 e, atualmente, a EC 56/07, – que, alterando o art. 76 da ADCT, estendeu o limite temporal até dezembro de 2011 – foram perpetuando a desvinculação deste mesmo percentual (20%) decorrente das contribuições.

Em conjunto com a argumentação anterior, o autor prossegue afirmando que, administrativamente, o Poder Executivo passou a realizar o chamado “contingenciamento preventivo”. De fato, há, na Lei de Responsabilidade Fiscal, a possibilidade de se realizar o “contingenciamento orçamentário” – limitação de empenho e movimentação financeira – acaso seja verificada a possibilidade de não se cumprir as metas fiscais estabelecidas.

Ocorre que, visando manter os recursos advindos das contribuições para contabilizar um superávit primário, o governo tem, preventivamente, estabelecendo tais contingenciamentos. Assim, apesar de ocorrer a exação fiscal e, conseqüentemente, restar à disposição da União aquele numerário correspondente, o governo federal vem deixando, indefinidamente, de empenhar as despesas orçamentárias que corresponderiam aos gastos relacionados com a finalidade prevista na lei instituidora da contribuição. Para melhor explicar a questão, Godoi afirma que

O caso do FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações) é o mais dramático. A maior fonte de recursos do FUST é

a cide arrecadada mensalmente (1%) sobre os serviços de telecomunicações, conforme determina o art.6.º, IV da Lei 9.998/00. Segundo dados da própria Anatel, até dezembro de 2005 o valor arrecadado e transferido ao FUST foi de R\$ 3,98 bi. Contudo, até o presente momento nenhum centavo foi efetivamente gasto em programas de universalização do serviço de telecomunicações, tais como "complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo", "implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde", "implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde" (vide art.5.º da Lei 9.998/00). (GODOI, 2007, p.98)

Ademais, argumenta o autor que, no que se refere, exemplificativamente, à cide-combustíveis, o Tribunal de Contas da União verificou a má utilização do dinheiro arrecadado ao fisco, ou seja, sua aplicação em finalidades distintas daquela prevista na lei de instituição da contribuição. Constatou-se, na oportunidade, a utilização do dinheiro correspondente para, desde o pagamento de proventos de servidores inativos, como, até mesmo, o custeio dos encargos da dívida pública<sup>159</sup>!

Consoante a tudo isso, Godoi argumenta, ainda, a flexibilização do regime de criação das contribuições que foi respaldada pelo STF, o que, conjugado com os dados acima, culminou na posição de destaque que as contribuições adquiriram na composição do erário federal.

Ele aponta, inicialmente, a possibilidade de a União criar contribuições sobre quaisquer hipóteses, ainda que previstos como fatos geradores de impostos da União, Estados ou Municípios (RE 228.321; RE 242.431).

Não fosse bastante, sejam as leis complementares (em hipóteses não previstas na CF/88), sejam as leis ordinárias (em situações já previstas no texto constitucional) que instituem as contribuições, ao determinarem a finalidade na qual serão direcionados os recursos advindos de sua exação, não têm respeitado a relação de pertinência que, segundo a doutrina, deveria encampar as contribuições. Expliquemos melhor.

Originalmente, pensava-se que ao ser criada uma contribuição, a lei deveria prever a vinculação do dinheiro arrecadado a alguma atividade relacionada com o

---

<sup>159</sup> “o TCU apurou que, nos quase quatro anos de instituição do tributo, houve mau uso dos recursos, que atinge boa parte do dinheiro recolhido. Foram constatados desvio de finalidade, como o pagamento de despesas alheias, entre as quais proventos de servidores inativos e encargos da dívida externa; cobertura de apoio administrativo do Ministério dos Transportes, onde se inclui a concessão de benefícios assistenciais a servidores; falta de aplicação de montante expressivo dos recursos arrecadados; aproveitamento das disponibilidades financeiras, decorrentes da contenção das despesas próprias, para formação de superávit primário; e permutação de antigas dotações orçamentárias financiadas por impostos pelas provisões da Cide-Combustíveis” (TRIBUNAL DE CONTAS, apud GODOI, 2007, p.101)

próprio fato gerador. Assim, em uma contribuição cujo fato gerador fosse a venda de combustíveis para veículos automotores, o legislador poderia/deveria atrelar a aplicação de sua receita em investimentos em tecnologias automotivas, por exemplo.

Ocorre, porém, que as leis instituidoras das contribuições têm previsto a aplicação das receitas em finalidades que em nada se relacionam com o fato gerador. E tais situações têm conseguido respaldo jurisprudencial.

Com efeito, no acórdão do RE 396.266 (Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 27.02.2004), o Pleno do STF considerou que a contribuição instituída pela Lei 8.154/90 sobre a folha de salários das empresas e destinada ao SEBRAE era uma contribuição de intervenção no domínio econômico, mas o Relator não adotou ou aplicou um conceito específico de *intervenção no domínio econômico* para concluir que a contribuição do SEBRAE era uma cide e não uma contribuição de interesse de categorias econômicas ou profissionais. Aparentemente o que levou o Ministro Velloso a essa decisão foi o conteúdo do art.9.º da Lei 8.029/90, que dispõe que compete ao SEBRAE “planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica”. Após citar esse dispositivo, o Relator afirmou que “a contribuição instituída para a realização desse desiderato está conforme aos princípios gerais da atividade econômica consagrados na Constituição” (fl.1.433). O Relator parece ter concordado com a fundamentação do acórdão recorrido do TRF da 4.ª Região, que aduziu que o SEBRAE se insere no contexto normativo do art.179 da Constituição, que determina tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, dispositivo este que se encontra inserido no Título da Ordem Econômica e Financeira do texto constitucional. Daí adviria seu caráter de contribuição *interventiva* e não *corporativa*.

Quanto ao argumento de que o recorrente não era nem micro nem pequena empresa, e portanto não poderia ser chamado a recolher a contribuição destinada ao “Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas”, o voto do Relator afirmou (fl.1.433) que “a contribuição tem como sujeito passivo empresa comercial ou industrial, partícipes, pois, das atividades econômicas que a Constituição disciplina (C.F., art. 170 e seguintes)” apoiando o raciocínio do TRF da 4.ª Região segundo o qual “caracterizadas fundamentalmente pela finalidade a que se prestam, as contribuições de intervenção na atividade econômica, conforme já consagrado pela jurisprudência, não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados” (fl.1.434).

Por estes motivos, é que o autor caracteriza nosso Estado Fiscal, não mais como um “Estado de impostos”, mas, sim, um “Estado de contribuições” (GODOI, 2007, p. 109).

Vejamos agora algumas considerações acerca do tema.

#### **4 – A correção da doutrina trabalhada no que se refere à impossibilidade de se “desjuridicizar” o Direito.**

Conforme percebido no tópico anterior, nosso autor/interlocutor constatou o exponencial aumento que as contribuições apresentaram em nosso ordenamento jurídico-tributário. Para tanto, verificou-se que as razões que impulsionaram esta “flexibilização”, com respaldo jurisprudencial, foram, em realidade, dados econômicos, em especial, dados de economia pública.

Com efeito, não se pode ignorar que os tributos têm, desde o advento do liberalismo, o papel primordial de sustentar os dispêndios estatais. Assim sendo, elementos ligados a déficits financeiros públicos são, inevitavelmente, considerados pelo legislador e julgador tributários.

De todo modo, a crítica direcionada por Godoi não perde sua razão de ser.

Recebendo as influências do racionalismo kantiano, e da neutralidade científica cartesiana que marcaram o pensamento positivista, Hans Kelsen, pensador que, talvez, mais tenha influenciado nossos doutrinadores, acreditava que toda ciência deveria ser construída e estudada preservando a pureza de sua área de conhecimento – daí a denominação de sua obra “Teoria pura do direito” (1998). Dessa forma, o Direito não apenas poderia, mas sim deveria se ater ao seu objeto, deixando questões subjetivas, fáticas ou sociais para as ciências próprias tais quais Sociologia, Política ou Economia. Noutros termos, não deveria a ciência jurídica se deixar “contaminar” pelas ciências econômicas.

Há muito se sabe que essas pretensões de autonomias científicas são, em realidade, uma utopia que os teóricos insistiam em enxergar. Assim sendo, tanto o legislador quanto o STF, ao analisarem a validade e características das contribuições, não poderiam (e nem conseguiriam!) fazê-lo desconsiderando por completo questões econômicas tais quais as apontadas por Godoi!

Isso porque, conforme leciona Luhman (1990), o sistema jurídico se mostra inevitavelmente aberto cognitivamente aos demais sistemas existentes na sociedade. Considerando que nenhum sistema consegue se firmar isolado de seu ambiente, o Direito é “irritado” pela esfera econômica (bem como pela política, social, etc.), recebendo desta as informações, questionamentos e pretensões de soluções aos problemas econômicos que se ligam ao mundo jurídico.

Não obstante, percebemos, pelos debates iniciados por Godoi, que a operacionalização das contribuições, e, principalmente, as decisões que a corroboraram, não são marcadas por receber as inevitáveis “influências” ou “irritações” da seara

econômica no Direito. Referidas tomadas de decisão apresentam, em realidade, o risco de terem sido embasadas, unicamente e exclusivamente, em critérios de finanças públicas. Este é o perigo que ronda o Direito Tributário e que se percebe na leitura da obra de Godoi.

Assim, ainda que se perceba de forma clara um diálogo entre os sistemas presentes na sociedade em razão da abertura cognitiva antedita, tais sistemas devem, necessariamente, manter uma clausura, um fechamento operacional necessário para sua própria caracterização. Isso implica dizer que o Direito, apesar de receber influências externas, detém uma auto-referenciação quando da identificação de seus problemas bem como da estruturação de seu funcionamento. Assim, o próprio sistema do Direito é que determina o que é lícito ou ilícito, em uma postura auto-reprodutiva e conservando o código binário e deontológico próprio que auxilia na delimitação de sua identidade<sup>160</sup>.

A partir do momento em que algum sistema perde sua *autopoiese*, sua auto-organização, ele se desnatura, tornando-se então submisso às dominações externas (no caso, pela economia) que, a partir de então, passam a comandar o próprio funcionamento daquele. Uma eventual intromissão excessiva dentro da esfera interna do sistema o corrompe, restando, assim, desestruturado e sem a condução de suas operações pelo seu próprio código.

Nesse sentido, percebe-se, neste padrão de julgamentos que foram esposados, o risco de “desjuridicizar” o Direito, ou seja, faze-lo perder, como fonte primeira e determinante de estruturação e validade, argumentos jurídicos, deixando-o, portanto, colonizado por outras ciências – no caso, a econômica.

Entretanto, mesmo diante de todas essas questões, será que poderíamos afirmar, pereptoriamente que as contribuições, de fato, perderam suas nuances caracterizadoras?

## **5 – Uma análise crítica (ou complementar) acerca do tema: a persistência da identidade constitucional das contribuições e da sua distinção em relação aos impostos.**

---

<sup>160</sup> Bem da verdade, Luhman, conforme leciona Chamon Junior, compreende que um sistema apenas adquire identidade quando é capaz de se distinguir dos demais: “E enquanto sistemas auto-referenciais esta característica ‘referencial’ deve ser entendida em termos de ‘descrição’, i.e., como uma descrição capaz de ser levada adiante em um dado contexto frente a outras possibilidades. É desta forma que o sistema constrói a si mesmo: se distinguindo dos demais, enfim, descrevendo a si mesmo como algo diferenciado do ambiente” (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 83).

Conforme percebido ao longo da exposição, o texto de Godoi vem questionar a perda de identidade constitucional das contribuições. A *praxis* fiscal teria, em sua visão, desconstruído as nuances caracterizadoras dessa espécie tributária.

Com efeito, a atuação pragmática pode, sim, alterar certas características dos institutos jurídicos. Seria um retrocesso acreditarmos que a construção do Direito se encerraria pontualmente no momento de teorização do mesmo. E, de fato, a verificação da realidade das contribuições nos indica alguma alteração quando comparada com a visão que a doutrina lhe atribuía anteriormente. O que nos cumpre questionar é se tais mudanças conseguem, efetivamente, fazer desaparecer a identidade constitucional das contribuições, ou, meramente, melhor delinea-las.

Uma primeira questão que se mostra imprescindível é esclarecer que, momento algum, Godoi se manifesta, expressamente, pela confusão entre impostos e contribuições em razão deste suposto “desfacelamento”.

Não obstante, em debates com outros tributaristas acerca do tema, em especial sobre o texto que nos serve de parâmetro, percebemos a prevalência na formação deste entendimento como conclusão conseqüente das idéias de Godoi. Com efeito, acaso pensássemos que a questão da destinação das contribuições perdeu completamente o sentido, podemos sim incorrer no erro de imaginarmos que esses tributos, agora, se confundiriam com os impostos. Afinal, esta é a razão de sua diferenciação!

Este é o perigo que tentamos evitar. Mesmo porque, há uma identidade constitucional que prevalece nas contribuições e que lhes distingue, claramente, dos impostos. E aqui não estamos a falar de questões secundárias (como, por exemplo, o fato de que, em regra, as contribuições são de competência exclusiva da União<sup>161</sup>, ao contrário dos impostos), mas sim temas centrais que apresentamos nas páginas anteriores.

Algumas questões fáticas apontadas por Godoi e que impulsionaram a inflação de contribuições no ordenamento brasileiro são, com efeito, inquestionáveis. Assim, observar que o Brasil vivenciou um arrocho econômico que lhe demandou novas fontes de recursos, ou mesmo o fato de que as contribuições são, em regra, de competência exclusiva da União, além de não participarem da repartição de receitas são afirmações irreparáveis.

---

<sup>161</sup> A Constituição Federal nos apresenta duas exceções a esta regra: a possibilidade de Estados, Distrito Federal e Municípios criarem contribuições para seu regime próprio de previdência (art. 149, § 1º); e a possibilidade de Municípios e o Distrito Federal instituírem contribuição para o custeio de iluminação pública (art. 149-A).

Entretanto, estes não são os efetivos motivos para se argumentar uma suposta perda de identidade das contribuições, mesmo porque são disposições que emanam da própria Constituição Federal. Nem mesmo o posicionamento do STF no sentido de que, salvo hipóteses não previstas no texto constitucional, lei ordinária é instrumento válido para a instituição desses tributos pode ser apontado como razão para sua descaracterização. Tanto o é que o próprio autor reputa correto o entendimento consolidado na Corte Constitucional.

Assim, acaso observemos bem, podemos resumir as razões apontadas por Godoi como responsáveis pelo desfacelamento das contribuições em quatro tópicos: o contingenciamento de recursos realizado pelo Executivo; a utilização dos recursos, por parte dos administradores, em áreas distintas daquelas previstas em lei; a possibilidade de previsão de finalidades/destinações dos recursos arrecadados que não têm relação direta com o fato gerador; e a desvinculação de 20% do total do dinheiro arrecadado em razão do art. 76 da ADCT.

No que se refere ao primeiro ponto, não percebemos qualquer problema no fato de o Poder Executivo, ao realizar o “contingenciamento preventivo”, deixar de gastar os valores arrecadados a título de contribuição.

Com efeito, a arrecadação desta espécie tributária se justifica, justamente, pelo fato de custear determinado serviço, investimento, pesquisa, etc. Isso posto, realmente, mandaria a lógica que, assim que o Estado se visse em poder destes valores, fossem realizados os gastos necessários e que fundamentaram a exação fiscal.

Ocorre, porém, que neste caso, não há que se falar em qualquer obrigatoriedade de se realizar os gastos dos valores arrecadados. É importante lembrar que a atividade gerencial da coisa pública é uma prerrogativa do Poder Executivo em decorrência direta do princípio da separação dos poderes. A decisão de quando e como efetivar determinados investimentos – desde que observados os requisitos legais e constitucionais, obviamente, – reside, unicamente em sua esfera de decisão, não cabendo, nem ao legislador, nem ao julgador interferir nesta tarefa.

Por este motivo mesmo é que, ainda que determinado gasto esteja previsto em uma lei orçamentária, e haja a reserva financeira para sua realização, não há que se falar em qualquer obrigatoriedade ou vinculação do governante. O Legislativo autoriza o gasto, porém, não o determina. Afinal, “a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento,

aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto” (OLIVEIRA, 2006, p.243).

E o ordenamento jurídico encampa essa idéia. Tanto o é que a lei de responsabilidade fiscal (LC 101/00) determina, em seu art. 8, parágrafo único que “os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.” (grifos nossos)

Neste tocante, não vislumbramos uma alteração na identidade constitucional das contribuições, mesmo porque este entendimento acerca da tarefa administrativa-orçamentária existe mesmo antes da “chegada” daqueles tributos.

Trata-se de posicionamento que, conforme lembra Godoi, foi adotado – em nossa visão, acertadamente – pelo Supremo Tribunal Federal, quando se decidiu que, ainda que não haja o efetivo gasto do respectivo valor no ano subsequente, o mesmo restará “reservado” para essas finalidades, ainda que para um posterior atendimento (RE 158208 - DJ 24/08/2001).

O que, com efeito, não pode ser tolerado, é o fato de certos administradores efetuarem gastos de forma contrária às finalidades previstas na lei da respectiva contribuição. Trata-se, porém, de hipótese por demais distinta: em uma situação, há verba necessária para se realizar determinado investimento e o governo deixa de fazê-lo por questões de conveniência política ou econômica; na segunda, o Estado se utiliza de determinada receita vinculada a algum objetivo, e em desarmonia com o ordenamento, a utiliza para outros gastos.

Ocorre, porém, que nesse caso, não se trata, mais uma vez, de perda de identidade das contribuições, mas sim, distorção da atividade tributária cuja responsabilidade pode ser perquirida em outras searas, podendo, mesmo culminar em condenação por má gestão de recursos (ÁVILA, 2006, p. 268). Nesse sentido, o art. 315 do Código Penal, onde se lê: “dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

Ultrapassadas essas duas questões, cumpre lembrar a recorrente prática de nossos legisladores de, ao criarem contribuições, estabelecerem finalidades que nada se relacionam com o fato gerador.

Ora, mais uma vez, não há que se falar em qualquer perda de delineamento constitucional das contribuições. É importante lembrar que o caracter distintivo das contribuições – e que a diferencia, especialmente, dos impostos – é o fato de que suas

receitas já nascem com finalidade vinculada. Nesses casos, ainda que vejamos uma vinculação em custeio de atividade distinta do fato gerador, permanece impossibilidade de o Estado se utilizar daquele numerário para cumprir suas obrigações genéricas, sob pena de incorrer na má verbação de recursos públicos conforme abordamos acima.

Se por um lado seja possível argumentar que, valorativamente, é mais interessante que os recursos sejam direcionados à atividade afim a que gerou sua exação, trata-se de questão de ordem política, a que o Direito não pode se adentrar de forma determinante.

A obrigatoriedade que marca as contribuições, e que a *praxis* não demonstra ter abolido, é a necessidade de previsão vinculativa, e que, de fato, tem ocorrido. Daí pensarmos, com a devida vênia, que não se pode afirmar, em razão disso, uma perda da caracterização constitucional das contribuições.

Por derradeiro, devemos enfrentar o fato de que, o art. 76 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (!) vem, permanentemente, sido prorrogado – atualmente, pela EC 56/2007 – para determinar que:

É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº [56](#), de 2007)

Com efeito, esta é questão que, de fato, pode ser argumentada como sendo desvirtuadora dos escopos que dirigem as contribuições. Afinal, a “desvinculação da receitas da União” é afronta direta, justamente, à característica de afetação das verbas decorrentes da espécie tributária em análise.

Muito embora nos curvemos a isso, acreditamos não haver elementos suficientes para se afirmar a peremptória descaracterização das contribuições.

Em primeiro lugar, há de se considerar que a disposição acerca da desvinculação apresenta caráter de transitoriedade (atualmente, pela redação dada pela EC 56/07, o prazo final será, a princípio, dezembro de 2011).

É bem verdade que a experiência nos mostra que o constituinte reformador tem a tendência de, sempre que se aproxima o prazo final da validade da desvinculação, alterar o art. 76 da ADCT para prorrogar este prazo. Entretanto não podemos fechar os olhos para o fato de que, acaso permaneça inerte o Congresso Nacional, a desvinculação que ora observamos se encerrará com o advento de seu termo final.

De todo modo, ainda que ocorra mais uma prorrogação do termo “ad quem” da desvinculação das receitas da União (hipótese mais provável), trata-se de dispositivo que meramente excepciona uma regra geral das contribuições. Tanto o é que o percentual a que se destina a desvinculação é relativamente pequeno.

Também os impostos, apesar de se caracterizarem pela não afetação, apresentam exceções constitucionais que vinculam suas receitas. Exemplificativamente, podemos mencionar a afetação dos impostos no caso de repartições tributárias<sup>162</sup>, ações e serviços de saúde<sup>163</sup>, manutenção e desenvolvimento do ensino, operação de crédito por antecipação de receita tributária<sup>164</sup>. Mas, mesmo diante disso, não se cogita uma descaracterização constitucional dos impostos!

Ora, mas se assim o é em relação aos impostos, da mesma forma, uma excepcionalidade à regra das contribuições não apresenta, em nosso entendimento, força suficiente para a perda de identidade dessa figura tributária.

Por derradeiro, um último argumento que se poderia levantar diante de toda essa questão, é que no próprio cenário político percebemos que a Administração, por vezes acaba por considerar a criação e extinção de contribuições se utilizando, por vezes, de argumentos de extrafiscalidade, ignorando, assim, a questão do direcionamento de cargas arrecadatórias.

Entretanto, não se pode confundir a caracterização dos institutos jurídicos com a instrumentalização equivocada por parte de alguns. Assim, a questão da destinação das verbas ligadas às contribuições coloca essa espécie tributária em patamar distinto dos impostos. A utilização espúria dos mesmos deve ser investigada e perquirida pelas instancias responsáveis, utilizando-se, inclusive, dos dispositivos mencionados acima,

---

<sup>162</sup> Artigos 158 e 159 da CF/88, expressamente ressalvadas na redação do art. 167, IV do texto constitucional, responsável pela não-afetação dos impostos.

<sup>163</sup> Art. 198 da CF/88:

“Art. 198. (...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

<sup>164</sup> Art. 165 §8º da CF/88:

“Art. 165 (...)

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

mas não considerar descaracterizado o instituto tributário em razão destas práticas. Mais uma vez se ressalta: o político não pode prevalecer sobre o jurídico e o seu código binário de validade e invalidade.

## 6 – Conclusão

Acreditamos que nossas idéias não se contrapõem com aquelas esboçadas por Godoi. Sua análise constatativa das razões pelas quais o governo e a jurisprudência inflaram o número de contribuições, ou mesmo “flexibilizaram” alguns de seus caracteres é, de fato, irretocável. Daí pensarmos que essas linhas não são críticas, mas sim dialogam ou complementam um estudo já realizado pelo autor.

Com acerto, a questão de o cenário político “colonizar” o mundo jurídico é, de fato, preocupante. O Supremo Tribunal Federal, apesar de não poder se manter isolado dos demais elementos sociais, políticos e econômicos que circundam seus julgamentos, não pode, em uma posição extremada, tomar dados econômicos como se fossem determinantes.

Entretanto, não acreditamos haver, em nossa *praxis* jurídica, uma atuação pragmática por parte do Estado, ou mesmo dos tribunais que venha a redundar em uma perda de identidade constitucional das contribuições. O delinamento das contribuições, ou seja a identificação de elementos que as distingam das demais espécies tributárias, em nossa concepção, permanece vivo. Com isso, o receio que alguns tributaristas apresentaram diante do texto de Godoi – no sentido de que as contribuições são utilizadas como se impostos fossem, perdendo qualquer sentido a diferenciação entre impostos e contribuições – deixa de ter fundamento.

## 7 – Bibliografia

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Manual de direito tributário**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2007.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GODOI, Marciano Seabra de (coord.). **Sistema Tributário Nacional na jurisprudência do STF.** São Paulo: Dialética, 2002.

GODOI, Marciano Seabra de. **Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF.** São Paulo: Dialética, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. Contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico: a paulatina desconstrução de sua identidade constitucional. **Revista de Direito Tributário da APET - Associação Paulista de Estudos Tributários.** n. 15. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 81-110.

GODOI, Marciano Seabra de; ROLIM, João Dácio. Imposto sobre a renda, inflação e correção monetária do balanço: os expurgos de 1989 e de 1990 e a jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário.** n. 130, jul. 2006. São Paulo: Dialética, 2006, p. 56-71.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Barcelona: Paidós; ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

OLIVEIRA, Felipe Faria. **Hermenêutica tributária, tipicidade e direitos fundamentais: uma análise paradigmática do sistema tributário rumo ao Estado Democrático de Direito.** 2008. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-graduação de Direito, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito tributário.** Belo horizonte: Del Rey, 2004.

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/01/28/materia.2009-01-28.2301297812/view>. Consulta em 20-06-2009.

[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa09/080827\\_apresentacao\\_ministro.pps#256,1](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa09/080827_apresentacao_ministro.pps#256,1), Projeto de Lei Orçamentária 2009. Consulta em 21-06-2009.

## APLICAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEDERE E ALEI SECA:

### A recusa ao bafômetro e a manifestação do STJ (HC 166.377)

*Késsia Mendes Dias\**

**RESUMO:** O *nemo tenetur se detegere* ou, como costuma ser chamado, princípio da não autoincriminação está consagrado em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental do acusado de não produzir provas contra si mesmo.

Esse princípio tem sido alvo de inúmeras discussões principalmente em relação às dimensões de sua aplicabilidade. Isso, tanto no cenário jurisprudencial quanto doutrinário. A Lei 11.705 de 19 de junho de 2008, a famosa “Lei Seca”, abriu um novo rol de discussões sobre essa matéria. A recusa ao teste do bafômetro seria um direito do cidadão? É possível aplicar o *nemo tenetur se detegere* nesse caso?

Nesse trabalho analisaremos os posicionamentos doutrinários e a mais recente manifestação do STJ sobre o bafômetro e o *nemo tenetur se detegere* (HC 166.377).

**Palavras-chave:** *Nemo tenetur se detegere*. Lei Seca. Bafômetro. Doutrina. Jurisprudência. STJ.

**ABSTRACT?** The *nemo tenetur se detegere* or, as is usually called the principle of self-incrimination is not enshrined in our legal system, as a fundamental right of the accused not to give evidence against himself.

This principle has been the subject of considerable discussion particularly in relation to the size of its applicability. Consequently, both doctrinal and jurisprudential acenario. Law 11.705 of 19 June 2008, the famous “Law Dry”, opened a new range of issues on this matter. The refusal of breathalyzer test would be a civil right? You can apply if *nemo tenetur se detegere* this case?

In this paper we analyze the doctrinal positions and the latest manifestation of the STJ on the breathalyzer and was *nemo tenetur se detegere* (HC 166.377).

**Keywords:** *Nemo tenetur se detegere*. Prohibition. Bresthalyzer. Doctrine. Jurisprudence. STJ.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e sua aplicação em relação à recusa do acusado em realizar o teste do bafômetro. O marco principal de questionamento é o direito, (ou não), de recusar-se a soprar o bafômetro tendo como base argumentativa a premissa constitucional de que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Utilizando a metodologia de pesquisa teórico-bibliográfica e documental procura-se traçar um perfil comparativo doutrinário e jurisprudencial a cerca da matéria

para então se chegar à conclusão da mais recente manifestação do STJ, o HC 166.377. Mas para isso é necessário identificar, *a priori*, como o *nemo tenetur se detegere* aparece no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. O NEMO TENETUR SE DETEGERE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Ao longo da história do processo penal, verifica-se que a busca da verdade real norteada por ideais inquisitoriais, colocou o acusado como um mero objeto de provas. Sem direitos e sem garantias processuais. Após a queda do absolutismo (PACELLI, 2010), no século XVII consolida-se uma das maiores conquistas da processualização da jurisdição penal: o *nemo tenetur se detegere*. O acusado deixa de ser visto como um mero objeto de prova e passa a ser sujeito de direitos e garantias.

Segundo Pacelli e Fischer:

*O Nemo tenetur se detegere*, que pode ser traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir” é um aforismo renascido (data do século XVII, no direito inglês) no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX. (OLIVEIRA, FISCHER, 2010, p. 371)

No Brasil, duas de suas grandes manifestações são o direito ao silêncio e o direito a não autoincriminação, que apesar de não haver previsão expressa em lei pode ser extraído e presumido do sistema de garantias constitucionais (PACELLI, 2010).

O direito ao silêncio encontra-se expresso na Constituição da República, art. 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” (BRASIL, 2009, p. 26)

E no art. 8º, §2º, g, do Pacto da São José da Costa Rica, Decreto nº 678/92:

Artigo 8º - Garantias Judiciais:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, e (...) (BRASIL, 2010)

O Código de Processo Penal brasileiro (1941) reconheceu o princípio quando alterou parte do texto original do art. 186. Com o advento da lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003 consagra-se o direito do acusado de permanecer calado e de não

responder a nenhuma pergunta durante o interrogatório, e ainda, que esse silêncio não pode ser interpretado como prejuízo para a defesa (considera-se revogado tacitamente a última parte do art. 198 do CPP) e nem pode ser considerado confissão. Fica claro, o que já era garantido pela Constituição, que o juiz não pode embasar sua sentença condenatória no silêncio do acusado.

1. O princípio da não autoacusação (*nemo tenetur se detegere*), vinculado ao princípio da ampla defesa, possui status de direito fundamental e está previsto nos incisos LVII e LXIII do art. 5º da CF, bem como no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

2. Ao acusado está garantido o direito ao silêncio, bem como o de não produzir provas contra si, incumbindo, portanto, ao Estado a tarefa de comprovar a autoria e materialidade do delito, observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

(HC 130.590/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 17/05/2010)

### 3. A POLÊMICA DA LEI 11.795 DE 19 DE JUNHO DE 2008 – “LEI SECA”

A Lei 11.705/2008 alterou alguns artigos do Código de Trânsito brasileiro. Algumas dessas alterações vêm gerando discussões e polêmicas em todo o cenário jurídico. Existe, inclusive, uma ADI impetrada no STF que discute a constitucionalidade da referida lei. (ADI 4103)

A polêmica em análise nesse trabalho refere-se à alteração do art. 306 do CTB que estabeleceu o seguinte:

Conduzir veículo automotor na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

...

Parágrafo Único: O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, 2010)

Em virtude da exigência do parágrafo único, foi editado o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, que preceituou em seu art. 2º:

Art. 2º. Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões. (BRASIL, 2010)

Diante desse Decreto, a repercussão nacional foi imediata. Aparentemente o problema da violência no Trânsito consequência de embriaguez ao volante estaria resolvido. Porém, o dispositivo legal gerou muitas dúvidas e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais foram inevitáveis.

A polêmica gira em torno, principalmente, de duas questões: A necessidade de prova técnica e a disponibilidade do acusado em realizá-la.

A lei agora exige prova técnica para a comprovação do delito. Provavelmente a intenção legislativa fora de tentar evitar a impunidade. Tornando mais eficiente e seguro o cumprimento da lei, evitando inclusive que inocentes fossem processados injustamente com base em provas subjetivas. Mas na prática aconteceu exatamente o contrário. Antes da alteração da lei, para a configuração do tipo penal, bastava que a influência do álcool ou de substância análoga impedisse que o condutor do veículo dirigisse com segurança, expondo a perigo potencial a incolumidade física de outrem. Com a alteração, a dosagem etílica passou a ser considerada elementar do tipo penal, já que agora o dispositivo legal exige concentração específica de álcool no sangue (igual ou superior a seis decigramas).

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel:

Agora, pela nova redação típica do art. 306 do CTB, a *quantidade mínima de álcool no sangue* - e não a *mera influência pelo álcool* - é que constitui a *elementar do tipo penal*, de tal sorte que se não comprovada essa quantidade mínima, não estará demonstrada a tipicidade da conduta. E essa quantidade mínima de álcool no sangue só tem como ser verificada, de forma segura e adequada, por meio dos mencionados exames de dosagem alcoólica no sangue ou de dosagem alcoólica no ar pulmonar[1]. Jamais por exame clínico (visual), que pode indicar um estado de embriaguez do condutor, mas nunca a *quantidade mínima de álcool* que ele traz no sangue. (GOMES; MACIEL, 2010)

Se por um lado o legislador colocou critérios objetivos para a comprovação da embriaguez, deixando mais rigoroso e seguro o meio de prova, por outro acabou beneficiando quem se recusa a produzir tal prova.

A alegação do princípio da não autoincriminação, manifestação do *Nemo tenetur se detegere*, como recusa ao teste do bafômetro tem sido uma constante nos Tribunais brasileiros.

Para alguns doutrinadores, como Eugênio Pacelli de Oliveira (2010), a recusa ao bafômetro é um comportamento aceitável ou justificável (ao nível da culpabilidade) daquele que se vê ameaçado por uma pena criminal, mas não pode ser encarado como um direito subjetivo. O princípio da não autoincriminação deve tutelar a integridade

física e mental do acusado, porém, não pode impedir certas intervenções, quando não estão em risco essas garantias.

Pacelli explica que as legislações ocidentais de um modo geral, “*prevêem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.*” (PACELLI, 2010, p. 405)

Ainda segundo o doutrinador (2010), a possibilidade de aplicação de certas intervenções corporais, como o bafômetro, dependeria, primeiramente, de previsão expressa em lei (que já existe – art. 277 do Código de Trânsito brasileiro alterado pela Lei 11.705/08). E da real necessidade do exame técnico, quer pela complexidade do delito, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas.

Enfim, para Pacelli, a recusa ao bafômetro é um comportamento justificável, porém não há que se falar em direito à recusa. Não se pode impedir certas intervenções quando houver previsão legislativa e se não estiverem em risco a integridade física e mental do agente. O *Nemo tenetur se detegere* deve ser aplicado no limite das garantias mencionadas (integridade física e mental). A solução apontada para a problemática da recusa ao bafômetro seria:

(...) a valoração desta recusa, por ocasião da formação do convencimento do juiz. Trata-se, mesmo, da conhecida presunção acerca da existência de um fato ainda que não provado, mas estabelecida por dedução, a partir de outro fato, não justificado racionalmente (a recusa a um meio de prova legal que, comprovadamente, não ponha em risco a pessoa do acusado, em todas as dimensões de sua dignidade, já aqui especificadas). (PACELLI, 2010, p. 412)

Já para outros doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci (2009), os fins, por mais positivos que possam parecer, não podem justificar os meios, quando se tratam de direitos e garantias fundamentais, portanto, o direito a não autoincriminação não pode ser sobreposto pelo poder-dever punitivo do Estado. A recusa ao bafômetro é um direito do acusado.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2009), em matéria de embriaguez ao volante, ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, não é obrigado a soprar o bafômetro ou a realizar exame de sangue. “*Nessas duas situações, por se tratar de um direito, não há que se falar em qualquer tipo de sanção (penal ou administrativa). Ninguém pode ser punido por exercer um direito.*” (GOMES, 2009)

Aury Lopes Jr (2009) denomina a nova legislação de trânsito como política de “tolerância zero”. Para ele a recusa ao bafômetro não pode gerar conseqüências criminais ao acusado, não sendo possível autorizar presunção, ou mesmo punição.

(...) através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. (LOPES JR, 2009, p. 624)

Ainda na linha de pensamento do doutrinador (2009), o direito de defesa, principalmente a defesa negativa, não pode ser limitado. A carga da prova – existência de elementos positivos e ausência de elementos negativos – incumbe a quem acusa. O autor compara a intervenção corporal sem consentimento do acusado com a permissão de utilização da tortura para obtenção de uma confissão (“*um inequívoco retrocesso*”). (LOPES JR, 2009, p. 616/617)

Aury esclarece que mesmo que se concorde que direitos fundamentais não sejam absolutos, podendo ser limitados pelo processo penal, para se utilizar o discurso da proporcionalidade na tentativa de legitimar alguma intervenção corporal por parte do Estado (dever-punir) seria necessário uma adequação legislativa (“*autorização constitucional para tanto ou lei ordinária que regulamente*”). (LOPES JR, 2009, p. 617) O Brasil possui uma enorme lacuna legislativa em relação a essa matéria, pode-se “*afirmar que não existe uma norma processual que obedeça os requisitos mínimos (sujeito/objeto/atos) necessários para disciplinar a matéria*”. (LOPES JR, 2009, p. 618)

Em síntese, Aury entende que o direito ao silêncio é conseqüência de uma garantia muito maior – *nemo tenetur se detegere* – que não permite que o acusado seja prejudicado juridicamente pelo seu silêncio ou por não colaborar na produção de alguma prova acusatória, ou seja, a recusa ao bafômetro não pode ser compreendida como uma presunção de culpa ou resultar em punição. “*O delito do art. 306 deverá ser apurado em devido processo penal, onde caberá ao acusador fazer prova indireta da embriaguez e o exercício do direito de silêncio em nada prejudicará o acusado.*” (LOPES JR, 2009)

#### **4. O POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A MATÉRIA**

Também no âmbito dos Tribunais, a alteração do art. 306 do Código de Trânsito brasileiro gerou muitas discussões.

O STJ inicialmente entendeu que a embriaguez poderia ser constatada por outros meios de prova além do bafômetro e do exame de sangue:

II - Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestando indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez. Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP.

III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado ante a recusa do paciente. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, seria demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ordem denegada.

(HC 150.445/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 19/04/2010)

Porém, recentemente definiu no HC 166.377 que com a alteração do art 306 do CTB, introduzida pela Lei 11.705/08, a dosagem etílica passou a integrar o tipo penal do delito. A redação anterior não exigia quantidade específica de álcool no sangue, bastava apenas que o motorista expusesse outras pessoas a dano potencial em razão da influência de bebida ou substância análoga. Então, a prova poderia ser produzida de maneira abstrata, ou seja, pela percepção visual ou não, da condução anormal e potencialmente perigosa do veículo. Era possível, portanto, produção de prova por exame pericial indireto ou supletivo, ou, ainda, prova testemunhal, sempre que não fosse possível a prova direta. Um simples exame clínico seria suficiente para comprovação da embriaguez.

(...) Entretanto, com a inserção da quantidade mínima exigível e com a exclusão da necessidade de exposição de dano potencial, delimitou o legislador o meio de prova admissível. Doravante, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que, por óbvio, não se pode presumir.

A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que, repito, exige seja comprovadamente superior a seis decigramas. (...)

A ausência, portanto, dessa comprovação por meio técnico, impossibilita precisar a dosagem de álcool e, em consequência, inviabiliza a necessária adequação típica o que se traduz na impossibilidade da persecução penal.

(HC 166377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010)

Ficou definida, ainda, no mesmo HC, a aplicação concreta da aplicação do princípio da não autoincriminação. O acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, portanto não é obrigada a realizar o teste do bafômetro:

(...) Com efeito, ao entendermos que o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica, poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal que veio à lume, justamente, com o objetivo de refrear esse tipo de prática criminosa.  
(HC 166377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010)

O Ministro OG. Fernandes registra em seu voto palavras do Ministro do STF Joaquim Barbosa, quando da apreciação do HC 100.472/DF:

*O tipo previsto no art. 306 do CTB requer, para sua realização, concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue. Parece-me evidente que a imputação delituosa há de ser feita somente quando comprovado teor alcoólico igual ou superior ao previsto em lei. Ora, não tendo sido realizado o teste de bafômetro, falta, obviamente, a certeza da satisfação desse requisito, necessário, repita-se, à configuração típica.*  
(HC 166377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010)

Ele encerra o voto dizendo que é lamentável a falha legislativa constante da alteração do art. 306, que acabou por beneficiar quem não se submete aos exames específicos, mas que a referida falha não pode ser corrigida pelo Judiciário, sob pena de infringir o devido processo legal.

(...) É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou em aparelho de ar alveolar pulmonar.

Entretanto, não se pode perder de vista – sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade – da sujeição do juiz à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.

(...)

Assim, entendo que, para provar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

(HC 166377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010)

Aparentemente o STJ pacificou entendimento no sentido de garantir a aplicação do princípio da não autoincriminação mesmo nos casos em que o dever-punir do Estado é invocado para a produção de provas. A recusa ao bafômetro é um direito do acusado.

## 5. CONCLUSÃO:

A Lei 11.705/2008 que surgiu com a pretensão de impor mais rigor aos dispositivos do CTB, acabou por prejudicar a produção de provas e, conseqüentemente, aumentou a impunidade.

A falha constante no texto da lei é um fato! Deve ser corrigida pelo poder competente, qual seja, o Legislativo. Ao Judiciário, cabe apenas julgar de acordo com as leis e os princípios norteadores do direito. A preservação dos direitos e garantias fundamentais, bases do Estado Democrático de Direito, é essencial para a manutenção de uma sociedade livre e para a busca da justiça. Concordamos que princípios não são absolutos, mas nesse caso a falha foi do legislador, um direito fundamental não pode ser sobreposto para garantir uma punibilidade mais severa e eficaz.

Compartilhamos do entendimento do Superior Tribunal, assim como somos favoráveis à corrente doutrinária que entende que o *nemo tenetur se detegere* e suas manifestações, entre elas o princípio da não autoincriminação e o direito ao silêncio, não podem ser ignorados em prol do dever-punir do Estado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República (1988). Constituição da República. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vademecum universitário de direito**. 8.ed. São Paulo: RIDEEL, 2009. p. 26.

BRASIL. Decreto nº678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília. 13 de outubro. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 130.590/PE. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27/04/2010, **Diário de Justiça** 17/05/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 150.445/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, **Diário de Justiça** 19/04/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 166377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, **Diário de Justiça** 01/07/2010.

GOMES, Luiz Flávio. Bafômetro: é obrigatório? Disponível em < [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090629124222512](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090629124222512) > Acesso em 13 de outubro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (parte 2). Disponível em < [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100112115948894](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100112115948894)> Acesso em 13 de outubro de 2010.

LOPEZ JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

## O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO DURANTE A DITADURA MILITAR E OS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

*Mauro Teixeira*<sup>165</sup>

**RESUMO:** Este artigo busca analisar, através dos vínculos políticos estabelecidos entre a ditadura militar brasileira (1964-1985) e certas elites sociais, sobretudo ligadas ao Poder Judiciário, as dificuldades colocadas para a construção da justiça de transição no Brasil, bem como as consequências da não concretização deste processo em termos de obstáculos à consolidação do Estado democrático de direito.

**Palavras-chave:** ditadura militar, justiça de transição, Poder Judiciário, julgamentos políticos.

**ABSTRACT:** This article explores, through the established political ties between the Brazilian military dictatorship (1964-1985) and certain social elites, particularly relating to the judiciary, the difficulty for the construction of transitional justice in Brazil, as well as the consequences of not implement this process in terms of obstacles to the consolidation of the democratic state of law.

**Key words:** military dictatorship, transitional justice, judiciary, political trials.

### 1 – Introdução

O golpe militar de 1964 inaugurou, no Brasil, um período de criminalização do dissenso político e consequente perseguição aos opositores do regime autoritário que se instalou naquela ocasião e durou até 1985. Ao longo daqueles anos, e sobretudo entre 1968 e 1978, todos aqueles que se dispusessem a resistir, pacificamente ou não, ao arbítrio, ficaram sob a ameaça de prisão, quase sempre acompanhada de tortura, podendo inclusive morrer e ter seu corpo "desaparecido".

O Estado brasileiro reconhece, hoje, sua responsabilidade pela morte de pelo menos 353 pessoas naquele período. 1803 presos denunciaram, perante o Superior Tribunal Militar (STM), terem sido torturados por agentes do regime, número que não inclui os que não apelaram àquela instância ou preferiram não denunciar aquela prática. Muitos foram os que tiveram que buscar refúgio em outros países. Pelo menos sete mil pessoas foram processadas por crimes políticos, e outros milhares foram impedidos de

---

<sup>165</sup>Mestrando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto.

exercer suas atividades nas Forças Armadas, na imprensa, no serviço público etc.

Politicamente desgastado, o regime militar promulgou, em 28 de agosto de 1979, a Lei nº 6.683, popularmente conhecida como "Lei da Anistia". Por ela, presos foram libertados e exilados puderam voltar ao país. Porém, ao mesmo tempo em que anistiava seus opositores, a ditadura também livrava de punições os seus próprios agentes, responsáveis pelos crimes de tortura, assassinato e ocultação de cadáveres. Assim, a anistia brasileira era, ao mesmo tempo, uma "autoanistia".

31 anos depois, em 29 de abril de 2010, os ministros do Supremo Tribunal Federal confirmava, pelo placar de 7 votos contra 2, a aplicabilidade da "Lei da Anistia" àqueles delitos acima elencados, praticados a mando do Estado<sup>166</sup>. A manifestação da Corte Constitucional foi provocada por um pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, que questionava a extensão do perdão legal àquelas violações, consideradas pela entidade como crimes comuns e imprescritíveis, não podendo, de acordo com esta abordagem, ser objeto de uma anistia conferida a crimes políticos.

O julgamento foi cercado de grande expectativa e intenso debate, demonstrando a permanência, no âmbito do processo político nacional, da questão da violência política cometida durante o último regime autoritário. Para além das discussões jurídicas mais técnicas, posicionavam-se, de um lado, aqueles que consideravam a extensão da anistia aos torturadores como "ética e juridicamente insustentável" (FELIPPE, 2010); de outro, os que chamavam a atenção para a "proporcionalidade" entre a ação dos agentes do Estado e a dos militantes que o combatiam<sup>167</sup>. Pesquisa levada a efeito pouco mais de um mês após o julgamento mostrava a divisão reinante no interior da sociedade acerca destes tema: 45% eram contra a punição, e 40%, favoráveis<sup>168</sup>.

Optando por não chancelar a interpretação da OAB, o STF subscreveu a legitimidade de uma "autoanistia", concedida pelo Estado a seus próprios agentes. Ao fazê-lo, a corte suprema, em nosso entendimento, fez lembrar uma vez mais a adesão de parcela significativa das elites (judiciárias, inclusive) brasileiras a "uma transição na qual uma pretensa amnésia – aliada a um confesso orgulho pelo passado autoritário – foi a tônica." (PEREIRA, 2010, p. 240).

Um tal tratamento do passado – acompanhado de seu corolário, a impunidade no presente – constitui um significativo obstáculo à superação definitiva da herança de

---

166 SELIGMAN; FERRAZ, 2010.

167 Ver FERRAZ JR., 2010.

168 Ver FRANCO, 2010.

violência e desrespeito aos direitos humanos que teima em acompanhar nossa trajetória histórica. Consagrando ao Estado o poder de proteger aqueles servidores que delinquem – até mesmo contra a humanidade – em seu nome, o Supremo, acreditamos, coloca mais uma pedra no caminho da construção de uma autêntica justiça de transição no Brasil.

Entendemos por justiça de transição "o processo através do qual países que estão saindo de regimes tirânicos para a vigência da democracia buscam corrigir os abusos do Estado no passado", assim como "remediar as injustiças das práticas repressivas do regime anterior" (BOHL, 2006, p. 1). Os mecanismos para a consecução destes objetivos podem ser vários, de natureza jurídica ou não; aqui, entretanto, optamos pela definição de um conjunto mínimo adotado por Flávia Piovesan: "a) o direito à verdade; b) o direito à justiça; c) o direito a reparações; d) reformas institucionais." (PIOVESAN, 2010, p. 100)

Como se sabe, no Brasil, apenas as reparações foram contempladas pelos governos da "Nova República" e, ainda assim, em um processo coalhado de lacunas e hesitações<sup>169</sup>. Ainda há sérios obstáculos colocados à criação de uma Comissão da Verdade, que esclareça a sociedade acerca das violações dos Direitos Humanos durante a ditadura<sup>170</sup>. A decisão do STF enfocada acima resume e simboliza a dificuldade de se operar o direito à justiça. Por fim, como demonstraremos mais à frente, o Estado brasileiro não consegue se livrar de boa parte da legalidade autoritária dos anos da ditadura.

É necessário salientar que os mecanismos de justiça transicional visam não apenas a compensar o sofrimento das vítimas da tirania, mas também a colaborar na construção de uma base sólida sobre a qual o Estado Democrático de Direito possa se erguer sem o risco de retrocessos autocráticos ou entulhos autoritários. Sem aqueles mecanismos, ou com eles incompletos, fica dificultada, talvez impossibilitada, a verdadeira transição democrática.

Embora este seja um processo necessariamente imperfeito e frequentemente lacunoso, podemos observar em diferentes países, nas últimas décadas, experiências de justiça transicional muito melhor sucedidas que a brasileira. É o caso, por exemplo, da Argentina, onde os responsáveis por ordenar violações de direitos humanos foram condenados (não sem dificuldades)<sup>171</sup>, ou da África do Sul, em que a anistia foi

---

169 Ver MEZAROBBA, 2010, pp. 110-1

170 Ver ALENCAR, 2011.

171 Ver FERRAZ, 2011.

condicionada ao reconhecimento dos crimes cometidos e ao enquadramento destes como delitos políticos.<sup>172</sup> Em ambos os casos, os regimes opressores, ainda que contassem com apoio de pequena parte da sociedade, não dispunham de legitimidade junto à maioria da população, o que viria a facilitar a busca de uma nova institucionalidade.

Poderia este último aspecto ser o diferencial que determina a dificuldade de instalação de uma autêntica justiça de transição no Brasil? Este artigo se propõe a analisar esta dificuldade em função do enraizamento político do regime autoritário brasileiro, bem como dos mecanismos de legitimação por ele adotados. A hipótese de trabalho é que "nossa" ditadura se distinguiria pela capacidade de conquistar o apoio de importantes (se não amplos) setores sociais, o que teria facilitado sua institucionalização e, conseqüentemente, dificultado sua superação pelo Estado de Direito. Neste processo, a colaboração das elites judiciárias, sobretudo juízes e promotores, teria sido central, tanto no que diz respeito à construção e aplicação de uma legalidade autoritária, como no momento de se bloquear o processo de justiça de transição.

Para verificar a pertinência desta hipótese, começaremos por demonstrar brevemente os mecanismos através dos quais a ditadura militar procurou (e conseguiu) se ligar politicamente a variados setores civis. A seguir, falaremos sobre a legalidade autoritária utilizada pelo regime, apontando para a participação de importantes juristas civis em sua elaboração. Passaremos, então, a analisar a aplicação desta legalidade aos acusados por crimes políticos, processo no qual o Judiciário se aproximou grandemente das instituições castrenses. Na última seção, enfocaremos a questão dos obstáculos colocados à concretização da justiça de transição, buscando conectá-los à exposição anterior.

## **2 – A ditadura militar e suas relações com a sociedade**

Costumamos usar a expressão "ditadura militar" para nomear o regime autoritário instalado no Brasil em 1964, e "golpe militar" para caracterizar o movimento que o levou ao poder. A nomenclatura se justifica: tratou-se de um Estado ditatorial diretamente controlado pelas Forças Armadas, sendo sua origem – a deposição de um governo constitucional – igualmente dirigida pelas instituições castrenses, sem as quais

---

172 Ver TELES, 2010, p. 310-2.

o movimento não teria qualquer futuro.

Entretanto, o uso destas expressões, se não está incorreto, também não nos deve levar a uma interpretação simplista dos acontecimentos. Já há algumas décadas, a historiografia tem demonstrado que a ruptura institucional de 1964 foi precedida de intensa e articulada campanha de combate ao governo de João Goulart, campanha esta que envolveu diferentes setores da sociedade civil<sup>173</sup>: empresários, proprietários rurais, hierarquia católica, associações de mulheres, minorias sindicais e estudantis e, evidentemente, militares. Carlos Fico mostrou, inclusive, que esta desestabilização civil se deu de uma maneira bem mais organizada e articulada do que a conspiração militar, que ocorreu de forma fragmentada e imprevista<sup>174</sup>.

Embora não se possam desprezar os fatores conjunturais, determinantes para que a ruptura se desse naquele momento (notadamente os movimentos de sargentos do Exército e de marinheiros, entendidos pela maioria da oficialidade como indisciplina e quebra da hierarquia), é necessário lembrar que a articulação política contra Goulart derivava, em parte, da maturação do que se convencionou chamar de "Doutrina da Segurança Nacional".

Originado nos EUA, no início da Guerra Fria, este pensamento preconizava um combate sem tréguas contra o comunismo, representado pela União Soviética, que teria agentes a seu soldo em inúmeros países, com o objetivo de desestabilizar as instituições e facilitar a ascensão mundial do bolchevismo. Assim, a Doutrina trabalhava intensamente com a noção de "inimigo interno", e o combate a este inimigo assumia, naquela formulação, preponderância sobre as instituições democráticas e os direitos individuais<sup>175</sup>. ,ainda que esta preponderância fosse temporária, destinada a "salvar" aqueles mesmos direitos e instituições.

Essas concepções, no Brasil, eram sistematizadas e transmitidas pela Escola Superior de Guerra (ESG). Embora formada e dirigida pelo Exército, a ESG buscava transmitir suas concepções a um arco de elites que fosse além das instituições castrenses, formando uma corpo de dirigentes que incluísse, ao mesmo tempo, militares e civis<sup>176</sup>. Assim, os pressupostos da Doutrina de Segurança Nacional foram divulgados entre empresários, juristas e intelectuais de várias especializações.

A isto se mesclava um embate interno que opunha um programa "nacional-

---

173 Ver DREIFUSS, 1981, *passim*.

174 Ver FICO, 2004, p. 42.

175 Ver BORGES, 2003, *passim*.

176 Ver COMBLIN, 1978, p. 155.

estatista" (baseado na construção de um crescimento autônomo tendo como peça central um Estado interventor), defendido por Jango, a outro "internacionalista-liberal"<sup>177</sup> (que propugnava a modernização econômica em associação com o capital internacional e guiada pela iniciativa privada), cuja bandeira era erguida por muitos dos que se opunham ao presidente. A disputa entre eles tinha lugar desde os anos 1930, e ocupava, além da classe política, importantes setores intelectuais<sup>178</sup>.

Porém, para além da conjuntura, da influência da Guerra Fria e da disputa entre projetos, a campanha de desestabilização civil mobilizava sentimentos bastante arraigados em boa parte da população brasileira, ligados em geral, ao cristianismo, ao anticomunismo e a uma difusa noção de "ordem", que viam ameaçada pela emergência de lideranças populares radicalizadas no movimento pelas Reformas de Base. Estes sentimentos levariam a formação de um "grande Medo" (AARÃO REIS FILHO, 2002, p. 27), que, por sua vez, possibilitou que se levasse a cabo um golpe sem um programa claro, ou melhor, com um "programa negativo", no sentido de negar as Reformas e combater a ameaça de "comunização" do país.

O que pretendemos frisar com estas colocações é que a violência institucional representada pelo golpe esteve longe de apresentar um caráter biunívoco, como se opusesse as Forças Armadas a uma sociedade indefesa. Ao contrário, o golpe veio a atender anseios tácitos ou explícitos de diferentes setores sociais, ao mesmo tempo em que, para outros, significava derrota, perseguição e exclusão política.

A composição do ministério de Castelo Branco, primeiro general-presidente, simboliza a aliança entre militares e parte da sociedade civil na formação do regime autoritário. A economia ficava a cargo do diplomata Roberto Campos e do professor Octávio Bulhões, ambos expoentes do mundo intelectual, enquanto o Ministério da Justiça era entregue a Milton Campos, político extremamente atuante dentro do regime democrático que acabara de ser extinto. A pasta da Indústria e Comércio, por sua vez, ficou com o banqueiro e empresário Paulo Egydio Martins, que mais tarde seria indicado pelo regime para governar o Estado de São Paulo.

Fica demonstrada a significativa adesão de elites políticas, econômicas, intelectuais e administrativas ao novo regime. Para além deste fator, porém, é preciso pensar no quanto aquele pôde se aproveitar de suas realizações econômicas no sentido de obter uma certa legitimidade junto a parcelas mais amplas da população.

---

177 A nomenclatura de ambos os projetos é de AARÃO REIS FILHO, 2002, p. 13 e 34.

178 Ver BIELSCHOWSKY, 1995, *passim*.

O ciclo de crescimento conhecido como "milagre brasileiro" (ironicamente, comandado por investimentos estatais) possibilitou melhorias – temporárias, é verdade – na qualidade de vida de largos setores das classes médias, e mesmo de fatias minoritárias da classe trabalhadora, em geral ligadas a empresas de capital internacional. Por outro lado, os maciços investimentos em transportes e comunicações viabilizavam experiências vertiginosas de integração territorial e de mobilidade social (para cima ou para baixo). Se a concentração de renda se aprofundava, por outro lado a pirâmide social se complexificava, tornando-se irreduzível a uma lógica binária, como muito bem explicitou Daniel Aarão Reis:

Os anos 70, considerados e aperreados como *anos de chumbo*, tendem a ficar pesados como o metal da metáfora, carregando para as profundas do esquecimento a memória nacional. Eles precisam ser revisitados, pois foram também anos de ouro. (...) É certo que o topo, já enriquecido, enriqueceu-se ainda mais. E a base miserável, mais miserável se tornou. Mas, entre estes extremos, havia camadas de amortecimento, e a existência delas conferiu saúde, estabilidade e vigor àquele corpo, cuja cabeça estava – e ainda está – nas ricas avenidas de Miami, enquanto os pés chafurdam nas mais miseráveis favelas. (AARÃO REIS FILHO, 2002, pp. 61-2.)

Tudo isso acontecia enquanto algumas centenas de militantes de esquerda tentavam, pela força das armas, derrotar as Forças Armadas. Experiência trágica, como sabemos<sup>179</sup>, em que, com a imprensa sob censura<sup>180</sup>, o uso indiscriminado da tortura e a prática de execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados<sup>181</sup>, os órgãos de repressão caíram sobre os guerrilheiros como um martelo-pilão esmaga uma mosca<sup>182</sup>.

Certos setores civis, notadamente ligados a grandes empresas, não só estavam informados da barbárie que tinha lugar nos porões dos quartéis e delegacias, como se dispunham a apoiá-los materialmente. Bancos, jornais e construtoras se cotizavam para fornecer dinheiro e outros recursos aos órgãos de repressão, bem como para pagar prêmios aos seus integrantes. Tornou-se célebre o caso do industrial Henning Albert Boilesen, presidente da Ultragas, que não só dirigia a arrecadação de contribuições como costumava comparecer pessoalmente a sessões de tortura. Boilesen foi morto por

---

179 Para uma narrativa qualificada da mesma, ver GORENDER, 2003; para uma análise sociológica, RIDENTI, 1993.

180 Aliás, a questão da censura é um ótimo indicativo do quanto o regime militar operou com o consenso de parte da sociedade. Ver SMITH, 2000 e KUSHNIR, 2004.

181 Violações recentemente admitidas pelo Estado brasileiro. Ver BRASIL, 2007 e 2010.

182 A metáfora é do Coronel Adyr Fiúza de Castro, um dos mais ativos integrantes da repressão. Entrevista publicada em D'ARAÚJO, 1994, p. 75.

um comando guerrilheiro de esquerda em São Paulo, em 1971<sup>183</sup>.

A maioria da população, porém, mal tomava conhecimento destes acontecimentos e, quando o fazia, tinha acesso apenas ao ponto de vista do próprio regime. Viviam a realidade do crescimento econômico e de momentos marcantes, como a conquista da Copa do Mundo de 1970. Nos seus anos mais sombrios, o regime contava com considerável popularidade.

Entretanto, as contradições próprias daquele modelo de desenvolvimento logo se mostrariam, sobretudo a partir da crise do petróleo em 1973. O crédito internacional, anteriormente abundante, retraiu-se, reduzindo a capacidade de investimento do Estado brasileiro, grande "motor" do crescimento. Este processo erodia a legitimidade do regime junto àqueles setores sociais acima mencionados, uma vez que esta fora construída, predominantemente, através das conquistas materiais.

Também no âmbito da política externa, a posição da ditadura tornava-se menos sólida com a eleição de Jimmy Carter para a presidência dos Estados Unidos da América, em 1976. Aquele país fora, sob as gestões de Johnson (1963-1968), Nixon (1968-1974) e Ford (1974-1976), uma espécie de fiador do autoritarismo brasileiro, dispendo-se a ignorar as denúncias de violações dos direitos humanos em nome do ideal de combate ao comunismo, típico do contexto da "Guerra Fria". Carter, que, sem abdicar do anticomunismo, assumia um viés mais liberal, passaria a pressionar pela tomada de providências contra aquelas violações<sup>184</sup>.

Esta situação forçaria o regime a buscar diferentes mecanismos de legitimação. Impunha-se uma ampliação controlada da representação e das liberdades públicas, no sentido de se abrandar as pressões internacionais e diluir uma certa tensão acumulada internamente, sobretudo após a outorga do Ato Institucional n.º 5 (AI-5), de 1968, que suspendera os direitos e garantias fundamentais e tornara possível a rotinização da violência política por parte do Estado. Tratava-se de "negociar e incorporar algumas das principais exigências da oposição de elite, num esforço de ampliação da base de sustentação do Estado. Simultaneamente, garantia-se o controle da sociedade civil através da aplicação seletiva do poder coercitivo" (ALVES, 2005, p. 225.).

Esta viria a ser a tônica da estratégia de "distensão lenta, gradual e segura", adotada a partir do governo do General Ernesto Geisel (1974-1978). Na verdade, a crise interna e externa de legitimidade apenas apressava a implantação do "Projeto Geisel-

---

183 Ver GORENDER, 2003, pp. 225-6 e 271.

184 Ver SILVA, 2003, p. 247.

Golbery"<sup>185</sup>, que visava a institucionalizar o "Estado de Segurança Nacional" implantado em 1964 e garantir a permanência de seus mecanismos fundamentais em um futuro regime constitucional<sup>186</sup>.

Em outras palavras, a assim chamada "abertura política" consistiu numa estratégia de reformulação e preservação do poder discricionário construído a partir de 1964. Mesmo que não desconsideremos a ativa atuação contestadora da sociedade civil, como no caso das greves do ABC paulista a partir de 1978, é preciso admitir que o processo, essencialmente, esteve sob o controle do regime, que determinou seu ritmo e seus limites.

Parte importante deste processo foi a Lei de Anistia, que equiparava os autores de crimes contra os Direitos Humanos às suas vítimas. Demonstrando explicitamente os limites do processo de "abertura", a Lei não só perdoava os torturadores como impedia a reincorporação ao serviço ativo dos militares cassados a partir de 1964, dificultava a libertação dos presos condenados com base na Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei 898/69) e tinha caráter apenas retroativo, não impedindo futuros processos e prisões por motivação política<sup>187</sup>.

Ao longo de todo este processo, o respaldo ao regime no interior da sociedade diminuía, mas mantinha-se bastante significativo, se considerarmos como indicativo os resultados das eleições parlamentares que o eram promovidas como parte do esforço de institucionalização do autoritarismo. Como se sabe, a partir de 1966, apenas dois partidos políticos foram autorizados a funcionar: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), partido de sustentação do governo, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que representava a oposição consentida.

No caso da votação para a Câmara dos Deputados, a ARENA, que chegara a 69,4% dos votos válidos em 1970, mantinha ainda 50,4% em 1978. O MDB, por sua vez, que ficara com 30,5% em 1970, crescera para 49,5% em 1978. Mesmo que levemos em consideração o índice relativamente alto de votos inválidos (21,1% em 1970, 20,6% em 1978)<sup>188</sup>, os casuísmos eleitorais introduzidos pelo governo após 1974 e a relação não automática entre o voto e o apoio ao governo, os números demonstram uma adesão social significativa (ainda que declinante) ao regime autoritário.

---

185 Referência ao General Golbery do Couto e Silva (1911-1987), um dos principais articuladores do golpe de 1964 e Ministro-Chefe da Casa Civil do governo Geisel.

186 Ver SILVA, 2003, p. 247.

187 Ver ALVES, 2005, p. 321.

188 Idem, ibidem, p. 320. Os números referentes aos votos invalidados foram calculados por nós com base nos dados fornecidos pela autora.

Em 1982, já com o pluripartidarismo em funcionamento<sup>189</sup>, o Partido Democrático Social (PDS), herdeiro da ARENA, sofria mais uma pequena redução em sua votação, ficando com 235 das 480 cadeiras na Câmara<sup>190</sup>. O governo perdia a maioria, mas mantinha as condições para impedir mudanças consideradas inoportunas. Assim foi feito no caso da derrota da Emenda Dante de Oliveira, que previa a volta das eleições diretas para a Presidência da República em 1984.

A sequência dos acontecimentos no âmbito político-eleitoral viria a confirmar a dificuldade da sociedade brasileira em romper com a ditadura e com seus principais expoentes. A eleição indireta do candidato de oposição, Tancredo Neves, só se tornou possível através de sua aliança com parte da base de sustentação do regime, aliança esta responsável pela indicação de seu vice, José Sarney, até pouco antes uma das lideranças parlamentares mais importantes do PDS. Com a morte de Tancredo, Sarney viria a governar, tendo em seu Ministério outros nomes que tinham se destacado na sustentação à ditadura, como Antônio Carlos Magalhães, Marco Maciel e o General Leônidas Pires Gonçalves (ex-comandante da repressão política na área do I Exército).

A Assembleia Nacional Constituinte, democraticamente eleita em 1986, também contava com um grande número de membros ligados ao regime autoritário já então extinto. Dentro dela, formou-se um poderoso grupo parlamentar conservador, apelidado de "Centrão", responsável por obstar as principais propostas de desmonte das instituições autoritárias e concentradoras, limitando assim o alcance democrático da Carta de 1988, que analisaremos oportunamente.

Ainda assim, a Constituição trouxe de volta importantes liberdades políticas, como a de escolher diretamente o Presidente da República, em 1989. Em mais uma demonstração da dificuldade de superação à qual temos nos referido, o primeiro presidente eleito pelo voto popular desde 1960 foi Fernando Collor de Mello, que havia sido indicado Prefeito de Maceió pela ditadura em 1979 e eleito deputado federal pelo PDS, em 1982.

### **3 – Militares e civis na construção da legalidade autoritária**

Independentemente das iniciativas que viriam a tomar depois de instalados no

---

189 Para alguns autores, este período já não se enquadra na experiência autoritária, constituindo o início da transição para a democracia. Ver AARÃO REIS FILHO, 2002, pp. 8-9.

190 Ver ALVES, 2005, p. 342.

poder, os golpistas o alcançaram com uma retórica de defesa da Constituição e da legalidade, que, conforme acusavam, estavam ameaçadas pelos intentos ditatoriais de Jango e de seus apoiadores de esquerda, notadamente o Partido Comunista Brasileiro (PCB)<sup>191</sup>. Segundo Daniel Aarão Reis, " todo o processo todo fora consumado não em nome de uma *revolução*, mas no dos valores da civilização cristã e da democracia". (AARÃO REIS FILHO, 2002, p. 36.)

Conforme veremos a seguir, a manutenção desta retórica "democrática" foi peça importante do processo de legitimação do regime. Para mantê-la, os golpistas precisaram sustentar seu poder, por mais discricionário que este fosse, em normas legais codificadas. Assim, foi mantida, em um primeiro momento, a Constituição de 1946.

Ao mesmo tempo, porém, a heterogeneidade daquela aliança fazia com que os vínculos entre suas diversas partes fossem providos por um programa negativo, de combate ao comunismo, à corrupção e ao populismo<sup>192</sup>. Assim, a primeira iniciativa política do novo regime se voltaria para o objetivo de afastar da vida pública, via prisões, cassações e expurgos, os elementos que, em sua ótica, representassem aqueles inimigos comuns.

Esta meta não poderia ser alcançada nos marcos da Carta liberal então em vigor. Ao mesmo tempo, porém, como colocamos acima, havia a necessidade de dar àquela repressão uma maquiagem legal, que afastasse a impressão de um regime autocrático. Colocava-se, assim, a tarefa de construção de uma legalidade "revolucionária" que inicialmente convivesse com as instituições de 1946, para mais tarde superá-las.

As bases para este processo estavam lançadas por uma antiga colaboração entre parcelas significativas dos juristas e dos oficiais militares no sentido da criação de uma legalidade autoritária, antes mesmo do golpe. Esta colaboração remontava, no mínimo, aos anos 1930, quando do fechamento político levado a cabo pelo Estado Novo, e tinha um marco importante em 1953, quando foi aprovada uma Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 1802/53) que restringia o direito de reunião e visava controlar a ação dos sindicatos, entre outros dispositivos. Já durante o governo Jango, tribunais militares passaram a ter jurisdição sobre crimes políticos cometidos por civis<sup>193</sup>.

Assim, em 1964, tarefa de construção da legalidade ditatorial ficou, inicialmente, a cargo de eminentes juristas civis, como Francisco Campos, Carlos

---

191 Ver PEREIRA, 2010, p. 115.

192 Ver AARÃO REIS FILHO, 2002, p. 33.

193 Ver PEREIRA, 2010, pp. 88-91.

Medeiros e Antônio Neder, que foram mobilizados pelo Comando Supremo da Revolução (uma espécie de junta militar que governou o país durante os primeiros dias após o golpe) para a redação de um instrumento legal que embasasse a ocupação do poder pelos golpistas e viabilizasse as medidas repressivas desejadas por eles<sup>194</sup>.

No preâmbulo do "Ato Institucional" (mais tarde conhecido como AI-1) de 9 de abril de 1964, o "movimento civil e militar" se assumia enquanto "autêntica revolução", que, por portar "o interesse e a vontade da nação" outorgava a si própria o poder de fundar uma nova legalidade: "a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima- por si mesma". Não obstante, o documento se preocupava em justificar o golpe, afirmando que " Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País".

Em meio à ampliação dos poderes do Executivo, destacava-se a viabilização da repressão contra os inimigos da nova ordem. O artigo 7º previa a suspensão, por um período de seis meses, das garantias de vitaliciedade e estabilidade dos servidores públicos, permitindo, assim, os expurgos daqueles que houvessem "tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública". O artigo 8º, por sua vez, previa a instauração de inquéritos criminais para apurar os crimes "contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social". Já o artigo 10º criava a prerrogativa de suspensão de direitos políticos e de cassação de mandatos, pelo prazo de sessenta dias.

Para alguns setores radicalizados das Forças Armadas, a limitação de prazos prevista no Ato para os expurgos e cassações impedia que a "Operação Limpeza" do Estado e da sociedade fosse levada a cabo com a conveniente profundidade. Em especial, reagiam contra os resultados, por eles considerados insuficientes, dos Inquéritos Policiais Militares (IPMs, determinados pelo Ato n.º 8 do Comando Supremo da Revolução, de 14 de abril de 1964), e pressionavam Castelo Branco pela prorrogação das mesmas, através de novo Ato Institucional<sup>195</sup>.

Embora tenha resistido inicialmente, o general acabaria por ceder às pressões e outorgar o AI-2 em outubro de 1965. Assinado, além do Presidente, pelos ministros militares, da Justiça e das Relações Exteriores, o Ato, no que toca à repressão política, retomava as cassações e suspensões de garantias funcionais e direitos políticos (artigos 14 a 16) e transferia à Justiça Militar o processo e julgamento dos crimes contra a

---

194 Idem, *ibidem*, pp. 116-7

195 Ver FICO, 2001, pp. 43-50.

segurança nacional, mesmo que cometidos por civis. Entretanto, o AI-2 não extinguiu o direito ao *habeas corpus* e, a exemplo de seu antecessor, fixava, em seu artigo 33, a data na qual deixaria de vigorar (15 de março de 1967).

Antes, porém, do término da vigência do Ato, as medidas repressivas por ele permitidas acabariam constitucionalizadas. Patenteava-se, assim, a incompatibilidade das ambições repressivas dos golpistas de 1964 com os pressupostos liberais, ainda que limitados, da Constituição de 1946. O projeto da Carta Magna de 1967 (discutido e aprovado pelo Congresso em menos de sessenta dias) foi preparado por uma equipe de juristas civis na qual se destacava, novamente, a figura de Carlos Medeiros.<sup>196</sup> Francisco Campos participaria através de "sugestões" (FERNANDES, 2007, p. 2).

Na medida em que a Constituição recém-promulgada consagrava a jurisdição militar sobre os crimes "contra a segurança nacional" (art. 122) e tornava responsável por esta segurança "toda pessoa natural e jurídica" (art. 89), fazia-se necessário tipificar em lei aqueles crimes, o que se fez com a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n.º 314/1967), que legalizava o conceito de "inimigo interno", ao tipificar a "guerra psicológica adversa" e a "guerra revolucionária ou subversiva" (art. 3º)<sup>197</sup>.

A edição, ampliação e posterior constitucionalização de medidas repressivas contra os opositores do golpe, bem como a tipificação legal dos crimes políticos, revelava a presença de duas tendências ao mesmo tempo opostas e complementares no interior da aliança governante: de um lado, o objetivo de se afastar da vida pública, *a qualquer custo*, todos aqueles que não se conformassem com o novo *status quo*, agrupados sobre as denominações de "comunistas" ou de "subversivos"; de outro, a obsessão em embasar legalmente a repressão e manter aparências de Estado de Direito enquanto se eliminava a dissensão, o que, necessariamente, colocaria limites à atividade repressiva.

São tendências opostas na medida em que, na prática política do regime, os defensores de uma acabaram travando disputas de espaço e poder com os da outra; mas também se complementavam, uma vez que representavam duas formas diferentes de adesão a uma mesma "utopia autoritária" (FICO, 2004, p. 112).

Ao longo do período que se estendeu de 1964 ao final de 1968, a primeira tendência, em geral chamada de "linha dura" e composta predominantemente de

---

196 Ver ARAÚJO; MACIEL, 2003, p. 11.

197 Carlos Medeiros, mais uma vez, foi chamado a redigir o texto, mas desta vez houve participação decisiva dos generais Castelo Branco, Presidente da República, e Ernesto Geisel, Chefe do Gabinete Militar. Ver FICO, 2001, p. 56.

militares, mas também com alguns expoentes civis<sup>198</sup>, se impôs à segunda, tornando-se hegemônica a partir de decretação do Ato Institucional n.º 5, em 13 de dezembro de 1968. Este, redigido pelo Ministro da Justiça, Luis Antônio Gama e Silva e aprovado e assinado pelo Conselho de Segurança Nacional, representou a explicitação do regime ditatorial. Desta vez sem prazo de vigência determinado, o Ato dava plenos poderes ao Presidente da República, que podia cassar mandatos e suspender direitos a qualquer momento (art. 4º), suspendia o *habeas corpus* para crimes políticos ou mesmo contra a ordem econômica (art. 10) e excluía a si próprio da apreciação judicial (art. 11).

O AI-5 significava considerável extensão dos poderes repressivos do Estado, que viriam a ser formalmente estabelecidos em uma nova versão da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n.º 898/1969), que estabelecia altas penas para os crimes por ela tipificados, inclusive adotando a prisão perpétua e a pena de morte, nos casos de violência política (arts. 8 a 11, 22, 24, 25, 28, 29, 32, 33, 37, 39 e 41). A nova lei, contudo, não deixava de lado crimes de manifestação de opinião ou de associação, como se vê nos seus artigos 16, 20, 34 e 43. De forma mais significativa, restringiam-se, durante o processo, os direitos dos acusados, que podiam ser presos, sem mandado judicial, por até trinta dias, e mantidos incomunicáveis por até dez dias (art. 59).

Este conjunto de leis repressivas assumiria a tarefa de dar à repressão política brasileira um verniz de legalidade e justiça. Ficava assim formatado o arcabouço jurídico que serviria para a aplicação da Justiça política no país durante os dez anos de vigência do AI-5. Neste processo, poderemos enxergar um nível alto – embora de forma alguma absoluto – de colaboração entre as elites judiciárias e militares, assunto de nossa próxima seção.

#### **4 – Civis e militares nos julgamentos de crimes políticos**

Conforme expusemos em nossa introdução, o Regime Militar instaurado em 1964 foi responsável pela morte de centenas de seus opositores, alguns assassinados durante a tortura e outros executados depois dela, extrajudicialmente. Pelo menos uma centena e meia deles tiveram seus cadáveres ocultados e a confirmação oficial de sua morte sonegada à família, caindo, assim, na condição límbica de "desaparecidos".

Apesar disso, podemos observar no Brasil, em comparação com outros regimes

---

198 Vide a atuação de Luis Antônio da Gama e Silva, Ministro da Justiça de Costa e Silva, em VENTURA, 1988, *passim*.

autoritários da América do Sul, um alto índice de "judicialização da repressão", na expressão do cientista político Anthony Pereira. Isso significa dizer que, em nosso país, existiu a tendência de se levar os inimigos do regime a julgamentos formais, realizados em tribunais de tempo de paz, sem a adoção de ritos sumários<sup>199</sup>. Se o total de pessoas mortas depois de detidas se aproxima de trezentas, o número de processados por delitos políticos ultrapassa 7000, número que desconsidera aqueles que não apelaram após a primeira instância<sup>200</sup>.

Tal não é, de forma alguma, o padrão observado em outras ditaduras militares sul-americanas. No caso chileno, após o golpe de 1973, além de um número extenso de desaparecimentos, tem-se a prática rotinizada de julgamentos sumários em "Conselhos de Guerra", conduzidos, em sua integralidade, por autoridades militares, com aplicação generalizada da pena de morte. Já na Argentina, após 1976, a repressão rompe quase totalmente com o Poder Judiciário, e a execução seguida de desaparecimento torna-se o padrão de tratamento para os presos políticos daquele país.

As diferenças entre os procedimentos repressivos de cada país analisado se torna evidente nos números que mostram a razão entre os processados em tribunais militares e os mortos extrajudicialmente. No Brasil, tivemos cerca de 23 pessoas processadas para cada uma assassinada pela repressão, enquanto no Chile essa razão cai para 1,5/1. Os números da Argentina, por sua vez, demonstram inequivocamente a prevalência da repressão extrajudicial: uma pessoa processada para cada 71 assassinadas<sup>201</sup>.

A judicialização da repressão do Brasil, além de determinar um grau de letalidade repressiva menos extenso que os dos vizinhos, também permitiu, em momentos determinados, uma certa flexibilidade dos tribunais, como se pode observar no índice relativamente alto de absolvições em primeira instância (55%)<sup>202</sup>. Esse número, porém, desconsidera o fato de que o Lei de Segurança Nacional de 1969, em seu artigo 73, tornava obrigatório o recurso do Ministério Público em caso de sentença absolutória.

Ainda assim, esse modelo judicializado já levou um editorialista da *Folha de S. Paulo*, em 17 de fevereiro de 2009, a caracterizar o regime militar como "ditabranda", distinguindo-o de seus colegas do Cone Sul. A ideia de brandura é evidentemente inadequada para se pensar um regime que, fora os assassinatos e desaparecimentos, recorreu à tortura como forma rotinizada de investigação e intimidação de opositores.

199 Ver PEREIRA, 2010, pp. 58-9.

200 Idem, ibidem, p. 56-8.

201 Idem, ibidem, p. 56.

202 Idem, ibidem p. 131

Porém, mais importante que a escolha de adjetivos é o aprofundamento do estudo sobre os motivos que determinaram a adoção deste padrão repressivo em nosso país.

Para compreender esta questão, consideramos indispensável levar em consideração as circunstâncias históricas apontadas por Jacob Gorender:

(...) a ditadura militar brasileira, instaurada em 1964, foi a primeira no Cone Sul, tendo avançado nos procedimentos repressivos de forma gradual. Só a partir de 1971 é que os militares e policiais brasileiros adotaram a norma de extermínio físico dos prisioneiros, o que antes era exceção, mais ou menos devida a "acidentes de trabalho". Mas, então, as esquerdas já estavam dizimadas, restando poucos combatentes para prender e assassinar. Já no Chile e no Uruguai as ditaduras se instalaram em 1973. Na Argentina, em 1976. Aproveitando a experiência brasileira, desde o início aplicaram a norma do extermínio físico de prisioneiros e mataram grande quantidade deles (GORENDER, 2003, p. 261).

A observação de Gorender se confirma ao analisarmos a progressão anual da repressão brasileira: em 1971, quando a esquerda já estava bastante combatida, foram mortos 50 militantes, contra 29 no ano anterior. No caso das mortes oficialmente reconhecidas, o número de cadáveres com tiros na cabeça é altamente desproporcional em relação às médias conhecidas para mortos em tiroteio<sup>203</sup>. Assim, fica patente a decisão dos responsáveis pela repressão de rotinizar, a partir de um certo momento, a eliminação física de opositores capturados.

Os comandantes da repressão, aparentemente, tinham a prerrogativa de escolher entre registrar a prisão e permitir o início do processo ou simplesmente executar o prisioneiro. É o que se verifica no caso do combate ao foco guerrilheiro na região do Rio Araguaia, entre 1972 e 1974, quando a quase totalidade dos cerca de 70 militantes comunistas da região foram mortos e sepultados clandestinamente, entrando para as listas de "desparecidos"<sup>204</sup>.

Porém, esta linha de raciocínio esclarece apenas um lado da questão. Resta responder que motivos levaram à predominância do modelo judicializado ao longo de quase todo o período autoritário. Para tanto, voltamos a Pereira, para quem aquele modelo reduz os danos à imagem pública do regime, fortalecendo (ou, pelo menos, não enfraquecendo) sua legitimidade conferindo-lhe maior estabilidade<sup>205</sup>. Além disso, cumprem uma função de intimidação e silenciamento de opositores reais ou potenciais. Note-se que apenas 12,5% dos processos se voltavam contra crimes de natureza

---

203 Ver GASPARI, 2002, p. 385.

204 GORENDER, 2003, cap. 30.

205 PEREIRA, 2010, p. 284.

violenta; os demais tratavam de delitos de associação ou de manifestação de opinião<sup>206</sup>.

Para o próprio autor, porém, esta constatação é ainda insuficiente para responder à questão colocada, fazendo-o avançar para uma postulação mais incisiva:

"(...) os regimes autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais "dignos de confiança" – tribunais civis ou militares cujos vereditos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário. (...) Quando os regimes recorrem a à violência extrajudicial e a um ataque frontal à legalidade tradicional, isso em geral se deve ao fato de não terem conseguido manipular a lei e os tribunais em benefício próprio." (PEREIRA, 2010, p. 284).

Uma rápida análise da justiça política no Brasil autoritário é capaz de demonstrar o alto índice de compartilhamento de interpretações políticas e jurídicas entre as elites militares e judiciárias, bem como de colaboração entre elas.

Podemos começar pela composição dos tribunais encarregados de julgar os crimes "contra a segurança nacional". Quem respondia pela primeira instância eram as Auditorias Militares, vinculadas às Circunscrições Judiciárias Militares (CJMs). Nelas, quatro oficiais militares funcionavam como auditores, mas o juiz e o promotor eram civis, funcionários públicos de carreira, e a influência daquele era bastante grande, visto que os oficiais auditores não tinham formação jurídica e serviam durante apenas três meses naqueles órgãos<sup>207</sup>.

Da decisão das auditorias cabia recurso ao Superior Tribunal Militar (STM), composto por 15 ministros, sendo dez oficiais gerais das três armas e cinco juízes civis, todos indicados pelo Presidente da República. A última instância de recurso era o Supremo Tribunal Federal (STF), composto por onze ministros civis<sup>208</sup>.

Podemos verificar, a partir destes dados, que a justiça política, no Brasil autoritário, se fez através de mecanismos de continuidade entre o sistema judiciário tradicional e os tribunais voltados especificamente para o combate à "subversão". Elaborada predominantemente por juristas civis, a legalidade autoritária viria a ser

---

206 Idem, ibidem, pp. 128-9. Esse número nos sugere uma outra possível interpretação: a judicialização dos crimes de opinião, manifestação e associação, efetivada praticamente durante todo o regime, poderia ter servido, durante a vigência do AI-5, para encobrir as execuções extrajudiciais dos militantes da esquerda armada. Esta hipótese, porém, carece de pesquisa mais detalhada para sua confirmação.

207 PEREIRA, 2010, pp. 127-8.

208 Ver ARNS, 1987, pp. 171-2.

aplicada por tribunais em que o papel dos militares era, no máximo, equivalente ao dos profissionais da área jurídica.

Porém, mesmo os limites estreitos dessa legalidade viriam a ser ultrapassados no funcionamento concreto daquelas instâncias de julgamento. O Projeto *Brasil: Nunca Mais*, da Arquidiocese de São Paulo, que analisou 707 processos que tramitaram no STM entre 1964 e 1979, levantou vários casos em que a legislação penal e processual da própria ditadura ver-se-ia contrariada por atitudes tomadas pelos tribunais, como a aceitação indiscriminada de provas colhidas na fase de inquérito e não confirmadas em juízo, a admissão de provas colhidas sem os devidos procedimentos, a condenação do réu mesmo com a Auditoria em situação de "dúvida definitiva", patenteadas na própria sentença, a condenação com base em depoimento de corréus e a existência de réus processados várias vezes pelos mesmos delitos.<sup>209</sup>

Além disso, pelo menos no caso da primeira instância, verificava-se, segundo Pereira, uma situação de extrema desvantagem para o réu, visto que o procedimento adotado para o julgamento era, na prática, diádico, com o juiz e o promotor aliados contra o defensor. Isso a despeito do próprio Código de Processo Penal Militar (CPPM, dado pelo Decreto-Lei n.º 1002, de 21 de outubro de 1969), em seu artigo 34, estabelecer o rito triádico. Em virtude de serem oficiais militares da ativa ou civis escolhidos entre aqueles que manifestavam apoio ao regime, os juízes partiam do princípio de que as acusações apresentadas eram verídicas<sup>210</sup>.

Uma vez condenado naquela instância, a perspectiva do réu de obter melhor sorte nos recursos não era das mais animadoras. Os números levantados pelo cientista político mostram que o STM mantinha a decisão de primeira instância em 87% dos casos, número que caía para 66,66% no STF<sup>211</sup>.

Porém, o aspecto mais relevante da colaboração entre elites judiciárias e militares durante os julgamentos políticos era, em nosso entendimento, a desconsideração sistemática da tortura cometida contra os acusados. Nos processos analisados pelo Projeto *Brasil: Nunca Mais*, que dizem respeito apenas aos réus que recorreram ao STM, foram levantadas 1843 denúncias de tortura em juízo<sup>212</sup>. O número de ocorrências certamente é maior, não só pela não inclusão nele dos casos que não sofreram recurso à segunda instância como pelo presumível fato de muitos

---

209 Idem, *ibidem*, 1987, pp. 192-6.

210 PEREIRA, 2010, pp. 215-6.

211 Idem, *ibidem*, p. 128. Os números advêm de uma amostra utilizada pelo autor.

212 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, tomo V, p. 16.

processados optarem por não denunciar as sevícias sofridas.

De qualquer forma, salta aos olhos que as denúncias levadas pelos réus ao conhecimento do tribunal não eram, de forma geral, tomadas por aquele como elementos capazes de inviabilizar, enquanto provas, os depoimentos e confissões obtidos através de torturas, na fase de inquérito. Somente no final do período ditatorial se verificariam alguns casos de absolvição em função da desqualificação de confissões obtidas por aquele método. Na fase mais dura da repressão, simplesmente inexistiram pedidos de esclarecimentos, por parte dos juízes, sobre as torturas denunciadas. A admissão de tais depoimentos desrespeitava flagrantemente o CPPM, em seu artigo 307, alínea b).

Até que ponto este comportamento, por parte dos magistrados encarregados dos processos políticos, pode ser creditado à adesão destes à Doutrina de Segurança Nacional e a seu apoio ao regime militar?

Pereira aponta, como um fator a ser levado em conta, o risco de exoneração a que se submeteria o juiz ou o promotor que se recusasse a acobertar a tortura<sup>213</sup>. Vale lembrar que as garantias de estabilidade e vitaliciedade daquelas funções estavam, na maior parte do período em foco, suspensas pelos atos institucionais, o que confirma a existência deste risco. O temor desta exoneração certamente era real, mas não deve ser superlativado como causa do silêncio sobre a violência da repressão. O fato dos juízes serem nomeados com base no critério de sua fidelidade ao regime sugere que o consenso, mais do que a força, deve ter sido a raiz deste silêncio.

Por sua vez, Priscila Antunes alerta para o fato de que o uso e a aceitação da tortura como método de "validação de verdades" são algo enraizado na tradição processual brasileira, independentemente de sua permissão ou não pela legislação, não tendo sido inventados pelo regime militar, nem pelos juízes que a ele serviam. O mesmo se poderia afirmar dos procedimentos inquisitoriais e da presunção de culpa anteriormente referidos<sup>214</sup>. A autora está correta, mas a constatação não chega a relativizar a adesão dos juízes civis ao regime; cabe observar apenas, como já ressaltáramos, a continuidade das práticas da justiça política de exceção com aquelas correntes em tempos "normais", continuidade esta que, certamente, facilitou a chancela dos magistrados à realidade dos porões da ditadura.

Expor a integração das elites judiciárias, sobretudo juízes e promotores, com as

---

213 Ver PEREIRA, 2010, p. 127.

214 Ver ANTUNES, 2002, p. 80.

Forças Armadas na construção e aplicação de uma legalidade autoritária, bem como sua conivência com a violação de direitos humanos, não significa afirmar a adesão de todo o ambiente jurídico brasileiro à ditadura militar. O próprio Pereira dedicou um capítulo inteiro<sup>215</sup> à atuação dos advogados de presos políticos, capazes, através de mecanismos os mais variados, de reduzir as penas dos acusados, melhorar suas condições de encarceramento e até mesmo criar uma jurisprudência que atenuava a interpretação da legislação repressiva.

Por sua vez, Maria Helena Moreira Alves, além de mostrar os riscos (inclusive de vida) que corriam aqueles advogados, apontou para o papel decisivo da Ordem dos Advogados do Brasil tendo em vista o questionamento do processo de institucionalização do autoritarismo e a participação da entidade, ao lado de outras entidades da sociedade civil, nas lutas pela anistia e pela revogação do AI-5<sup>216</sup>.

Mesmo no interior das elites judiciárias, vozes se ergueram contra o arbítrio. Um destaque especial merece ser dado à figura de Hélio Bicudo, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, que, no auge do período repressivo, impetrou ação contra o Delegado Sérgio Paranhos Fleury, que, além de ser um dos mais ativos torturadores do regime, liderava um grupo de extermínio popularmente conhecido como "Esquadrão da Morte"<sup>217</sup>.

Contudo, estes exemplos não bastam para contrabalançar a participação, acima demonstrada, de juízes e promotores na repressão judicializada instaurada no Brasil. Muito menos endossam a afirmação de Maria Helena Moreira Alves, que enxerga um suposto "equilíbrio do Judiciário no julgamento dos casos", nem permitem supor que este "continuasse a proclamar sua independência perante o Executivo" (ALVES, 2005, p. 252).

Ao fazer tais colocações, a autora adere, inadvertidamente, a um "conto de fadas sobre a benevolência e a justiça dos tribunais militares durante a ditadura" (PEREIRA, 2010, p. 244). Esta memória tornada possível pela identidade de interesses, ainda no presente, entre as elites militares e judiciárias, é uma das responsáveis pelos inúmeros obstáculos encontrados pela justiça de transição no Brasil, bem como pela permanência de incontáveis traços do regime autoritário, 25 anos depois de seu fim, no Estado e na sociedade brasileiros.

---

215 Ver PEREIRA, 2010, cap. 7.

216 Ver ALVES, 2005, pp. 252-6.

217 Ver PEREIRA, 2010, p. 141.

## 5 – Idas e vindas da justiça de transição no Brasil

Em vários momentos desta exposição, lembramos que a repressão praticada pela ditadura militar brasileira, se comparada com suas congêneres chilena e argentina, foi a que mais se judicializou, o que teve como consequência o fato de ter sido, entre aquelas três, a que teve o menor índice de letalidade. Em contrapartida, porém, o modelo brasileiro traz ainda consigo uma herança negativa: entre aqueles países, o Brasil é também aquele em que a Justiça de transição, nos moldes definidos em nossa introdução (verdade, justiça reparação e reformas), menos se desenvolveu.

Cabe deixar claro que não consideramos possível a plena realização de qualquer dos elementos da justiça transicional sem que os demais sejam contemplados. A verdade, sem a justiça e a reparação, apenas explicita a impunidade dos criminosos e o abandono das vítimas; a justiça tem como uma de suas partes a reparação, e não tem como se fazer sem a investigação da verdade; e as reformas do Estado só se tornam possíveis a partir do momento em que a sociedade se conscientize do seu passado de violência política

Em relação ao direito à verdade, ou, visto por outro ângulo, a obrigação do Estado de "revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade" (MEZAROBBA, 2010, p. 109), o Brasil tem avançado de forma lenta e claudicante. A primeira iniciativa no sentido de se garantir este direito foi tomada ainda durante a ditadura, não pelo Estado, evidentemente, mas pela Arquidiocese de São Paulo, associada a alguns parceiros internacionais, na longa e perigosa iniciativa que viria a se concretizar nos doze volumes e quase sete mil páginas do relatório do projeto *Brasil: Nunca Mais*<sup>218</sup>.

O relatório e o material de pesquisa utilizado para sua confecção (707 cópias de processos do Superior Tribunal Militar, mais tarde disponibilizadas ao público) expuseram mundialmente as violações cometidas pelo regime, além de se tornarem valiosíssimo material de pesquisa para vários estudos sobre o período. Porém, dada sua natureza e autoria, não tem como se constituir em uma versão oficial sobre a questão.

Esta versão só pode vir do próprio Estado. Reconheçamos a importância do trabalho da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da

---

218 FIGUEIREDO, 2009, cap. 1.

República, bem como da Comissão dos Mortos e Desaparecidos Políticos (CMDP), a ela ligada. Estes órgãos, nos últimos anos, publicaram três títulos<sup>219</sup> que, em caráter oficial, relatam casos de morte, desaparecimentos e torturas de responsabilidade do regime militar. Estas publicações representam passo largo no processo de explicitação do passado repressivo brasileiro.

Largo, mas nem de longe suficiente. Por força da Lei 11.111/2005, permanecem fechados a maior parte dos arquivos civis e militares que, em âmbito federal<sup>220</sup>, poderiam conter informações importantes não só para os familiares, mas também para as pesquisas históricas ou mesmo a simples consulta por parte de cidadãos interessados. O reconhecimento oficial do passado é importante, repetimos, mas fica incompleto se não for acompanhado do livre acesso aos documentos remanescentes do período, que podem ser peça importante na construção autônoma do conhecimento dos fatos por parte da sociedade.

Não é preciso ir longe para perceber que a abertura irrestrita dos arquivos, bem como uma postura mais ativa do Estado no sentido da divulgação da verdade, são politicamente inconvenientes para diversos protagonistas do Estado brasileiro, o que inclui não elementos das Forças Armadas, mas de forma alguma se limita a eles. Grandes estrelas atuais do Legislativo e do Judiciário teriam expostas, para além de reduzidos círculos intelectuais, sua convivência com o arbítrio. Não pode ser outra a razão da evidente má vontade estatal em estabelecer uma versão oficial e dá-la a conhecer, ampla e ativamente, à sociedade.

Sem o direito à verdade, prevalece uma memória difusa do autoritarismo, ora determinada por visões românticas acerca dos acontecimentos<sup>221</sup>, ora esmagada pela indiferenciação entre ditadura e democracia<sup>222</sup>. A sociedade não amadurece em relação à questão, não valoriza como deveria, por pequenas que sejam, as conquistas democráticas, e não adquire uma perspectiva histórica sobre si mesma. Passado e presente se mesclam em uma imagem borrada, na qual a violência de ontem dá a (errônea) impressão de não se relacionar com a de hoje.

A situação do direito à justiça é ainda mais alarmante. Ao livrar de punições aqueles seus agentes responsáveis por violações de direitos humanos, a ditadura os

---

219 Ver BRASIL, 2007 e 2010; MERLINO & OJEDA, 2010.

220 Registre-se que boa parte da documentação das polícias estaduais foi liberada. Ver PEREIRA, 2010, p. 243.

221 Comentadas por AARÃO REIS FILHO, 1997, pp. 33-7.

222 Incentivada até por historiadores, como VILLA, 2009.

igualou às suas vítimas, objeto da mesma anistia. Ao confirmar, 31 anos depois, esta aberração jurídica, o Supremo Tribunal Federal deu uma dolorosa demonstração da incapacidade do Poder Judiciário em abandonar as concepções autoritárias que tornaram possível, no passado, sua integração ao aparelho repressivo. Se a própria Corte Constitucional, responsável pela salvaguarda do Estado Democrático de Direito, admite a indiferenciação entre torturadores e torturados, como esperar do cidadão comum uma postura de condenação à violência e à arbitrariedade?

Esta indiferenciação se esconde por trás da impunidade gozada ainda hoje pela prática endêmica da tortura em nosso país, agora voltada contra presos comuns e – aspecto desesperador – aplaudida por amplos setores da sociedade. Ela alimenta o generalizado desprezo pelos Direitos Humanos, quase diariamente achincalhados na mídia eletrônica, tendo seus militantes qualificados de "defensores de bandidos". Nas palavras de Maria Rita Kehl:

O "esquecimento" da tortura produz, a meu ver, a naturalização da violência como grave sintoma social no Brasil. Soube, pelo professor Paulo Arantes, que a polícia brasileira é a única na América Latina que comete mais assassinatos e crimes de tortura na atualidade do que durante o período da ditadura militar. A impunidade não produz apenas a repetição da barbárie: tende a provocar uma sinistra escalada de práticas abusivas por parte dos poderes públicos, que deveriam proteger os cidadãos e garantir a paz. (KEHL, 2010, p. 124)

Diante de tamanhas consequências da impunidade dos torcionários do passado e do presente, eventuais constrangimentos diplomáticos chegam a assumir uma gravidade menor. Não os omitamos, porém. Em 2010, a Corte Interamericana de Justiça que, ao julgar a responsabilidade do Estado brasileiro pelos desaparecimentos relacionados à Guerrilha do Araguaia, "sentenciou que as disposições da Lei da Anistia são incompatíveis com a Convenção Americana [de Direitos Humanos] e não podem impedir a investigação dos fatos e a identificação e punição de responsáveis por violações a direitos humanos" (WEIS, 2011). A interpretação da Lei da Anistia dada pelo Supremo volta-se, assim, contra convenções internacionais livremente assumidas pelo Brasil.

O direito às reparações, como frisamos, é o único que foi objeto de sistemática contemplação pelo Estado brasileiro. A Lei n.º 9140, de 1995, instituiu o reconhecimento da responsabilidade do Estado e as reparações para os familiares dos mortos e desaparecidos, enquanto a Lei n.º 10559, de 2002, abriu o caminho para a indenização daqueles que foram impedidos de exercer atividades econômicas por

motivação política<sup>223</sup>. Porém, mesmo neste caso, acumulam-se as incompletudes e as contradições.

Os princípios internacionais que regem o direito de reparação determinam que este não se refere apenas a elementos materiais, mas também simbólicos<sup>224</sup>. Em nosso país, este aspecto não foi adequadamente contemplado, tendo em vista que não foi feita a identificação oficial dos agentes responsáveis por cada um dos casos, e que, em muitas das vezes, direitos perdidos durante a ditadura não foram totalmente restituídos<sup>225</sup>, como no caso dos militares que foram excluídos das Forças Armadas após o golpe de 1964, por não se alinharem com os então novos donos do poder<sup>226</sup>.

Como frisamos anteriormente, este direito se vê prejudicado pela não contemplação do direito à verdade. Por má informação em alguns casos, e má intenção em outros, generalizou-se uma concepção segundo a qual sobreviventes daquelas perseguições ou familiares dos mortos se aproveitariam das mudanças políticas para auferir lucros indevidos. Chama a atenção o uso de expressões rasteiras, como "indenizações milionárias aos supostos torturados" (GANCIA, 2005) ou "farra do bolsa-ditadura" (GASPARI, 2010), neste último caso, de autoria de um cronista supostamente favorável às reparações.

Desta forma, as vítimas indenizadas e seus familiares são submetidos a um processo de violência simbólica, potencialmente capaz de criar um efeito de "contra-reparação", na medida em que a indenização material se faz acompanhar de uma estigmatização moral. Ao invés do apoio terapêutico previsto pelos princípios internacionais como parte do direito à reparação<sup>227</sup>, recebem o questionamento de sua memória e a ridicularização de seu sofrimento.

Cabe-nos reconhecer que o Estado, nos marcos do regime democrático, não tem como impedir que articulistas bem ou mal intencionados, bem como jornais que admitem ter apoiado entusiasticamente os órgãos de repressão<sup>228</sup>, publiquem o que lhes aprouver e, no uso deste direito, vilipendiam as vítimas da repressão. Porém, uma política de memória mais ativa e mais consistente desmobilizaria aqueles que o fazem por ignorância, ao mesmo tempo em que desacreditaria os que são movidos por má fé. Conforme afirmamos acima, sem o direito à verdade, a plena reparação não se realiza.

---

223 Ver MEZAROBBA, 2010, pp. 111-3.

224 Idem, ibidem, pp. 113-5.

225 Idem, ibidem, p. 111.

226 CUNHA, 2010, pp. 32/5.

227 Ver MEZAROBBA, 2010, p. 115.

228 Ver PILAGALLO, 2011.

Chegamos, então, ao último componente da definição de justiça de transição que adotamos: as reformas institucionais que possibilitem a plena vigência do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que impeçam ou, ao menos, dificultem uma nova ascensão autoritária no Brasil. Entendemos que o país tem sido consideravelmente tímido neste aspecto, o que se pode comprovar através de uma abordagem que enfoque a o Estado brasileiro a partir de múltiplos ângulos.

Podemos começar pelas relações entre o poder civil e as Forças Armadas nos marcos da "Nova República". Demonstramos anteriormente que a transição para o regime democrático se fez de acordo com o ritmo ditado pelos militares que ocuparam diretamente o poder até 1985. A Assembleia Nacional Constituinte eleita em 1986, responsável pela elaboração da Constituição de 1988, sofreu um ativo *lobby* militar, além de contar entre seus membros com vários expoentes do regime autoritário.

Como resultado, verificou-se, na Carta Magna, a manutenção da tutela das instituições castrenses sobre o Estado brasileiro, configurado no artigo 142, que confere às Forças Armadas a função de "garantia" dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Esta situação consagra o direito de intervenção dos militares na política e na segurança internas, fonte da justificativa para o golpe de 1964. Além disso, mantiveram eles o controle sobre as Polícias Militares estaduais e sobre a atividade de inteligência, possibilitando um efetivo controle militar sobre as instituições<sup>229</sup>.

Uma demonstração deste poder foi dada pouco mais de um mês depois da promulgação da Constituição, por ocasião da invasão, por tropas do Exército, da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda (RJ), que havia sido ocupada por trabalhadores em greve, resultando na morte a tiros de três operários. O general José Luís Lopes da Silva, que comandou a invasão, não foi punido na época, e acabou nomeado ministro do Superior Tribunal Militar em 1999<sup>230</sup>.

Mais recentemente, em 2004, reagindo a uma reportagem sobre a repressão, o comandante do Exército, general Francisco de Albuquerque, emitiu nota oficial defendendo a repressão e afirmando ser ela uma resposta à esquerda armada. A nota abriu uma crise entre o comando da força terrestre e o Ministro da Defesa, resultando no pedido de demissão deste e na permanência do general Albuquerque em seu posto,

---

229 A análise da preponderância militar na Nova República se baseia em ZAVERUCHA, 2010, *passim*.

230 Ver relato do conflito em RODRIGUES, 2008.

demonstração inequívoca da capacidade de intimidação detida pelas Forças Armadas<sup>231</sup>.

Por sua vez, também o Poder Judiciário tem se mantido, em grande medida, infenso a reformas que diminuem seu isolamento e seus privilégios. É amplamente reconhecida a desproporção entre os altos salários e a baixa eficiência da Justiça brasileira, situação agravada pela dificuldade em se construir mecanismos eficientes para a fiscalização e o controle externo daquela atividade, para não mencionar as reações indignadas da magistratura a tentativas neste sentido<sup>232</sup>.

Parte dessa realidade se deve à bem sucedida construção de uma memória segundo a qual aquele Poder não teve qualquer participação na repressão e mesmo ajudou a combatê-la, o que, como vimos, não encontra eco na realidade. É como se a atuação da OAB e dos advogados de defesa dos presos políticos tivesse o condão de limpar a imagem do Judiciário como um todo. Esta memória tornou possível que as elites judiciárias atravessassem incólumes o processo de transição, não sendo um sequer de seus membros objeto de afastamento (ou mesmo de censura pública) em virtude do comportamento durante o autoritarismo<sup>233</sup>.

Se nas esferas militar e judiciária as reformas praticamente inexistiram, estruturas nas quais a influência do autoritarismo é menos óbvia são ainda mais difíceis de reformar. É o caso, por exemplo, do direito administrativo. Jorge Bercovici mostrou que o regime militar instituiu por decreto, em 1967, uma reforma administrativa marcada pela ortodoxia econômica liberal e pelo princípio da subsidiariedade, de acordo com o qual o Estado se torna secundário em relação à iniciativa privada, além de se organizar nos moldes desta<sup>234</sup>.

Esse marco jurídico, aliado à conjuntura econômica específica da época, fez com que o setor estatal da economia se expandisse de maneira imprevista. Porém, submetidas a uma rígida racionalidade empresarial, as empresas estatais cresciam tendo como objetivo a maximização do lucro, e não o interesse público, como seria mais próprio deste setor.

Na Nova República, anunciou-se várias vezes a intenção de se "reformular" o modelo de administração do Estado. Na verdade, porém, segundo Bercovici, o processo de "reforma" se deu no sentido de blindar aqueles princípios, inclusive no tocante às privatizações e na criação das "Agências Reguladoras", que formalizam o controle

---

231 Ver PEREIRA, 2010, p. 243.

232 Idem, *ibidem*, pp. 241-2.

233 Idem, *ibidem*, pp. 242-4.

234 Ver BERCOVICI, 2010, pp. 82-3.

privado sobre o Estado<sup>235</sup>. A lógica privatista que guiou a reforma de 1967 manteve-se incólume nos "ajustes" neoliberais implantados desde os anos 1990. Enquanto isso, a reivindicação de um controle verdadeiramente social sobre o Estado permanece sem resposta.

Poderíamos dissertar indefinidamente sobre as permanências do regime militar que inviabilizam a construção de uma verdadeira democracia em nosso país. Entendemos, porém, ter demonstrado que não pode haver consolidação democrática onde os resquícios de um passado autoritário repousam tão tranquilamente na sociedade e no Estado. Assim, a não realização da justiça de transição é um problema que de forma alguma diz respeito apenas às vítimas diretas da violência repressiva da ditadura. Trata-se de uma questão que interessa à toda a sociedade, a todos os setores envolvidos com o projeto de um Estado de Direito que esteja livre das determinações autoritárias e privatistas do passado, que teimam em permanecer no presente.

## **6 – Considerações finais**

A questão dos obstáculos colocados à concretização da justiça de transição é complexa e variável. Em cada contexto espaçotemporal, ela assume configurações próprias, o que faz com que as soluções adotadas em um país não possuam qualquer garantia de sucesso em ambientes históricos distintos. É necessário que cada sociedade marcada pelo trauma do autoritarismo construa mecanismos transicionais adequados a si e capazes de encaminhar a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Isto, porém, não significa afirmar que alguns países, ao contrário de outros, possam simplesmente abrir mão da justiça de transição ou, o que significa praticamente o mesmo, realizá-la apenas parcialmente. Esta é uma opção que condena as sociedades aos retrocessos autoritários pontuais e mesmo ao risco dos totais, na medida em que mantém abertas as portas do futuro abertas para os repressores e fechadas para suas vítimas e para a memória dos abusos.

As razões pelas quais certos países assumem a tarefa de efetivar a justiça transicional e outros, como o nosso, a evitam, são inúmeras. Em nosso artigo, procuramos analisar apenas uma delas: o tipo e a intensidade dos vínculos estabelecidos entre o regime autoritário brasileiro e as diversas instâncias de poder no interior da

---

235 Idem, *ibidem*, pp. 83-90.

sociedade, vínculos estes associados às relações estabelecidas entre estes poderes durante e após a transição.

Para a execução desta tarefa, demos especial atenção à proximidade existente entre as elites militares e judiciárias na composição e na aplicação de uma legalidade autoritária, encarregada de punir e intimidar aqueles que se opusessem ao regime de exceção, e mostramos também a cumplicidade que se verificou entre elas quando até mesmo esta legalidade foi violada, com a intenção de garantir os vereditos convenientes para o *status quo*.

Não se deve, sabemos, responsabilizar isoladamente os promotores e juízes. Muitas outras formas de colaboração entre ditadura e elites sociais poderiam (na verdade, *precisam*) ser analisadas, como a contribuição material de grandes empresas para a repressão clandestina ou semiclandestina levada a cabo pelas Forças Armadas, o apoio entusiasmado da maioria esmagadora dos órgãos de imprensa ao golpe e aos governos que se seguiram a ele, a adesão de professores e dirigentes universitários à prática de delatar colegas e estudantes ou a participação de imensos contingentes intelectuais na formação do arcabouço tecnocrático da ditadura.

Toda essa rede de apoios e favores criou um entrelaçamento de interesses políticos e econômicos que parece buscar obstruir, no presente, a superação definitiva de práticas e instituições que lhes foram tão favoráveis no passado.

Porém, a participação de juristas, juízes e promotores no processo de legitimação política da ditadura adquiriu dimensão estratégica para o regime autoritário, na medida em que aquele adotou a legalização de seus procedimentos repressivos como mecanismo central de justificação da repressão que levou a efeito contra seus inimigos.

Entendemos, além disso, que o caso das elites jurídicas incide diretamente no agravamento das dificuldades contemporâneas para a justiça de transição. Conforme demonstramos, a confirmação das leis de autoanistia, a leniência para com o Executivo no tocante à abertura dos arquivos, a resistência a reformas que democratizem o funcionamento do Judiciário, se escondem atrás de uma memória fantasiosa, que fala da resistência de um ente abstrato chamado "sociedade civil" a uma ditadura militar comandada por "gorilas" furiosos, resistência esta apoiada por corajosos juízes que combatiam o arbítrio.

Por esta razão é que trazer à tona, sem loas nem anátemas, a memória da real atuação do Judiciário e de seus expoentes durante a ditadura militar é um esforço indispensável à consolidação da democracia, na medida em que explicita a necessidade

de reformas profundas nas instituições, capazes de fechar as portas a futuros delírios autoritários, sejam eles civis, militares ou, como no caso do Brasil entre 1964 e 1985, mistos.

Este esforço tem sido levado adiante por pesquisas acadêmicas de grande fôlego, várias delas citadas ao longo de nosso texto. É preciso que os resultados destas pesquisas alcancem o conjunto da sociedade, em especial alguns setores, como os futuros operadores do Direito, capazes de liderar a luta pelas urgentes reformas. Este artigo foi uma modesta tentativa de contribuir para a realização deste objetivo.

### **Referências Bibliográficas**

AARÃO REIS FILHO, Daniel. "Um passado imprevisível: a construção da memória da esquerda nos anos 60". In: FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Versões e ficções: o sequestro da história. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1997.

AARÃO REIS FILHO, Daniel. *Ditadura militar, esquerdas e sociedade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ALENCAR, Kennedy. Dilma quer resposta sobre desaparecidos. In: *Folha de S. Paulo*, sábado, 01 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0101201107.htm> – Acesso em 27/02/2011.

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil: 1964-1984*. Bauru: Edusc, 2005.

ANTUNES, Priscila Carlos Brandão. *SNI & Abin: uma leitura da atuação dos serviços secretos brasileiros ao longo do século XX*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira; MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *A Comissão de Alto Nível: história da emenda constitucional nº1, de 1969*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, set. 2003.

ARNS, Paulo Evaristo (prefácio). *Brasil: nunca mais*. Um relato para a história. 21ª edição. Petrópolis, Vozes, 1987.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Pesquisa Brasil: Nunca Mais. Tomo V, p. 16. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/memoria/nuncamais/index.htm> – Acesso em 28/02/2010.

BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.

BOHL, Kristin. Breaking the rules of transitional justice. In: *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 2005-2006, pp. 557-85.

BORGES, Nilson. "A Doutrina de Segurança Nacional e os governos militares". In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O tempo da ditadura*. Regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003 ("O Brasil Republicano, v. 4), pp. 13-42.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria dos Direitos Humanos. *Habeas corpus: que se apresente o corpo*. Brasília: Secretaria dos Direitos Humanos, 2010.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

COMBLIN, Joseph. *A ideologia de segurança nacional*. Petrópolis: Vozes, 1978.

CUNHA, Paulo Ribeiro da. "Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 15-40.

D'ARAÚJO, Maria Celina; SOARES, Gláucio Ary Dillon; CASTRO, Celso (orgs.). *Os anos de chumbo*. A memória militar sobre a repressão. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

DREIFUSS, René Armand. *1964: a conquista do Estado*. Ação política, poder e golpe de classe. Petrópolis: Vozes, 1981.

FELIPPE, Kenarik Boujikian. Justiça não é revanchismo. In: *Folha de S. Paulo*, sábado, 09 de janeiro de 2010. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0901201009.htm> – Acesso em 30/07/2010.

FERNANDES, Pádua. Setenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. In: *Prisma Jurídico*: São Paulo, v. 6, pp. 351-70, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Anistia: geral e irrestrita. In: *Folha de S. Paulo*, sábado, 16 de agosto de 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1608200809.htm> – Acesso em 27/02/2011.

FERRAZ, Lucas. Ferida aberta. In: *Folha de S. Paulo*, domingo, 30 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft3001201109.htm> – Acesso em 20/02/2011.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O tempo da ditadura*. Regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003 ("O Brasil Republicano, v. 4).

FICO, Carlos. *Além do golpe*: versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro, Record, 2004.

FICO, Carlos. *Como eles agiam*. Os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por olho*. Os livros secretos da ditadura. Rio de Janeiro: Record, 2009.

FRANCO, Bernardo Melo. Punição a tortura na ditadura divide opiniões no país. In: *Folha de S. Paulo*, segunda-feira, 07 de junho de 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0706201008.htm> – Acesso em 27/02/2011.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Versões e ficções: o sequestro da história*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1997.

GANCIA, Barbara. "Haverá mais de um 'Maluf da esquerda?'". In: *Folha de S. Paulo*, sexta-feira, 09 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0909200503.htm> – Acesso em 27/02/2011.

GASPARI, Elio. "As viúvas dos militares do Haiti vão à luta". In: *Folha de S. Paulo*, domingo, 15 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1508201016.htm> – Acesso em 27/02/2011.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas*. A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada. São Paulo: Ática, 1987.

KEHL, Maria Rita. "Tortura e sintoma social". n: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 123-32.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de Guarda*. Jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2004.

MERLINO, Tatiana; OJEDA, Igor (orgs.). *Luta: substantivo feminino*. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

MEZAROBBA, Glenda. "O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 109-19.

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e Repressão*. O autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PILAGALLO, Oscar. "Os 90 anos da Folha em 9 atos." In: *Folha.com*, 19 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha90anos/877777-os-90-anos-da-folha-em-9-atos.shtml> - Acesso em 27/02/2011.

PIOVESAN, Flávia. "Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 91-108.

RIDENTI, Marcelo. *O fantasma da revolução brasileira*. 1ª Reimpressão. São Paulo: Unesp, 1996.

RODRIGUES, Alexandre. "CSN, 20 anos depois". In: *O Estado de S. Paulo*, 11 de novembro de 2008. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20081109/not\\_imp275546.0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20081109/not_imp275546.0.php) – Acesso em 27/02/2011.

SELIGMAN, Felipe; FERRAZ, Lucas. Por 7 votos a 2, STF mantém Lei da Anistia sem

alteração. In: *Folha de S. Paulo*, sexta-feira, 30 de abril de 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3004201002.htm> – Acesso em 27/02/2011.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. "Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil: 1974-1985". In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O tempo da ditadura*. Regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003 ("O Brasil Republicano, v. 4), pp. 243-82.

SMITH, Anne-Marie. *Um acordo forçado*. O consentimento da imprensa à censura no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

TELES, Edson. "Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 299-318.

VENTURA, Zuenir. *1968: o ano que não terminou*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

VILLA, Marco Antonio. "Ditadura à brasileira". In: *Folha de S. Paulo*, quinta-feira, 05 de março de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0503200908.htm> – Acesso em 27/02/2011.

WEIS, Carlos. "Decisão judicial: cumpra-se". In: *Folha de S. Paulo*, quarta-feira, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2302201108.htm> – Acesso em 27/02/2011.

ZAVERUCHA, Jorge. "Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 41-76.

*Ato Institucional n.º 1*: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm) – Acesso em 22/02/2011.

*Ato Institucional n.º 2*: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm) – Acesso em 22/02/2011.

*Ato Institucional n.º 5:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm) – Acesso em 22/02/2011.

*Constituição Federal de 1946:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm) – Acesso em 28/02/2011.

*Constituição Federal de 1967:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm) – Acesso em 23/02/2011.

*Emenda Constitucional n.º 1, de 1969:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm) – Acesso em 23/02/2011.

*Constituição Federal de 1988:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm) – Acesso em 28/02/2011.

*Lei de Segurança Nacional de 1953:* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L1802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1802.htm) – Acesso em 28/02/2011.

*Lei de Segurança Nacional de 1967:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/Del0314.htm> – Acesso em 28/02/2011.

*Lei de Segurança Nacional de 1969:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/Del0898.htm> – Acesso em 28/02/2011.

*Código de Processo Penal Militar:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del1002.htm> – Acesso em 26/02/2011.

Lei n.º 9140, de 1995:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm) – Acesso em 27/02/2011.

Lei n.º 10559, de 2002:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10559.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10559.htm) – Acesso em 27/02/2011.

Lei n.º 11111, de 2005:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm) – Acesso

em 27/02/2011.

## EXECUÇÃO PENAL PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88 : DUAS DÉCADAS DE COMPASSOS E DESCOMPASSOS

*Marcia Angela de Souza*<sup>236</sup>

**RESUMO** : O presente estudo tem por objetivo discutir a problemática que envolve a aplicação da Lei de Execução Penal quando há regressão de regime do preso, tendo em vista a condição de sujeito de direitos do executado afetado pela decisão modificativa de regime de cumprimento da pena.

**Palavras chaves:** Processo penal. Execução Penal. Pena Privativa de Liberdade. Incidente. Falta grave. Regressão de regime prisional.

**RÉSUMÉ:** Le travail suivant veut discuter l'application de la Loi d'Exécution Pénale Brésilienne dans l'hypothèse de régression du régime du prisonnier, puisqu'il est sujet des droits et cette modification affecte le regime de soumission de la peine.

**Mots-Clés:** Procédure pénale. Exécution Pénale. Peine de Prison. L'incident. L'erreur grave. Régression du régime de la prison.

### 1 NOTA INTRODUTÓRIA

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como seus fundamentos a prevalência dos direitos humanos, o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, bem como sustenta direitos e garantias individuais. Não obstante, o sistema carcerário em nosso país apresenta uma distância surpreendente entre a prescrição formal dessas garantias e a realidade.

Uma investigação criteriosa revela como a trajetória carcerária do preso pode ser descrita como uma sequência de rupturas comandadas, por um lado, pela necessidade de segurança interna do estabelecimento, por outro, pelas exigências e pelos editos do aparelho judiciário: a gestão penal da insegurança social alimenta-se, assim, de seu próprio fracasso programado (Cf. WACQUANT, 2001, p. 145).

A disposição do modelo penitenciário no Brasil, distanciada do sistema acusatório, alardeia a marca do autoritarismo, visto que as reivindicações do executado e da massa carcerária “não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades

---

<sup>236</sup> **SOUZA**, Marcia Angela de. Mestre em Direito Processual pela PUC - Minas. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Professora de Direito Processual Penal da UNIPAC - Itabirito. Servidora Pública. Advogada militante.

administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da insegurança.” (CARVALHO, 2003, p. 155).

O presente estudo desenvolveu-se a partir da comprovação, em situações concretas do cotidiano profissional e em estudos de questões doutrinárias e jurisprudenciais, da violação sistemática, contínua e silenciosa dos direitos individuais e das garantias processuais dos presos no curso da execução da pena.

Nosso olhar voltou-se para a análise da ofensa às garantias processuais ocorrida no curso da execução a partir da investigação de como a política neoliberal de penalidade máxima agravou as restrições de direitos na esfera da execução, esclarecendo de que forma a exigência de punição máxima suprimiu garantias processuais, questões que serão desenvolvidas nos itens seguintes.

## **2 RACIONALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE: UM PROCESSO COMPLEXO**

A execução penal é regida pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a qual instituiu o modelo de execução penal bem como mecanismos determinadores do controle da pena num universo tão insuficientemente estudado de forma eficiente em nosso país.

Nessa perspectiva, ao se analisar a evolução histórica da pena, desde o momento em que o crime era considerado ofensa à divindade até as atuais políticas criminais de prevenção, evidencia-se uma tentativa histórica da racionalização do direito. A par disso, a evolução da pena deveria refletir também o processo de racionalização da humanidade e do direito.

Revela Michel Foucault (2001) que a prisão se apresenta como a parte mais velada do processo penal porque os mecanismos da punição mudam as engrenagens da vida em sociedade. Assim, esclarece Foucault de que forma o corpo marcado simbolicamente foi desaparecendo da repressão penal a partir do século XVIII e começo do XIX: “a festa da punição vai-se extinguindo” (FOUCAULT, 2001, p. 12), numa tentativa de enterrar de vez o espetáculo punitivo:

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com

ele afinidades, igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes; fazendo o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 2001, p. 12/13).

Denúncia Foucault como a administração da pena vai se tornando, aos poucos, um setor emancipado, no qual um mecanismo administrativo desonera a justiça, livrando-a desse encoberto mal-estar, propondo o enterramento burocrático da pena (FOUCAULT, 2001, p. 13). Com a abolição da marca do ferro quente, do chicote e de diversas práticas punitivas, o sofrimento físico e a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena, mas, sim, a “prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação”, tão importantes nos sistemas penais modernos, os quais se referem diretamente ao corpo, ou “uma moral bem nova própria do ato de punir”. (FOUCAULT, 2001, p. 14/15). Propugna Foucault que o século XIX favorece, por fim, o desaparecimento da encenação da punição física e marca o início da era da sobriedade punitiva.

O afrouxamento da severidade penal marcou a própria modalidade judicial do julgamento quando os juízes passaram a cuidar também da “alma” dos condenados (Cf. FOUCAULT, 2001, p. 20). O juiz não julga mais sozinho, porque ao seu lado, no processo penal e na execução da pena, alastram-se nas diversas esferas anexas, nas quais justiças e juízes paralelos se intensificam em torno do julgamento principal:

Desde que funciona o novo sistema penal – o definido pelos grandes códigos dos séculos XVIII e XIX – um processo global levou os juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes: foram levados em suas sentenças a fazer coisa diferente de julgar; e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juízes da infração. A operação penal inteira carregou-se de elementos e personagens extrajurídicos. Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que é o destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos. Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrário, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga. (FOUCAULT, 2001, p. 22/23).

Essa tentativa de racionalização da pena propiciou que a execução penal passasse a referir-se a indivíduos e não a fatos, tal como ocorre no processo de conhecimento. Na execução penal um único processo acompanha o indivíduo em toda sua carreira criminosa (Cf. TEIXEIRA; BORDINI, 2003, p. 271) e todas as condenações que o mesmo vier a sofrer serão anexadas e cumpridas por meio daquele

processo (MARCÃO, 2004, p.1). O maior desafio na execução penal consiste, portanto, em racionalizar a aplicação da pena, preocupação presente nos primeiros estudos que delimitaram o direito de punir e os limites para o Estado aplicar a penalidade (TEIXEIRA; BORDINI, 2003, p. 271).

Certo é que somente o Estado pode tornar efetiva a sanção penal, ainda que decorrente de condenação imposta em ação penal privada, de maneira que a execução terá sempre natureza pública, decorrendo de decisão criminal de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou ainda de ação penal privada, em qualquer de suas modalidades de iniciativa.

A execução da pena revela-se, pois, um dos maiores impasses da contemporaneidade, notadamente ao se tomar por base duas pontuações essenciais que serão desenvolvidas posteriormente: que a ruptura do Estado Social para o Estado Democrático de Direito tem como marca a definição das garantias do indivíduo em face de suas relações com o Estado (Cf. DIAS, 2004, p.99), bem como a relevância dos princípios constitucionais processuais, tônica nos atuais estudos do Direito Processual (Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p.158). Nesse sentido, o executado não ficaria privado, durante o cumprimento da pena, de sua condição de sujeito de direitos processuais, e, desta forma, legitimado a participar ativamente da elaboração de toda e qualquer decisão suportada por ele, no curso do cumprimento da pena.

### **3 UMA CRÍTICA AO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL COMO “INSTITUIÇÃO TOTAL”**

Para iniciar a crítica, necessário se faz esclarecer a opção pelo vocábulo “instituição total”. O termo foi cunhado pelo sociólogo Erving Goffman, que estabeleceu a forma como as instituições, no sentido comum atribuído a elas, se revelam locais nos quais ocorrem atividades de determinado tipo, algumas abertas a quem quer que se comporte de maneira adequada, ao passo que outras restringem um pouco mais a frequência em seus interiores. Nesse sentido, toda instituição conquista parte de seus participantes e lhes fornece algo de um mundo. Algumas teriam predisposição ao fechamento (GOFFMAN, 2001, p. 15/16).

Ao propor a investigação a algumas instituições de nosso tempo, Goffman identificou que algumas são muito mais fechadas que outras, fechamento esse também denominado “caráter total”, simbolizado pela “barreira à relação social com o mundo

externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fosso, água, florestas ou pântanos.” (GOFFMAN, 2001, p. 16). A essa modalidade de instituição, Erving Goffman atribuiu o nome de instituições totais, que podem ser assim identificadas: a) aquelas criadas para cuidar de pessoas ditas incapazes e inofensivas, nesse sentido se encaixam as casas para velhos, cegos, órfãos ou indigentes; b) locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas, mas que representam uma ameaça à sociedade: sanatórios hospitalares para doentes mentais e leprosários; c) o terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a sociedade contra perigos intencionais: penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração - frise-se que nessa modalidade de “instituição total” o bem-estar dessas pessoas não se revela um problema imediato; d) aquelas estabelecidas para realizar algum trabalho: quartéis, navios, escolas internas; e, por fim, e) estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo: abadias, mosteiros, conventos etc. (GOFFMAN, 2001, p. 16/17)

A primeira das características das “instituições totais” é a ruptura das barreiras que geralmente separam três esferas da vida: a disposição que o indivíduo tem de dormir, brincar e trabalhar em locais diferentes, com co-participantes também diferentes. Pela regra, cada uma dessas fases é desenvolvida perante um universo grande de pessoas, as quais são tratadas da mesma forma e obrigadas a desenvolver as mesmas coisas em conjunto. Além disso, essas atividades são organizadas num plano racional único, visando atingir objetivos oficiais da instituição. A par disso, há um controle das necessidades humanas pela organização burocrática de tal forma que, quando as pessoas se movimentam nessas “instituições totais”, são supervisionadas não mediante orientação periódica, como ocorre nos ambientes de trabalho, mas como vigilância (GOFFMAN, 2001, p. 18). No mais,

Nas instituições totais existe uma divisão básica entre um grande grupo controlado, que podemos denominar o grupo de internados, e uma pequena equipe de supervisão. Geralmente, os internados vivem em instituição e têm contato restrito com o mundo existente fora de suas paredes; a equipe dirigente muitas vezes trabalha num sistema de oito horas por dia e está integrada no mundo externo. Cada agrupamento tende a conceber o outro através de estereótipos limitados ou hostis – a equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança; os internados muitas vezes vêem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos. Os participantes da equipe tendem, pelo menos sob alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos, censuráveis e culpados. (GOFFMAN, 2001, p. 18/19)

Além disso, há restrições para conversas entre as fronteiras e os internos não têm conhecimento das decisões referentes aos seus destinos. Ademais, observou Erving Goffman que, quando alguém se refere às interpretações ou aos interesses da instituição, se refere, implicitamente, às interpretações e aos interesses da equipe que a dirige. A prisão revela-se, por conseguinte, uma instituição total, e esta se apresenta, pois, uma estufa para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu.” (GOFFMAN, 2001, p. 22).

Nessa perspectiva, o regime disciplinar previsto na Lei de Execução Penal foi concebido como um instrumento normativo capaz de conferir humanidade e racionalidade ao tortuoso processo de injeção da pena privativa de liberdade ao indivíduo. No entanto, a despeito de alguns avanços, não se verifica, substancialmente, uma ruptura em relação ao modelo penitenciário tradicional, calcado no “discrecionalismo administrativo, no cientificismo etiológico e na arraigada visão positivista da pena” (ROIG, 2005, P. 138/139). Michel Foucault já havia detectado que prevalece no sistema carcerário o servilismo, o qual se esconde sob a máscara de expressões capazes de tutelar uma aparência de legalidade (FOUCAULT, 2001, p. 249):

Mas o efeito mais importante talvez do sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar pelo menos o limite de tolerância à penalidade. [...] Com efeito, a grande continuidade do sistema carcerário por um lado e outro da lei e suas sentenças dá uma espécie de caução legal aos mecanismos disciplinares, às decisões e às sanções que estes utilizam. De um extremo a outro dessa rede, que compreende tantas instituições ‘regionais’, relativamente autônomas e independentes, transmite-se, com a ‘forma-prisão’, o modelo da grande justiça. [...] O carcerário, com toda sua gama de punições que se estende dos trabalhos forçados ou da reclusão criminal até os enquadramentos difusos e leves, comunica um tipo de poder que a lei valida e que a justiça usa como sua arma preferida. Como poderiam parecer arbitrários as disciplinas e o poder que nelas funciona, se o que fazem é apenas acionar os mecanismos da própria justiça, com o risco de diminuir-lhes a intensidade? Ou, se generalizam esses efeitos, com o risco de até os últimos níveis, é para evitar seus rigores? A continuidade carcerária e a difusão da forma-prisão permitem legalizar, ou em todo caso legitimar, o poder disciplinar, que evita assim o que possa comportar de excesso ou de abuso. (FOUCAULT, 2001, 249/250).

A prisão se revela, pois, um ambiente de submissão acrítica, um espaço no qual se promove uma aculturação contínua e silenciosa. No cálculo final entre custos (garantias dos direitos) e benefícios (segurança e disciplina), estes últimos recebem precedência em detrimento daqueles (Cf. ROIG, 2005, p. 141).

Essa assertiva é ilação da crítica de que a retomada da penalidade neoliberal pretendeu remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado”

econômico e social. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública (Cf. WACQUANT, 2001, p.7).<sup>237</sup>

Nesse contexto, Loïc Wacquant reconstrói como um tráfico transcontinental de ideias (teses) e de políticas públicas saídas dos Estados Unidos a respeito do crime, da violência, da justiça, da desigualdade e da responsabilidade do indivíduo, criou, mundo afora, uma vertente diretiva fincada no novo senso comum penal visando criminalizar a miséria. Essa vasta rede de difusão parte de Washington e Nova York para aportar em Londres e, a partir daí, ramificar-se por todo o continente Europeu: o rigor penal acolhido nos Estados Unidos há duas décadas, cujo resultado é a quadruplicação da população carcerária num período de 15 anos (Cf. WACQUANT, 2001, p.19/20).

Nova York (exageradamente apresentada como a metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo das ‘cidades seguras’ nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra), esse tema proporciona aos políticos de cada um dos países importadores a oportunidade de dar ares de ‘modernidade’ à paradoxal piroeta retórica que lhes permite reafirmar com pouco prejuízo a determinação do Estado em punir os ‘distúrbios’ e, ao mesmo tempo, isentar esse mesmo Estado de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à responsabilidade *individual* os habitantes das zonas ‘incivilizadas’, a quem incumbiria doravante exercer por si mesmo um controle social próximo, como exprime essa declaração, similar a tantas outras, de Henry McLeish, ministro do Interior escocês (e neo-trabalhista), publicada sob o título ‘A tolerância zero vai limpar nossas ruas’. (WACQUANT, 2001, p. 31)

Há, nessa perspectiva, um desmonte do Estado Providência materialista por um Estado Punitivo, no qual os membros das classes populares do mercado de trabalho são o alvo no Estado penal. A política enjeita progressivamente a meta de reformar a sociedade e, em lugar disso, se preocupa em supervisionar a vida dos pobres: mais que a sociedade, é o comportamento que deve mudar.

Como consequência, várias tendências nortearam tais políticas diretivas e a primeira delas foi o crescimento vertiginoso das populações aprisionadas. Em 1975, o

<sup>237</sup> De acordo o Relatório Global sobre a situação dos Direitos Humanos de 2000, da Human Rights Watch, as condições carcerárias continuaram a violar as normas internacionais relativas aos Direitos Humanos dos Presos. O maior dos problemas, a superlotação, as desastrosas e terríveis condições sanitárias e a ausência de assistência médica e jurídica foram a causa de rebeliões em delegacias, prisões e penitenciárias durante todo o ano. Dados do último censo penitenciário de 1997 - mostraram que enquanto as prisões brasileiras tinham capacidade para apenas 74.000 detentos, nelas eram mantidos mais de 170.000. O Brasil atrás das grades: uma análise do sistema penitenciário. Disponível em (<http://hrw.org/portuguese/press/1999/recommend.html#carcerarias>). Segundo dados do Human Rights Watch World Report de 2007, “as condições desumanas, violência, corrupção e superlotação que historicamente têm caracterizado as prisões brasileiras permanecem como um dos principais problemas de direitos humanos do país. De acordo com o Ministério da Justiça, as prisões brasileiras possuíam 371.482 detentos em junho de 2006, excedendo a capacidade do sistema em mais de 150.000 detentos.” Disponível em: (<http://hrw.org/englishwr2k7/docs/2007/01/11/brazil14882.htm>).

número de detentos nos Estados Unidos havia decrescido para um contingente de 380.000 detentos; 10 anos mais tarde, todavia, a curva da população carcerária se modificou desproporcionalmente, saltando para 740.000 antes de ultrapassar 1,5 milhões em 1995 e chegar perto dos dois milhões no final de 1998. Uma ocorrência jamais vista em qualquer sociedade democrática: demonstração da estarrecedora expansão do Estado Penal Americano (Cf. WACQUANT, 2001, p. 83):

Uma última transformação, ao mesmo tempo qualitativa e quantitativa, acaba de apertar o laço do nó penal em torno das parcelas da classe trabalhadora desestabilizada pela escalada do trabalho assalariado precário e o desmoronamento da proteção social: o cancelamento das liberdades antecipadas e a transformação da liberdade condicional em dispositivo policial adotado não mais para ajudar os antigos detentos a se reinserir, mas para recapturar o maior número possível deles submetendo-os a uma vigilância intensiva e uma disciplina meticulosa (sobretudo por intermédio da revista semanal em busca de drogas, que se tornou a principal atividade dos agentes de *probation* em muitas jurisdições). Na Califórnia, por exemplo, o número dos ex-detentos em condicional devolvidos para trás das grades passou de 2.995 em 1980 para 75.400 em 1996, dos quais a esmagadora maioria (58.000) **em consequência de uma simples revogação administrativa por não cumprimento das condições de sua libertação**. Entre 1985 a 1997, a percentagem de *paroles* (liberdade condicional sob palavra) que passaram com êxito pela prova a nível nacional despencou de 70 para 44%. **Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal de reabilitação**, depois das críticas cruzadas pela direita e da esquerda da década de 70 e de sua substituição por uma ‘nova penologia’, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas *isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos* mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de ‘detritos sociais’ que com trabalho social. (WACQUANT, 2001, p.85/86). (grifo nosso)

Essa expansão sem antecedentes das atividades carcerárias no Estado Penal foi seguida pelo desenvolvimento alvoroçado de uma indústria privada da carceragem. Ao mesmo tempo, a fixação das penitenciárias se propala um eficiente expediente de desenvolvimento econômico e de fomento nos Estados Americanos. Uma política que alia prisão e mercado de trabalho desqualificado, prisão e perpetuação da ordem social: “A indústria da carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos.” (WACQUANT, 2001, p.91/95).

O que é interessante nessa contextualização é que não importa a compreensão do Estado de Direito (seja Estado de Bem Estar Social ou Estado democrático de Direito), pois a argumentação neoliberal ameaçou fortemente as conquistas do Estado Social do pós-Segunda Guerra, e uma de suas particularidades assumidas foi o "Estado Penal" ou

"Estado Segurança" de interpretação liberal (ou neoliberal). Competem entre si, portanto, uma interpretação socializante e liberal na leitura dos direitos fundamentais e na orientação das políticas sociais dos Estados de Direito contemporâneos.

Paralelamente ao crescimento desse vertiginoso e paradoxal fenômeno, e, como forma de mantê-lo em sua formatação original, as garantias processuais vão sendo pouco a pouco suprimidas e o ambiente carcerário se revela um laboratório apropriado para executar esse mister.

A confirmar tais afirmativas, podemos apontar importante pesquisa realizada pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (FSeade) em todos os processo de Execução Penal do Estado de São Paulo no ano de 2002. As pesquisadoras Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini constataram que muitas teses de senso comum que diuturnamente vinham sendo defendidas não ocorriam na realidade no universo das execuções. Assim, por exemplo, com referência à progressão de regime, foi possível aferir: a) que apenas 22,1% dos presos a obtiveram; b) 72,5% dos que a obtiveram haviam cumprido mais de 1/3 da pena; c) 54% dos presos pediram a progressão; d) 41% dos presos, entre os que pediram o benefício, obtiveram a progressão; dos pedidos de progressão, apenas 26,4% foram deferidos. No que se refere ao livramento condicional, outros dados relevantes: a) 8% dos presos ganharam livramento condicional; b) 24% dos presos pediram o livramento condicional; c) 33% dos presos, entre os que pediram o benefício, obtiveram a concessão do livramento condicional; d) dos pedidos de livramento condicional, 31,1% foram deferidos.

Realizada há uma década, os resultados da pesquisa revelaram que o Judiciário, ao contrário do discurso que vinha tomando conta da mídia e se cristalizando em diversos projetos de lei, apresentava um comportamento refratário aos dispositivos da Lei de Execução Penal, politizando suas decisões, assumindo, ainda, um discurso altamente repressivo ao relativizar ao máximo os direitos previstos na Lei (Cf. TEIXEIRA; BORDINI, 2003).

Nesse ponto, a necessidade de expansividade do "devido processo legal" em consonância com o paradigma constitucional vigente para a execução penal, e, de outro, a subsistência e o assédio de uma argumentação liberal (neoliberal) na esfera das políticas de execução penal cuja lógica é promover o encarceramento dessa massa de indivíduos não alcançados pelas políticas sociais. Se precisamos encarcerar porque procedimentalizar? Por conseguinte, talvez, a resistência à procedimentalização

constitucionalmente adequada da execução penal, afinal a lógica neoliberal do encarceramento não favorece a expansividade do devido processo legal neste domínio.

A individualização e a progressão de pena de cada preso é substrato indispensável para vários dos elementos da Lei de Execução Penal. Dessa maneira, a questão sobre se o preso é um reincidente ou um réu primário é essencial na determinação do encarceramento em uma prisão de regime fechado, regime aberto ou prestação de serviço comunitário. Após tal análise, o juiz de execução penal deve inspecionar constantemente seu caso enquanto estiver encarcerado, adequando os termos da sentença de acordo com sua conduta.

Habitualmente, o preso que inicia o cumprimento de sua sentença em regime fechado, após cumprir uma parte de sua pena deveria ser transferido para um estabelecimento de regime semi-aberto e depois de um tempo, para um de regime aberto quando finalmente poderia retornar à sociedade.

Em síntese, a perspectiva do encarceramento é de um processo ativo e não se resume a prazos fixos e determinados. Contudo, as pretensões da LEP com respeito à progressão de penas não têm sido colocadas em prática em toda a sua abrangência. Muitos presos nunca chegam a um estabelecimento de regime aberto ou semi-aberto; pelo contrário, cumprem toda sua pena numa prisão de regime fechado. Muitos a cumprem até mesmo em delegacias.

Para corroborar essas conclusões, em 1998 a Human Rights Watch entrevistou diversos presos nessa situação. Apesar de se qualificarem para remoção para estabelecimentos penais menos restritivos, permaneceram presos. De acordo com o estudo, o Ministro da Justiça contabilizara que 11,2% dos presos condenados (aproximadamente 11.000 presos) habilitaram-se para a progressão da pena, não obstante pouco se beneficiando disso (disponível em: <http://hrw.org/portuguese/reports/presos/>).

Tal fato, por si só, geraria a responsabilidade estatal diante de sua ineficiência em gerir o sistema.

Não por outra razão o processualista mineiro Ronaldo Brêtas conclui que o sistema jurídico brasileiro consagra o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos praticados aos constituintes pelos seus agentes públicos. Ao analisar a matéria, expõe o processualista que o Estado, ao avocar o dever jurídico de prestar o serviço jurisdicional de forma monopolizada, será responsável tanto pela culpa na escolha do

agente público a quem é confiada a função de julgar, quanto por não exercer o dever de vigilância sobre o agente público julgador no curso da atividade exercida, pois

em qualquer das circunstâncias de funcionamento anormal ou defeituoso daquele serviço público, decorrentes das atuações ilícitas dolosas ou culposas do juiz, tais fundamentos já sendo suficientes para justificar de sobejo a obrigação indenizatória do Estado. ((DIAS, 2004, p. 75/76)

Pelo visto, a descrição proposta sobre o fracasso no instituto da progressão possui fundamentos diversos, dentre eles a falta de assistência jurídica, a insuficiência de magistrados para processar seus casos e o ínfimo rol de estabelecimentos de regimes aberto ou semi-aberto.

A questão é grave, pois ao manter presos que se habilitam para a progressão das penas, lotados em prisões de regime fechado, o Estado colabora com a superlotação e contribui para a criação de presos frustrados e irritados, situação que resulta em rebeliões frequentes. Tais presos foram "literalmente esquecidos pelo sistema judiciário", como frisou um componente da CPI do sistema prisional de São Paulo. (disponível em: <http://hrw.org/portuguese/reports/presos/>)

Pouco mudou na execução penal após 1998, data da realização da pesquisa. Em tal contexto, confirmando que a norma prevista no inciso LV do art. 5.º da Constituição da República determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, como compreender que na execução penal o sentenciado tenha seu direito de liberdade revertido sem observância concreta ao devido processo legal? Numa análise incipiente, prevalece no sistema de execução penal um temor quanto ao risco de que uma eventual absolvição no processo penal que caminha paralelamente ao incidente de execução penal por prática de fato definido como crime doloso possa representar para a manutenção da ordem.

Algumas decisões na esfera da execução penal não têm por fundamento os princípios do devido processo legal, mas possuem fim utilitário, aniquilando o princípio do contraditório, expressamente garantido aos litigantes em processo judicial e administrativo, como se verifica dos destaques abaixo:

RHC - Falta grave - Regressão de regime prisional - Possibilidade. **É passível de sofrer regressão de regime prisional o condenado que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, pratique fato definido como crime doloso ou falta grave.** Inexistência de constrangimento ilegal em decretação de regressão de regime, quando devidamente fundamentado. (RHC

n. 5.765-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, j. 26/11/96, DJU de 7/4/97, p. 11.134, grifo nosso)

Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso, quando este pratica fato definido como falta grave, como previsto no art. 118, I, da Lei n. 7.210/84 (RHC n. 779-SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 8/9/98, DJU de 28/9/98, p. 120, ementa parcial)

Para a regressão do regime prisional pela prática de fato definido como crime doloso não se exige a condenação do sentenciado pelo novo delito. Se assim fosse, a Lei 7.210/84 não falaria em 'praticar fato definido como crime doloso', mas em ser condenado por crime doloso, e não equipararia, grosso modo, a prática do delito a simples falta grave. Nem teria sentido, outrossim, determinasse a prévia audiência do sentenciado (art. 118, § 2º), que jamais poderia justificar o cometimento de fato já proclamado criminoso por decisão judicial. (RT 636/291).

O sentenciado que pratica fato definido como crime doloso fica sujeito à regressão de regime prisional, **mesmo antes da existência de sentença condenatória transitada em julgado, sem que isto implique em afronta ao princípio constitucional da presunção inocência**, o qual não tem o condão de assegurar indenidade àqueles que decidem dedicar suas vidas à criminalidade. (RJDTACRIM 26/33, grifo nosso).

Pena - Regime prisional - Regressão - Sentenciado em regime semi-aberto indiciado em inquérito policial por posse de entorpecente durante o cumprimento da reprimenda - Falta grave caracterizada - **Revogação do regime independentemente do resultado de eventual ação penal** - Constrangimento ilegal inexistente - Habeas corpus denegado - Inteligência do art. 118, I, da Lei 7.210/84. [...] Processual Penal. Habeas corpus. Execução da pena. Falta grave. Regime carcerário. Transferência. Está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (art. 118, I, da LEP). Ordem denegada" (RT 651/334, grifo nosso).

Os processos que originaram tais julgados tiveram seu curso nos primeiros dez anos após a Constituição Federal de 1988. Entretanto, apesar do disposto no art.º 5.º verifica-se que não houve grandes preocupações com a inobservância do contraditório e da ampla defesa na apuração do incidente de regressão de regime. Todavia, contraditório, na atual ordem vigente, não se reduz a um plano meramente formal. O contraditório implica a participação dos afetados pelo provimento em simétrica paridade na construção deste. Ou seja: “não será apenas a decisão (sentença) que será construída participadamente, mas toda a estrutura procedimental que gera o provimento final que garante a simétrica paridade entre os afetados.” (PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 10).

#### **4. PARADOXOS E IMPRECIÇÕES SEMÂNTICAS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A Lei de Execução Penal prevê as seguintes espécies de incidentes: as conversões (previstas nos arts. 180 a 184), o excesso ou desvio (arts. 185 e 186), bem como a anistia e o indulto (arts. 187 a 193). Além dessas intercorrências, a regressão de regime também exige a instauração de incidente e está prevista no art. 118 da Lei.

As conversões seriam a substituição de uma sanção por outra no curso da execução (Cf. NOGUEIRA, 1996, p. 305) e se dividem em conversão da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, em restritiva de direitos; conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade; conversão da pena de prestação de serviços à comunidade; conversão da limitação de fim de semana; conversão da pena de interdição temporária de direitos. Da mesma maneira, a superveniência de doença mental ou perturbação de saúde; a conversão do tratamento ambulatorial em internação; a conversão da pena de prestação pecuniária e a conversão da pena inominada (ou conversão de pena de prestação de outra natureza). Quanto à conversão da pena de multa em detenção, não há mais essa possibilidade, uma vez que o art. 51 e parágrafos do Código Penal e o art. 180 da Lei de Execução Penal foram revogados.

Os incidentes podem modificar o rumo de execução da pena, impondo regime de cumprimento de pena mais gravoso, além de reduzir ou extinguir a pena ou medida de segurança submetida à execução.

Nesse tocante, encerrada a fase instrutória, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente, procede-se à execução do título executivo judicial, o qual se constitui de uma sentença penal condenatória. Necessário esclarecer, nesse ponto, que a legislação prevê como espécies de penas: as privativas de liberdade<sup>238</sup>, as penas restritivas de direitos<sup>239</sup> e a multa<sup>240</sup>. A pena privativa de liberdade pode ser cumprida

---

<sup>238</sup> As penas privativas de liberdade se dividem em reclusão, se a pena imposta for superior a 8 anos, hipótese em que o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado. Sendo a reclusão superior a 4 anos, mas não exceder a oito, o regime inicial será o semi-aberto. Para 4 anos ou menos, o executado iniciará o cumprimento da pena em regime aberto. A segunda modalidade de pena privativa de liberdade é a detenção. Em se tratando da pena de detenção, se essa for superior a 4 anos, o regime inicial de cumprimento da pena será o semi-aberto; para pena de detenção igual ou inferior a 4 anos, o regime inicial será o aberto. A prisão simples é prevista para as contravenções penais.

<sup>239</sup> As penas restritivas de direito estão previstas no art. 43 do Código Penal.

<sup>240</sup> A pena de multa aparece como uma alternativa à pena de prisão e sua aplicação consiste na obrigação de pagar ao fundo penitenciário, ou à alguma instituição determinada pelo Juiz da condenação, quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. A pena de multa aparece previamente cumulada em abstrato no tipo penal ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, sendo, nesse caso, a única sanção subsistente, desde que a privação de liberdade não ultrapasse um ano.

em três regimes penitenciários distintos: o fechado<sup>241</sup>, o semi-aberto<sup>242</sup> e o aberto<sup>243</sup>. O rol das penas e as modalidades de cumprimento da pena estão previstos no Código Penal.

Quanto às faltas, a lei da Execução Penal prenuncia uma ordem de valoração das faltas disciplinares classificando-as em leves, médias e graves. As faltas leves e médias são irrelevantes para o estudo. As faltas graves, por sua vez, repercutem na vida do estabelecimento prisional e no quadro geral da execução, justificando a regressão de regime que consiste na transferência do condenado para regime mais rigoroso, sendo, desta maneira, equiparadas à prática de fato definido como crime, conforme preceitua o art. 118 da Lei. Sua ocorrência obriga a autoridade administrativa a representar perante o juiz da execução (parágrafo único do art. 48) para definir sobre a regressão (Cf. MARCÃO, 2004, p. 33).

A referida lei prevê as seguintes ocorrências de regressão de regime por cometimento de falta grave, sempre que o condenado à pena privativa de liberdade: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; e VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei, que são, respectivamente, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Renato Flávio Marcão entende que somente a matéria que exige pronunciamento jurisdicional fica confinada aos incidentes de execução, e, nessa perspectiva, inserem-se todas as situações nas quais se estabelece o conflito de interesse entre o Estado e o condenado (Cf. MARCÃO, 2004, p.254). Esclarece o autor:

Embora a Lei de Execução Penal se refira apenas à comunicação apenas da decisão que determina o isolamento como sanção disciplinar pelo cometimento de falta grave, quer-nos parecer que toda punição a esse título deva ser comunicada de imediato ao juiz da execução, já que a prática de falta grave, seja ela qual for, enseja conseqüências as mais variadas no curso da execução da pena, tais como a regressão de que cuida o art. 118, I; a revogação da autorização de saída temporária, consoante dispõe o art. 125; a perda dos dias remidos, regulada pelo art. 127; a revogação do livramento

---

<sup>241</sup> O condenado cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

<sup>242</sup> Nesse regime, a pena é cumprida em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

<sup>243</sup> O executado trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em casa do albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

condicional, no caso de crime praticado durante a vigência do benefício, a rigor do disposto no art. 140, da LEP, c/c o art. 86, I do CP, e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade, a teor do disposto no art. 181, § 1.º, *d*. Em se tratando da sanção prevista no inciso V do art. 53 da LEP, a desnecessidade de comunicação ao juiz da execução é manifesta, já que tal sanção somente poderá ser aplicada pelo próprio juiz da execução (...) (MARCÃO, 2004, p. 44).

O cometimento de falta grave no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade provoca o reinício da contagem a partir da data de seu cometimento, na fração de um sexto da pena como requisito objetivo da progressão (Cf. MARCÃO, 2004, p. 120).

Provoca perplexidade que a primeira das faltas graves enumeradas, “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, uma vez cometida pelos presos, resulte na aplicação da sanção administrativa disciplinar. Sem dúvida, apresenta constitucionalidade duvidosa, vez que inadequada ao princípio da legalidade. As expressões “incitar”, “subverter a ordem” e “subverter a disciplina” necessitam de maiores esclarecimentos por trazerem expressões de difícil compreensão, imprecisas e de múltiplas interpretações. No mesmo sentido, as expressões “inobservância de deveres de obediência” e “inobservância das ordens recebidas”. (Cf. FERREIRA; RAYA, 2004, p. 265).

Para Rodrigo Duque Estrada Roig, a indeterminação semântica utilizada na descrição das faltas graves deixa implícito que a “integridade da instituição cárcere” não pode ser desafiada por atos subversivos de internos, sendo imperiosa a inflexível punição dos faltosos (ROIG, 2005, p. 148). Continua o doutrinador:

Em lugar de um julgamento disciplinar fundado na objetividade jurídica da falta, realiza-se uma autêntica anamnese da periculosidade do autor frente à incolumidade estrutural da prisão, em que a falta é tida como um desvio antagônico aos fins colimados pela execução e o preso é tratado como um foco infeccioso no interior do ‘sadio’ organismo do cárcere.

Exemplo dessa assertiva reside na arraigada prática judicial de somente se deferirem os ‘benefícios’ da execução após o esclarecimento integral da folha criminal do apenado, mesmo que este já tenha cumprido os requisitos objetivos e subjetivos legais necessários. Tal medida traduz, evidentemente, a criação de um requisito *extra legem* (de mais um óbice, portanto) à fruição de direitos atinentes à liberdade, que por certo, viola o princípio da estrita legalidade, sem mencionar a problemática acerca da presunção da inocência. Partindo-se da premissa de que o enclausuramento deve ser visto como *ultima ratio*, limitando-se às hipóteses de extrema necessidade, não se justifica a inversão do ônus da prova do Estado para o indivíduo, no tocante ao esclarecimento de sua situação jurídica. A partir do momento em que o apenado cumpre absolutamente todos os pressupostos legais necessários à fruição de um determinado direito em sede de execução penal, o ônus da prova de qualquer fato obstativo desse direito deve pertencer exclusivamente ao Estado-Administração, que por sinal deveria diligenciar no sentido do

aclaramento da situação jurídica antes do implemento dos referidos requisitos. (ROIG, 2005, p. 145/146)

Há no presente caso um exemplo claro de imprecisão conceitual jurídica não resolvida pela inconsistente definição de disciplina trazida pela própria Lei de Execução Penal, e a “amplitude semântica proporcionada pela descrição típica do art. 50 da LEP é indubitavelmente um fator de desestabilização das garantias dos reclusos” (Cf. ROIG, 2005, p. 143). Da mesma forma, a noção de ordem carece de objetividade, sendo pautada por parâmetros que, na realidade, são determinados casuisticamente (Cf. ROIG, 2005, p. 142).<sup>244</sup> Essa é também a compreensão de Nilo Batista, *verbis*:

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais ‘genéricos e vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. (BATISTA, 2001, p. 78)

A segunda das faltas graves previstas para os condenados à pena privativa de liberdade é a fuga. A evasão, com ou sem violência é penalizada pela Lei de Execução Penal.

Ainda mais espantoso se revela o teor do parágrafo único do art. 49, ao preceituar que tentada ou consumada a conduta que ensejou a falta disciplinar grave, ainda assim caberá a sanção sem qualquer abrandamento, punindo a tentativa com a mesma pena prevista para o crime consumado (art. 49, parágrafo único da LEP). A Lei de Execução Penal pune a tentativa de qualquer falta disciplinar, inclusive a fuga. Paradoxalmente, registre-se, não se aplica a regra do art. 14 do Código Penal, parágrafo único, o qual especifica que, no caso de tentativa, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado diminuída de um a dois terços. Propício, nessa perspectiva:

---

<sup>244</sup> Esclarece também o autor que “Isto porque as decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de predeterminações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo”. [...] “Esses dispositivos legais possuem dois aspectos em comum com as normas disciplinares indeterminadas e flexíveis, de maneira nitidamente utilitaristas, segundo a necessidade de adoção de uma política criminal manipulável, em detrimento da segurança do apego à taxatividade legal, em prol de um ‘bem maior’, a defesa da sociedade. Frise-se, por oportuno, que a punição do indivíduo nos termos deste dispositivo depende do completo alvedrio da autoridade penitenciária, a quem compete a interpretação acerca do que desestabiliza ou não a ordem e a disciplina carcerárias, gerando infindáveis incertezas. Trata-se, afinal, de um silogismo deformado, em que a premissa maior é representada pela norma disciplinar tutora da ordem e disciplina e a premissa menor, pela conduta tido como subversiva, inferindo-se a conseqüente aplicação de sanção disciplinar por falta grave.” (ROIG, 2005, p. 143)

A subversão do princípio da lesividade, a partir da punição de condutas que não afetem qualquer bem jurídico, a violação do princípio da legalidade (na modalidade *nullum crimen nulla poena sine lege certa*), em decorrência da vasta utilização de conceitos jurídicos indeterminados, bem como o desrespeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em virtude da punição de faltas tentadas com as mesmas penas das consumadas, refletem a tônica da normatividade disciplinar da Lei de Execução Penal [...] (ROIG, 2005, p. 142).

Incoerentemente, Renato Flávio Marcão adota ponto de vista no qual referida regra do Código Penal, impondo a redução da pena em matéria de crime tentado, em hipótese alguma poderá ser ampliada para a execução penal por que a lei de execução penal possui campo próprio de aplicação, assim como o Código Penal:

Referida regra em hipótese alguma pode ser ampliada para o campo da execução penal, mesmo que se sustente que em caso de crime, que é mais grave, ocorre o abrandamento, e que por questão de lógica e proporcionalidade tal deveria ocorrer, em sede de sanção disciplinar. A Lei de Execução Penal tem campo próprio de aplicação, assim como o Código Penal. É bem verdade que muitas regras, de um e de outro diploma, muitas vezes devem ser combinadas para a solução de questões jurídicas. Mas, no particular, não é o caso (MARCÃO, 2004, p. 33).

Conveniente ressaltar, além da ocorrência de falta grave originar a regressão de regime, poderá levar o sentenciado a cumprir regime disciplinar diferenciado por até 360 dias, conforme dispõe o art. 52 da Lei de Execução Penal, com as modificações introduzidas pela Lei 10.792/2003 que, ao alterar a Lei 7.210/84, usa expressões tais como:

“autor de fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas” ou que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” ou ainda “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”<sup>245</sup>.

A inserção no Regime Disciplinar Diferenciado pode ser renovada em caso de nova falta grave da mesma espécie, sendo possível alcançar o limite de um sexto da pena aplicada.

Em estudo sem precedentes no campo da Execução Penal, Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutinõ Raya esclarecem que existem inúmeros delitos previstos no Código Penal cuja lesividade sobrepuja àquelas previstas para a aplicação dos 360 dias em regime disciplinar diferenciado. Todavia, as sanções para tais crimes apresentam patamares inferiores, como se verifica no crime de lesão corporal, cuja pena de detenção

<sup>245</sup> Cf. art. 52, I, §§ 1.º e 2.º, da Lei 7.210/84, com as alterações inseridas pela Lei 10.792/2003.

varia de 3 meses a 1 ano. No crime de perigo de contágio de moléstia venérea, a pena também varia no mesmo patamar do crime anterior.

Pela mesma linha, o crime de maus-tratos, cuja conduta é expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a de alimentação ou cuidados dispensáveis, sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, a pena imposta varia de 2 meses a um ano, ou multa.

No mesmo sentido, os crimes de rixa, com pena de detenção de 15 dias a 2 meses, ou multa e o crime de constrangimento ilegal, cuja pena varia de 3 meses a 1 ano, ou multa substitutiva. O que precisa ser acentuado no regime disciplinar diferenciado, é que a sanção administrativa pode alcançar até um sexto da pena aplicada, o que revela clara incongruência ao prever sanções superiores àquelas previstas para diversos delitos prescritos no Código Penal Brasileiro.

A aplicação do art. 52 conduzirá à seguinte situação de perplexidade apontada pelos autores: aqueles que cometerem crimes de lesão corporal, maus-tratos e constrangimento ilegal contra presos provisórios ou condenados, por exemplo, serão apenados com sanção de no máximo 1 (um) ano de detenção, podendo o magistrado permitir o cumprimento dessa reprimenda em regime semi-aberto, ou efetuar o pagamento de multa. Frise-se que tais práticas são comuns nas unidades prisionais.

Entretanto, o preso que vier a praticar as abstratas e indeterminadas condutas de incitar movimento de subversão à ordem ou à disciplina; inobservar os deveres de obediência a servidores e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; ou então inobservar as tarefas e ordens recebidas, ou forem classificados sob o impreciso conceito de subversor da ordem ou da disciplina poderão se sujeitar ao regime disciplinar a 360 dias a serem cumpridos em celas de segurança. (FERREIRA; RAYA, 2004: p. 268/270).

Prossegue a Lei de Execução Penal afirmando que a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem constitui falta grave, tratando-se de mais um exemplo de um tipo genérico, permitindo, também, inúmeras interpretações. Com a acolhida de tal conteúdo, fulminada está a ocorrência do contraditório na execução penal, vez que designações valorativas são impossíveis de contestação pelo executado, conforme informam os autores anteriormente citados.

As demais faltas graves consistem em provocar acidente de trabalho, não se sabe se dolosas ou oriundas de culpa; descumprir no regime aberto as condições impostas na

sentença; inobservar o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, norma que evidencia um autoritarismo e a subserviência irrestrita do apenado. Nesse sentido, adequada a advertência de Beccaria:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz e a sociedade não lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2003, p. 37)

Andrei Zenkner Schmidt remete à compreensão de que a interpretação jurisdicional das normas insertas na execução penal frequentemente apresenta-se viciada metodologicamente pela confusão entre direito e moral em razão da defesa de uma criminologia da defesa social, a qual prescreve a defesa da sociedade mesmo que em detrimento de garantias individuais fundamentais (SCHMIDT, 2002, p.84). Para o autor, os princípios constitucionais vêm sendo reconhecidos em outras áreas do direito e ignorados na execução penal cuja situação é agravada, porque, nesses procedimentos, o arbítrio estatal é corroborado por um sentimento social de vingança:

[...] a atividade hermenêutica na execução penal, a fim de atingir essa (inconstitucional) defesa social, acaba interpretando uma norma infraconstitucional sem levar em consideração, ao mesmo tempo, a Constituição Federal. É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegitimidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. Nesse contexto, é tarefa da doutrina, das universidades e de todas as instituições que com o Direito Penal convivem perceberem que, num Estado Democrático de Direito, toda lei penal encontra-se vinculada formal e substancialmente, assim como todos os Poderes também estão com as mãos atadas aos *direitos fundamentais*. (SCHMIDT, 2002, p.113).

Na perspectiva em destaque, é lamentável, pondera o autor, que o processo de execução penal, ao menos no plano fático, ainda seja visto como um processo administrativo, em que o processado (nas intercorrências ou incidentes) não necessite ser representado por um advogado. E complementa que ainda que fossem considerados como verdadeiro processo administrativo, ainda assim “muitos processos de execução criminal seriam nulos, visto que os presos não são notificados do conteúdo dos laudos da EOC e da CTC <sup>246</sup> para se manifestarem antes da decisão” (SCHMIDT, 2002, p.

---

<sup>246</sup> Equipe de Observação Criminológica e Comissão Técnica de Classificação.

112). Como reforçado, a ampla defesa e o contraditório existem em processos administrativos, de acordo com a nossa Constituição da República.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: EXECUÇÃO PENAL COMO ESPAÇO DE CONFIRMAÇÃO DO ARBÍTRIO**

Como visto, o modelo de execução penal brasileiro encontra-se regido por uma série de entendimentos equivocados, os quais refletem a completa inexistência de procedimento, quiçá de processo. Esse distanciamento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, propicia um ambiente altamente repressivo. Para construir uma compreensão adequada, reportemos às conclusões da investigação desenvolvida pelas pesquisadoras Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini que terminaram por contrariar teses do senso comum quando construíram um retrato do funcionamento do sistema de execução penal.

Os resultados foram apresentados e se basearam nos seguintes esclarecimentos: a) que, ao contrário do discurso proferido pela mídia, o Judiciário apresenta um comportamento refratário dos dispositivos da Lei de Execução Penal, no que se refere à concessão dos benefícios que nela estão previstos; b) que o judiciário polemiza suas decisões, assumindo um discurso altamente repressivo (essa conclusão de deve aos baixos números de presos que alcançaram a concessão dos benefícios), até porque, de acordo com o resultado da pesquisa, a maioria dos juízos das varas de execuções penais relativizam ao máximo os direitos previstos na lei; c) que os laudos criminológicos<sup>247</sup> fazem o papel de instrumento aproveitável pelos juízes, porque em sua maioria implicam em negação de benefícios; d) ao contrário do que se esperava, as medidas não conseguiram frear a criminalidade, pelo contrário, aumentou-se o contingente nas prisões em razão do não-escoamento da população carcerária. (TEIXEIRA; BONDIM, 2003, p. 276)

O descaso com que é tratado o sentenciado na execução penal se dá pela falsa compreensão, que ainda hoje prevalecente, de que o juiz é o guardião da paz social (Cf. CINTRA JR. 1995, p. 123/124). Essa perspectiva é verificada inclusive pelos adeptos da escola instrumentalista de processo:

---

<sup>247</sup> O laudo criminológico é um parecer técnico extraído do exame crimológico e é obrigatório para a classificação do preso e da elaboração do programa de tratamento. É obrigatório quando houver o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado.

No que tange ao processo criminal, ao devido processo legal para aplicação da pena, ainda há, até por força da tradição, na jurisprudência, certa resistência ao arbítrio com que as ‘agências executivas’ – a expressão é do penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni – querem transformar, além dos limites da Constituição, a atividade repressiva. No caso, porém, da execução, até por ser recente o entendimento de que se trata de atividade jurisdicionalizada, nem isto ocorre. A jurisdição acaba sendo introduzida – e assim mesmo em a eficácia que era de se esperar – episodicamente. E o contraditório e ampla defesa, na prática, ou não existem, ou são meras expressões formais, sem presença material, a justificar a repetição do arbítrio. (CINTRA JR., 1995, p. 125)

Maior perplexidade provoca o fato de que no curso da execução da pena privativa de liberdade o executado sofre uma série de castigos que vão da segregação à privação da fruição de certas atividades, muitas vezes sem controle jurisdicional, o que pode ser exemplificado com a previsão legal de que no curso de execução penal não se aplica a tentativa, nos moldes previstos no art. 14 do Código Penal, já tratado anteriormente e melhor explicitado abaixo:

A punição da tentativa com a pena correspondente à falta consumada segue uma lógica estritamente defensivista, cujo autoritarismo se notabiliza com a repreensão, seja da mera vontade contrária à norma, seja da conduta que não suscita uma efetiva lesão (ao contrário da falta consumada) ao bem jurídico *segurança*, tutelado pelo ordenamento penitenciário. Assim, constatamos que o regramento penitenciário brasileiro adotou, como fundamento da punição da evasão, a periculosidade do autor da empreitada. A integridade da instituição *cárcere* não pode, de modo algum, ser desafiada por atos subversivos dos internos, sendo imperiosa a inflexível punição dos faltosos, como instrumento dissuasório. (ROIG, 2005, p. 149).

Numa confirmação das evidentes preocupações expostas neste relato, Cintra Jr. fornece também algumas sindicâncias esdrúxulas que comprovam o completo distanciamento entre a execução e os princípios constitucionais do processo, os quais merecem registro.

Assim, em determinado processo que tramitou perante a Vara de Execuções Penais da Cidade de São Paulo, o Conselho Disciplinar da Casa de Detenção declarou que certo executado incorreu em falta disciplinar de natureza grave, aplicando a este uma sanção de 15 dias de privação celular com suspensão de direitos, favores e benefícios por 30 dias, porque tal detento faltara com a verdade. Pela mesma linha, outro preso teve que responder por que ‘chutou a viatura e xingou os funcionários’, enquanto era transportado, reclamando da velocidade e condições de transporte; e em outra sindicância descrita pelo autor, determinado detento foi inserido na falta grave por ter sido apanhado com três quilos de café. A mentira, na Casa de Detenção Professor

Flamínio Fávero, do Estado de São Paulo, foi punida com privação celular. (CINTRA JR., 1995, p. 113/115).

Outros exemplos infelizes são também relatados por Andrei Schmidt:

[...] na qualidade de Conselheiro Penitenciário, tive notícia de casos em que apenados foram enquadrados nessa falta grave (e, conseqüentemente, foram postos em isolamento celular, além do que não puderam durante 12 meses, receber “benefícios” como comutação, indulto, livramento condicional etc.) porque se colocaram em greve de fome em protesto pelo não-deferimento de sua remoção (Processo de Execução Criminal 21392700361, Passo Fundo/RS, atualmente em Soledade/RS, Processo de Execução Criminal 1.310.062) ou contra a morosidade da Justiça (Processo de Execução Criminal 03484698, Comarca de Bagé/TS). Noutra situação, um preso foi punido porque se recusou a cortar os cabelos, caso em que foi obrigado a tanto por decisão judicial (Presídio Estadual de Getúlio Vargas/RS, Sindicância 002/96). Já na comarca de Espumoso/RS (Processo de Execução 3.308) um apenado restou punido disciplinarmente por ter se apresentado no Presídio com sinais de embriaguez. (SCHMIDT, 2002, p.116).

O apenado V.R.L.M. foi flagrado com US\$382,00 dentro do presídio, sendo que cumpria, há mais de 15 anos, pena em regime fechado. Em razão da apreensão, o diretor do estabelecimento penal determinou a ele o isolamento celular do apenado por dez dias. O apenado informou que a soma em dinheiro foi obtida com a economia de mais de três anos de auxílio-reclusão, e que guardava consigo o dinheiro porque sua esposa morava sozinha, numa casa de madeira, sendo assim mais seguro o porte pessoal dentro do presídio. Além disso, apresentou recibos de aquisição dos dólares perante uma agência de turismo daquela cidade. O processo, em razão disso, foi arquivado, **após, contudo, o seu isolamento celular.** (grifo nosso)

Nesse exemplo, além de revelar-se que a amplitude do art. 50 da LEP acaba autorizando punição por falta grave para fatos que sequer implicitamente estão nele contidos, também se nota que, na execução penal, a sanção disciplinar é aplicada antes mesmo de concluído o processo administrativo, revelando-se uma clara ofensa ao *princípio da presunção de inocência*. No caso mencionado, o apenado foi absolvido por falta (pois provou a origem lícita dos dólares), mas isso só se verificou após a determinação do isolamento celular. (SCHMIDT, 2002, p.116).

Isto ocorreu, por exemplo, no processo de execução 315.489 do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital (*DECRIM 7*): a requerimento do Ministério Público, foi determinado o refazimento do procedimento administrativo no qual, sem defesa técnica, o sentenciado havia sido considerado incurso em falta disciplinar grave, por ter ‘faltado com a verdade’. De outra parte, o Promotor de Justiça de Execuções Criminais solicitou, em ofício recente, os diretores de presídios tomem providências para que sejam ‘adotadas providências para a nomeação de defesa técnica em favor dos sentenciado, em todos os procedimentos administrativos (Sindicâncias) instauradas para apuração de faltas disciplinares, ante a previsão dos arts. 5.º, LV, da CF, 143 da CE, e 55, da Lei 7.210/84. (CINTRA JR. 1995, p. 130).

No Agravo em Execução n.º 0123665-70.2010.8.13.0000, o Tribunal de Justiça decretou a nulidade da decisão por falta de intimação da defesa técnica. No processo originário ocorrera a conversão da prestação pecuniária em privativa de liberdade realizada sem a intervenção do defensor público. Assim, a quinta câmara criminal entendeu haver ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista

que a conversão é medida que altera substancialmente o curso da execução da pena, afetando diretamente a situação do apenado, sendo imprescindível, antes da decisão judicial, a intervenção de defensor técnico para se consagrar vigência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No mesmo sentido, a decisão proferida no Agravo em Execução Penal 1.0000.08.478464-4/001(1) entendeu que na ocorrência de falta grave há de ser observado o disposto no § 2º, do art. 118, da Lei de Execução Penal, sendo sua inobservância causa de nulidade da decisão que converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e regrido o sentenciado para qualquer dos regimes mais gravosos de cumprimento da pena imposta na sentença condenatória, sem prévia oitiva do reeducando e da sua defesa técnica. No mesmo sentido:

Na comarca de Bagé, o apenado C. A. M. O. (Processo 20216), foi enquadrado em falta grave por ter-se colocado em isolamento voluntário em protesto contra a morosidade da Justiça. Posteriormente, em razão de seu pedido de progressão de regime, foi ele avaliado pelos técnicos da CTC e da EOC; os primeiros não entraram em consenso quanto à existência de condições favoráveis à progressão, enquanto a EOC contra-indicou o regime semi-aberto. A autoridade judicial de Rio Grande (o apenado havia sido removido) indeferiu a progressão, arvorando-se no parecer desfavorável dos peritos. Em sua decisão, afirmou: “Não é prudente possibilitar a indivíduo com semelhante natureza o precoce convívio com a sociedade quando se tem por certa a repetição da conduta delituosa”. (SCHMIDT, 2002, p. 105).

Ora, como destacado pelo autor citado, se no exemplo destacado a decisão administrativa fundamentou-se no laudo pericial, e tendo os peritos entrado em dissenso quanto à recomendação da progressão de regime, não poderia a autoridade administrativa, sob pena de ofensa ao princípio da fundamentação das decisões, restringir a liberdade do preso baseando-se unicamente no laudo que valida a não-progressão.

Os modelos de afronta aos direitos fundamentais expostos simbolizam e retratam que a execução penal requer delineamentos da processualização do incidente para apuração das faltas graves nos quais sejam resguardados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, sistematicamente olvidados pelo modelo inquisitorial totalizante que nela vigora, como forma de conter o arbítrio punitivo do Estado em sede de execução penal.

Pelo exposto, verifica-se que a execução penal se revela um momento do processo penal desenvolvido em quase completo distanciamento dos princípios do Estado Democrático de Direito por sua completa inobservância no curso da execução da

pena. Pela observação dos julgados em destaque, vê-se que não há grandes preocupações com a inobservância do contraditório e da ampla defesa na apuração do incidente de regressão de regime. Afinal, contraditório, na atual ordem vigente, não se reduz a um plano meramente formal. O contraditório implica a participação dos afetados pelo provimento em simétrica paridade na construção deste. Ou seja: “não será apenas a decisão (sentença) que será construída participadamente, mas toda a estrutura procedimental que gera o provimento final que garante a simétrica paridade entre os afetados.” (PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 10).

Foi preciso apresentar modelos de ofensa ocorridos na esfera da execução penal como forma de sinalizar, então, uma compreensão constitucionalmente adequada para a execução penal.

A questão é que, com frequência se invoca a ordem pública para negar o direito à defesa técnica, o que faz lembrar que a expressão – ainda quando utilizada pelo próprio legislador – tem sido apontada como um recurso retórico, a permitir a introdução de conteúdos axiológicos, dando ao juiz amplo e inconveniente poder discricionário. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo ocorrido no ano de 1994 (Cf. CINTRA JR., 1995), no qual já se prenunciava toda a problemática que ainda envolve a execução penal até os dias atuais:

Afirmar-se que eventual apuração de falta disciplinar, ocorrida no âmbito interno de estabelecimentos prisionais, requer a assistência de advogado e respectiva defesa técnica, com a devida ‘venia’, não tem fomento jurídico, muito menos resguarda a ordem pública. Perante a autoridade administrativa, com incumbência de exercer o poder disciplinar em Cadeias e Presídios (artigo 47 da LEP), a garantia da ampla defesa não assume, nem pode assumir, o caráter de contencioso judicialiforme. A entender-se desse modo, com efeito, não mais haverá Cadeias e Presídios, senão Juízos e Pretórios, quando não Hotéis e Hospedarias. Como quer que seja, o exercício da ampla defesa nos procedimentos administrativos para apuração de faltas disciplinares, no âmbito dos Presídios, não só prescindem da nomeação de advogado ou defensor ao imputado faltoso, como até mesmo se afigura tal providência (assim levada a tal extremo) como incompatível com a ordem e o interesse público, contra os quais a garantia da ampla defesa não poderá se sobrepor, mas sim compatibilizar-se (Cf. TACrimSP – 8.<sup>a</sup> Câm. – AE 855.927-2 – rel. juiz S. C. Garcia – j. 3.3.94).

Nos incidentes, o juiz toma conhecimento após a consumação do fato: determinar ou não a progressão do regime (a lei também exige a comunicação ao juiz na ocorrência de regressão cautelar) (Cf. CINTRA JR., 1995, p. 128). De que forma se verifica, então, a garantia da ampla defesa nesse particular? Salta aos olhos, portanto, a prescindibilidade de defesa técnica na apuração de faltas graves e, como visto, a execução da pena revela-se um dos maiores impasses da contemporaneidade e a

administração da pena reflete uma tentativa histórica de racionalização do próprio direito. Nessa luta pela racionalização da pena, o executado, antes objeto da execução, passou a ser considerado sujeito de direitos, inclusive processuais.

Por isso, causa perplexidade que a Lei de Execução Penal permita a aplicação de sanção que provoca modificação no *status libertatis* do executado sem condicionar o esclarecimento do fato determinante da regressão à observância dos princípios constitucionais processuais.

O contido no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal ainda convive, com relativa imperturbabilidade, com os dispositivos inseridos no art. 5.º, inciso LIV - “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e também com a previsão contida no inciso LVI - “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” da Constituição da República. Entretanto, parte da dogmática posta entende que não subsiste contrariedade alguma entre os dispositivos da Lei de Execução Penal quando dispostos ao lado da Constituição Federal.

No curso da execução da pena, que é dinâmica, ocorrendo algum incidente no qual haja a possibilidade de regressão de regime, impõe-se a atuação jurisdicional. Nessa contingência, seria necessário a processualização de tais incidentes? E, ao preso, como sujeitos de direito estariam assegurados o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões? Contudo, parte da doutrina pugna pela admissão dos princípios, todavia, num plano meramente formal, no qual, na oitiva do sentenciado, estaria configurado o exercício do contraditório.

Em síntese, a estrutura procedimental propiciadora do contraditório consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, na fase preparatória deste, na mútua implicação das atividades dos destinatários, na relevância dessas partes e na pertinência de seus argumentos. (FAZZALARI, 2006, p. 119). Nessa conformação, a qualidade de contraditor importa que este seja colocado em simétrica paridade em relação ao outro contraditor.

Vislumbra-se, assim, a necessidade de construir este procedimento participativo e democrático na formação dos provimentos a partir da percepção adequada das garantias constitucionais processuais (modelo constitucional de processo) (NUNES, 2004, p. 53). Por isso o procedimento precisa estar estruturado de modo que sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos assuma ares institucionais, afastando a casualidade de decisões arbitrárias (Cf. MOREIRA, 2004, p. 146).

Ocorre que o estudo dos princípios contidos no modelo constitucional de processo, dentre eles o contraditório e a ampla argumentação, tem se efetivado numa perspectiva meramente formal no domínio da execução penal, sem a observância de que nos encontramos em um Estado Democrático de Direito o qual compulsiona uma compreensão procedimental e não monológica, ou seja, apenas do juiz, na aplicação daqueles (NUNES, 2004). Nesse aspecto, a exigência de que todos os envolvidos participem ativamente da formação do provimento, afasta de vez a “idéia utópica de que o julgador (juiz) possui acervo privilegiado à verdade ou ao bem comum da sociedade.” (NUNES, 2004, p. 40/41).

A partir dessa constatação, apontamos uma obrigatoriedade de processualização desses incidentes, como forma de assegurar ao executado o exercício de seus direitos processuais, o que estruturamos a partir de duas questões centrais da contemporaneidade: que o processo há de ser entendido como garantia e que toda e qualquer tomada de decisão, para ser considerada legítima, há de ser feita em contraditório. Portanto, uma decisão tomada na execução penal, que se revela prejudicial ao sentenciado, afetado pela decisão, há de ser construída por meio do contraditório.

No paradigma constitucional não se admite a prevalência de decisões não preparadas procedimentalmente, portanto, uma proposta constitucionalmente adequada para se viabilizar a processualização do incidente de execução penal há de passar pela compreensão de uma teoria geral do processo cujas bases sejam principiológicas, mediante a qual possa ser construída na execução penal uma estrutura procedimental consubstanciada pelos princípios uníssomos de aplicação do processo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação das decisões.

Referidas construções são suficientes para afastar, definitivamente, a noção de execução penal como “instituição total”, porque a expansividade do “devido processo legal”, em consonância com o paradigma constitucional vigente para a execução penal, imporá, notadamente, uma releitura dos princípios do contraditório, da ampla argumentação e da fundamentação das decisões..

## **REFERÊNCIAS**

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na

execução penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. V.48, 2004, p.179/193.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.10.792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 5.765-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezini. Julgado em 26 nov. 1996. Diário de Justiça da União, Brasília, 7 abr. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 779-SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal. Julgado em 8 set. 1998. Diário de Justiça da União, Brasília, 28 set. 1998.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. Execução penal. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARVALHO, Salo. Penas e garantias. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Controle da legalidade na execução penal (Reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Febris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal – o contraditório e ampla defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais v.9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.115/132.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.) Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.03/55.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutinõ. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. Revista Brasileira de Ciências Criminais v.49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.251/289.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 11. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1995.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Lúcia M. Ponde Vassallo, 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

HUMAN RIGHTS WATCH. O Brasil atrás das grades. Disponível em <http://hrw.org/portuguese/reports/presos/>).

HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em <http://hrw.org/portuguese/press/1999/recommend.html#carcerarias>)

LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002b.

MARCÃO, Renato Flávio. Curso de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Execução penal: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais do modelo constitucional de Processo Civil: Da Concepção Procedimental Comparticipada de Aplicação da Tutela – Da leitura das Cláusulas Gerais do Novo Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas. V.3, n.º 1, p. 37-61, jan/jun. 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Élio Fazzalari. VirtuaJus, Belo Horizonte, Ano 2, n.1, ago. 2003b. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2\\_08\\_2003](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003).

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. A participação da vítima no processo penal e sua sobrevivitização: em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. 2003a. 284f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do estado democrático de direito e as teorias do processo. VirtuaJus, Belo Horizonte, Ano 3, número 1, julho de 2004. Disponível em [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004).

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernichiaro. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do estado democrático de direito. In: CONGRESSO DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 13, 2005. Fortaleza. Anais... Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitucion. Madrid: TECNOS, 1995.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 636, p. 291, 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais 651/334, 1990

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução 855.927-2, Relator Juiz S. C. Garcia, 3 marc 1994. Revista Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal, n.º 36, p. 18 (disponível em: <http://www.tacrim.sp.gov.br/>)

SÃO PAULO. RJDTACRIM. Agravo em Execução n.º 922.327/7, Julgado em 21/02/1995, 13ª Câmara, Relator: - Roberto Mortari, 26/33. Disponível em <http://www.tacrim.sp.gov.br/jurisprudencia/rjdtacrim/html/volume26.html>

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução 1.024.441/5, Relator Juiz Geraldo Lucena, 11 mar. 2003, Revista Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal, n.º 36, p. 18 (disponível em: <http://www.tacrim.sp.gov.br/>)

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na execução penal in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ano 9. v. 10, n.º 38, 2002

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da vara das execuções criminais da capital do estado de São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v.44, p.267/277, 2003.

TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 1987.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WACQUANT, Loïc. Les prisons de la misère. Éditions Raisons D'Agir, Paris : 1999.

ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet de droit. Archives de Philosophie, Paris : 1997, vol. 60, n. 4, pp. 531-550.

## FILTRAGEM CONSTITUCIONAL:

### Uma concepção discursiva

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira<sup>248</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho trata da “Filtragem Constitucional”, buscando uma nova maneira de utilizá-la, qual seja, tendo como ponto de partida a *Teoria Discursiva* habermasiana. Ao longo do trabalho tentou-se estabelecer as bases do constitucionalismo que se fazem necessárias à compreensão do tema, assim como demonstrar como o cenário social que se apresenta neste momento de rompimento com a modernidade exige que mudanças sejam feitas no desenvolvimento do constitucionalismo. Tentou-se, por fim, demonstrar como seria a atuação da filtragem constitucional em cada um dos poderes constituídos.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; filtragem constitucional; força normativa da Constituição; teoria Discursiva.

**ABSTRACT:** This assignment deals with the constitutional filtering institute, from the book by Paulo Ricardo Schier, but, searching for a new manner of using it, which would be, having as the starting point the Discursive Theory from Habermas. Through out this paper we tried to establish the bases of constitutionalism that are necessary in understanding the theme, as much as demonstrate how the social scene in this moment of rupture with modernity demands changes to be made in the development of constitutionalism. In the end, we tried to display how the constitutional filtering would take place within each constituted power.

**Key-words:** Constitutionalism; constitutional filtering; normative force of the Constitution; discursive theory.

### 1. Introdução

Desde o fim do século passado temos sido expostos a uma série de novas nomenclaturas criadas a fim de definir o período pelo qual estamos passando. Expressões como sociedade de consumo, sociedade da informação, sociedade de massas, etc, se não conseguem transmitir com muita precisão o momento que estamos, pelo menos conseguem indicar que há algo de diferente em relação ao que havia antes.

Anthony Giddens, analisando este momento do qual agora falamos, afirma que “estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes”. (GIDDENS, 1991: 13). Por sua vez, Giacomo Marramao (1998), tecendo perspicazes considerações a respeito desta situação de momento chama atenção para as particularidades que ele apresenta

<sup>248</sup>

Mestre e Doutorando em Direito Público pela PUC Minas. Advogado.

pela à humanidade, como uma estrutura multicêntrica e, simultaneamente, concentrada, e a volta da relevância do papel das religiões na precipitação de conflitos e desestabilização das nações.

Afirma o filósofo italiano, no texto *Passado e Futuro dos Direitos Humanos* que:

O mundo globalizado possui, ao contrário, uma estrutura paradoxal: ele é, a um só tempo, unipolar e multicêntrico. Unipolar: do ponto de vista do poder tecnológico-militar, detido (ao menos até hoje) pela superpotência norte-americana. Multicêntrico: do ponto de vista das identidades e das instâncias de “subjetivação” que surgem das diversas áreas do planeta. Mas igualmente paradoxal é a forma que, nesse mundo “glo-calizado”, assume o conflito: a forma – para retomar uma sugestiva expressão de Appadurai – de uma “canibalização recíproca de universalismo hegemônico e particularismo idiossincrático”. O alcance dos desafios e das ameaças implícitas na hodierna “desordem global” (como a definiu recentemente o constitucionalista alemão Erhard Denninger (2005)) nos estimula, portanto, a nos perguntar sobre qual deveria ser a nova dimensão do universalismo dos direitos em um mundo que só pode ser multipolar e, assim, aberto a uma pluralidade de experiências e de narrativas diversas. (MARRAMAIO, 1998: 171).

Daí podermos afirmar que a caracterização deste período de mudanças radicais parece um consenso entre sociólogos e historiadores, embora suas abordagens sejam, por razões de metodologia mesmo, entre outras, diferentes. Exemplo disso é a afirmação de que “sessenta anos depois da morte de Hitler, a guerra que ele causou e as consequências do conflito estão entrando para a História. O pós-guerra na Europa durou muito tempo, mas, afinal, está chegando ao fim”. (JUDT, 2008: 24).

A mudança mais radical que se pode perceber neste momento, afirma Giddens, diz respeito ao ritmo com que as mudanças, sociais e institucionais, vem ocorrendo. Segundo ele “as civilizações tradicionais podem ter sido consideravelmente mais dinâmicas que outros sistemas pré-modernos, mas a rapidez da mudança em condições de modernidade é extrema”. (GIDDENS, 1991: 15).

Uma outra linha de mudanças perceptíveis diz respeito à própria condição humana, ou, ao papel do homem no mundo da modernidade em crise. A desqualificação completa da vida humana presenciada entre 1939 e 1945, em razão das políticas nazistas, notadamente quando Hitler apresenta à questão judaica a “solução final” (ARENDDT, 2006: 98) não foi suficiente para garantir que a dignidade humana fosse, de fato, e não apenas de direito, alçada à condição de princípio básico dos povos.

Características deste momento de transição em que vivemos, como o que Giddens chama de desencaixe - que é o “deslocamento das relações sociais de contextos

locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo e espaço” (GIDDENS, 1991: 29) -, exigem que cada vez mais as relações profissionais se deem através de instituições, e não de pessoas, contribuindo para que a substitutividade dos seres humanos seja posta em evidência e até mesmo estimulada.

A sociedade em crise - sociedade de riscos -, acaba por fazer vítimas em escala tão larga que são reduzidas a estatísticas. O ser humano, desse momento de transição parece ser aquele descrito por Giorgio Agamben:

Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana, e que se trata aqui de tentar compreender. (AGAMBEN, 2007, p. 90).

Em outras palavras, o ser humano, por não ter um papel definido, deixa também de ter valor.

Nesse cenário de ruptura com o modelo que perdurou, essencialmente, das revoluções do século XVIII até algum momento do pós-segunda guerra, o Direito é chamado a criar condições de reestruturação dos conceitos que têm sido centrais no modelo de vida do ocidente, mas que estão também em xeque neste cenário de transição.

A crise da modernidade afeta de modo particularmente relevantes as instituições de delineamento social, já que elas, ao contrário de outras, não podem simplesmente deixar de existir, devendo então serem reformuladas, a fim de continuar a exercer sua função.

Algo que me parece central no modelo que está sendo deixado para trás, é o constitucionalismo.

Do surgimento da Constituição dos Estados Unidos, ao desenvolvimento da teoria da Constituição ao longo dos séculos XIX e XX, podemos perceber que ele foi primordial não apenas no que diz respeito ao desenvolvimento do Direito como ciência, mas também de outros ramos de estudo e das sociedades em que esteve mais presente.

A ideia da Constituição como instrumento jurídico que dialoga com passado e presente, não apenas reafirmando os “fatores reais de poder”, mas sendo ela mesma um fator de modificação da sociedade que regula modificou o modo como percebemos os

direitos humanos, e por consequência, o papel de cada pessoa na construção da legitimidade do ordenamento jurídico e da própria constituição.

Se a Revolução Francesa fundamentalmente rompe com um regime absolutista, e não apenas isso, pois “o Iluminismo não se resume num pensamento político único. As atitudes divergentes e mesmo opostas ante o absolutismo esclarecido são apenas um exemplo destacado de sua diversidade”.(BACZKO, 2001, p.34). O desenvolvimento daquelas ideias leva o ocidente a aprofundar cada vez mais a investigação acerca da legitimidade do sistema de normas vigente.

Naquele momento se rompe com esquema de legitimidade focado nas pessoas, como o chamado direito divino dos reis, e passa a se buscar outras formas de legitimar os ordenamentos jurídicos, formas mais compatíveis com os ideais de igualdade e isonomia, e, por consequência, de democracia, que conduziram aqueles processos revolucionários.

Algo que tem um papel fundamental nessa transformação é a concepção da força da Constituição. A partir do momento em que passa a ser vista como topo do ordenamento jurídico, condicionando tudo que está abaixo dela, passa a exigir instrumentos de controle desta compatibilidade.

Em princípio, surgem instrumentos para controlar a constitucionalidade das leis, tão-somente após o fim do processo legislativo, ou seja, quando já são efetivamente leis. Tanto o sistema de controle concentrado quanto o sistema de controle difuso, quanto os sistemas que são de alguma maneira uma variação deles, como o nosso, adotam tal perspectiva.

Todavia, neste momento de ruptura, algo que se percebe é que este controle estritamente preventivo parece não atender ao volume de questionamentos a ele enviado, de modo que surgem vários problemas, notadamente em razão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, e em razão da insegurança jurídica gerada por uma situação pendente.

Algo que se propõe então para lidar com tal situação é a Filtragem Constitucional, que, a rigor, é um reforço, ou um desenvolvimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade, e por consequência, de legitimidade, anteriores ao momento em que a lei começa a produzir efeito, ou mesmo dos instrumentos de controle de constitucionalidade que atuam sobre o que é ainda projeto de lei.

Primeiramente, trabalharemos com a ideia de sistema, a fim de estabelecer algumas premissas necessárias. Depois, faremos breves explicações acerca da discussão

sobre a força normativa da Constituição, notadamente a partir da obra de Konrad Hesse (1991).

Num terceiro item, estabeleceremos o cenário constitucional com o qual estamos trabalhando, vez que as particularidades de cada sistema devem sempre ser tomadas em conta no desenvolvimento de seus institutos. Daí advertir Michele Taruffo (2001) – que apesar de tratar de direito comparado no sentido primordialmente espacial, pode ser transposta também para a comparação temporal – que:

Ao contrário, se reconhece então que a análise comparativa pode ser feita somente sobre a base de um ‘projeto cultural’ pressuposto e dentro do trabalho de quem efetua a análise. Esta, então, não é mais passiva, neutra ou indiferente: é, ao contrário, condicionada e orientada seja pela cultura do comparatista, seja pela finalidade em vista da qual ele desenvolve seu trabalho. O projeto cultural do estudioso do direito comparado orienta não apenas suas escolhas (...), mas também o método com o qual a comparação é realizada. (TARUFFO, 2001). (Tradução nossa).

Em seguida iremos abordar a questão da “Filtragem Constitucional” propriamente dita, buscando adequá-la aos pressupostos teóricos aqui adotados, buscando propor formas de usar tal instituto para aumentar a legitimidade do sistema do Direito, e contribuir para a melhoria do cenário de segurança jurídica existente, a fim de descobrir se uma concepção de filtragem que parta da *teoria discursiva* traz respostas mais satisfatórias às questões que se colocam para ela. Vale frisar que não se trata aqui de um trabalho sobre um trabalho, mas, de um artigo a partir de um trabalho, vez que, conforme entendemos, as divergências com o formato proposto por Schier tornam nosso ponto de vista diverso e por vezes incompatível com o dele, não se podendo falar em um desenvolvimento do tema, mas de uma guinada no mesmo.

## **2. A Ideia de Sistema Constitucional**

A principal motivação para se trabalhar numa proposta de algo que vise dar maior coerência ao sistema, como uma “Filtragem Constitucional”, é a percepção generalizada de que o Direito se impõe como um sistema, e, como tal, exige que seja o mais lógico possível, isto é, com o menor número de contradições internas e lacunas. Exigência esta inclusive corroborada pela ideia de igualdade formal.

Alguns pontos que reafirmam essa necessidade de organização do Direito são a necessidade de um cenário de segurança jurídica que possibilite o desenvolvimento de outros aspectos da vida da sociedade, e a necessidade de previsibilidade de

comportamento dos cidadãos, que será maior quanto maior for seu conhecimento intrínseco da ordem jurídica a que ele está vinculado.

Nesse sentido, Menezes Cordeiro (2002):

A ideia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem aspectos como os da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática, o da identificação das instituições com sistema de acções e de interacções ou do próprio Direito como um sistema de comunicações, o do apoio sociológico da estruturação jurídica, o do tipo de pensamento dos juristas, etc. (CORDEIRO, 2002, p. LXV).

Na busca por um conceito de “sistema”, Claus Wilhelm Canaris (2002) aponta como elementos recorrentes em diversos autores a “unidade” e a “ordenação”.

De fato, a ordem interior ao sistema e a unidade do mesmo se afiguram como exigências lógicas para algo que busque coerência tanto do ponto de vista interno, quanto do ponto de vista externo, de um observador que busque compreender o que está examinando.

Por ordenação, pretende-se “expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade” (CANARIS, 2002, p.12), ou seja, o modo como o pretense sistema se organiza internamente. Já por unidade se pretende apontar um fator que não permite “uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais” (CANARIS, 2002, p.12), ou seja, é o instrumento do sistema que permite que ele se diferencie de outros sistemas, sem se fundir ou se confundir com algum outro sistema presente naquele determinado contexto, por meio do auto-referenciamento a princípios que lhe são particulares.

“O papel do conceito de sistema é”, diz Canaris, “o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”. (2002, p.23). Dessa afirmação parece ser possível concluir que a ideia de sistema tem também muita importância no que diz respeito ao conhecimento científico do sistema, ou, por outras palavras, tem importância na tarefa de transmitir as ideias que compõem aquele determinado sistema de modo que possam ser assimiladas por novos interlocutores, de forma completa o suficiente para que eles possam passar a contribuir para o aperfeiçoamento do mesmo.

Tal constatação é relevante na medida em que se observa que

A pesquisa eficaz raramente começa antes que uma comunidade científica pense ter adquirido respostas seguras para perguntas como as seguintes:

Quais são as entidades fundamentais que compõe o universo? Como interagem essas entidades umas com as outras e com os sentidos? (KUHN, 2006, p. 23).

Transpostas para nossa área de trabalho, tais questões parecem indagar sobre quais os princípios gerais orientam o sistema do Direito em determinado local? E como tais princípios se relacionam com outros elementos que afetam de modo significativo a produção do Direito, como a história daquela localidade, as demandas populares por regulamentação ou desregulamentação, e a jurisprudência dos tribunais locais.

Percebe-se que a compreensão sistemática do Direito irá contribuir de dois modos para seu desenvolvimento, seja facilitando o ingresso de novos interlocutores, seja garantindo que todos atores tenham consciências das regras que informam a existência do próprio sistema. No caso específico com que trabalhamos, a ideia de um sistema, cujos elementos para serem válidos<sup>249</sup> devem ser compatíveis com uma norma central, deveria determinar que todos os envolvidos neste sistema se comportem de modo a não violar as particularidades do sistema, a fim de se manter de acordo com o mesmo.

Todavia, há dois problemas que interferem de modo decisivo nesta situação. Primeiro, o fato do Direito interagir com outros sistemas, e por vezes, ter que fazer valer suas regras em cenários onde, por exemplo, os agentes se orientem não pela conformidade com uma norma central, mas pela regra do mercado que determina a busca pelo maior lucro a qualquer custo. Segundo, o fato de o Direito se exprimir por meio da linguagem; e ser a linguagem mesma um sistema sempre dinâmico, cujos significados se alteram em função do tempo, do espaço, dos costumes e do grau de instrução dos interlocutores. Aliás, neste ponto vale a lição de Lênio Streck (2005) quando afirma que

A distância temporal, antes de ser um obstáculo, diz Gadamer, é um aliado. E isto ocorre graças à temporalidade. Os modelos metodológico-metafísicos que entendem o ato de interpretação como cindível em distintas partes, *rejeitam a atuação do tempo*. Pretender reproduzir um sentido de um texto é sequestrar a ação do tempo e da história. Trata-se, pois de uma cronofobia. (STRECK, 2005, p.94)

---

<sup>249</sup> Deve-se ter em foco que o termo de referência a validade se apresenta, neste ponto, de forma não técnica, abrangendo tudo o que tecnicamente exigiria os termos “validade” e também “vigência” para ser compreendido. Tal advertência é necessária, pois no paradigma de Estado Democrático de Direito com que trabalhamos a questão da validade se mostra ligada à questão da legitimidade do ordenamento, e não pode ser obtida pela simples referência a normas anteriores e superiores. Deste problema trataremos em momento mais oportuno.

Em que pese a certeza de que estes problemas não podem ser eliminados por completo, a ideia de uma filtragem constitucional pode atuar no sentido de suavizá-los.

A filtragem constitucional, nesses casos, se apresenta não apenas como a exigência de que os argumentos apresentados não contrariem as normas constitucionais, mas, primordialmente, que se institucionalizem as vias pelas quais o Direito dialoga com outros sistemas, a fim de que toda interação se dê dentro de parâmetros constitucionalmente aceitáveis.

A consequência dessa formulação deve ter, entre outros resultados, a implementação do que Canaris (2002) chama de função de “prevenção na contradição de valores” e função de “determinação de lacunas”.

Quanto a primeira, ele afirma

O significado prático do sistema para a prevenção de contradições de valores não se mostra apenas na questão de saber se o Direito deve, de todo em todo, ser aperfeiçoado, mas também no problema de como deve ocorrer tal aperfeiçoamento (depois da sua admissibilidade já ter sido determinada). (CANARIS, 2002, p.175).

Quando à segunda, o autor afirma que o reconhecimento de um princípio geral, somado à regra de adequação valorativa, pode conduzir a um aperfeiçoamento não previsto do Direito. Diz ele que:

quando um princípio <<geral>> é elaborado, o princípio da igualdade conduz, em muitos casos, ao reconhecimento de normas não escritas, e assim não é de se admirar que, muitas vezes, a partir de previsões singulares aparentemente limitadas (...) se tenham elaborado novos institutos para o sistema. (CANARIS, 2002, p.176).

Concluimos então que a compreensão do Direito como sistema é uma exigência da forma como ele se apresenta para nós, e que, o desenvolvimento das características inerentes a tal modo de apresentação deve resultar na renovação de alguns institutos, a fim de se adequarem às novas condições impostas pelo momento de ruptura pelo qual estamos vivenciando.

### **3. A força normativa e a supremacia da Constituição**

Há na doutrina diversas classificações acerca das normas constitucionais, a fim de esclarecer e facilitar o entendimento quanto à sua aplicabilidade e/ ou necessidade de regulamentação para que se tornem aptas a gerar efeitos.

A classificação mais tradicional é aquela formulada por José Afonso da Silva que divide as normas constitucionais em normas de eficácia limitada, normas de eficácia contida e normas de eficácia plena.

Há diversas outras classificações, feitas por diversos autores, como Maria Helena Diniz ou Carlos Ayres Britto. De fato, é sempre atual a ressalva de que não existem classificações certas ou erradas, mas sim classificações úteis ou inúteis.

O objetivo aqui, contudo, não é discorrer sobre as diversas classificações das normas constitucionais, mas afirmar que, independentemente da classificação atribuída à determinada norma, todas elas têm, sempre, no mínimo dois efeitos, quais sejam, o de impedir que qualquer norma infraconstitucional contrária a ela continue a produzir efeitos, e ainda, impedir que se produzam normas contrárias a ela.

É a chamada força paralisante dos preceitos constitucionais. Mesmo que se trate claramente de uma norma de eficácia limitada, cuja aplicação é absolutamente dependente de norma posterior regulamentadora, ela terá força paralisante determinando a cessação de tudo aquilo que lhe seja contrário, pois seria, obviamente, contrário à Constituição.

Tal propriedade das normas constitucionais é uma decorrência direta de um dos princípios basilares do constitucionalismo moderno, o chamado *Princípio da Supremacia da Constituição*.

O citado princípio, segundo José Afonso da Silva, implica no fato de que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. (2000, p.48).

O fenômeno tem raízes distantes, o que percebemos ao ver que

Cappelletti anota que no fim do século XVII e princípio do século XVIII, as antigas Cortes Superiores de Justiça, denominadas *Parlaments*, ao reconhecerem a superioridade das leis fundamentais do Reino passaram a examinar a validade de éditos reais e de outras leis. (SOUZA CRUZ, 2004, p.81).

Na mesma linha, Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos mostra também que

Nos Estados Unidos, desde sua independência, a Constituição foi compreendida como um ato normativo superior (*the supreme law of the land*), substituto da *common law* e do Direito Natural como parâmetro para aferição da aplicabilidade das leis. (2004, p.88).

Como se percebe, a supremacia da constituição é fundamento do controle da constitucionalidade das leis, o que guarda total relação com o assunto de que tratamos,

vez que o desrespeito à força paralisante de determinada norma constitucional pode resultar no uso de instrumento de controle da constitucionalidade das leis, seja por via concentrada (ADPF), seja através do controle incidental.

O objetivo de tudo isso é demonstrar que mesmo em situações limite, o legislador ordinário deve ter em foco que a Constituição estará a determinar que o que foi criado em desacordo com seus preceitos é destituído de validade, vez que a compatibilidade com seu texto é uma exigência para a validade das normas hierarquicamente inferiores.

Nesse sentido a afirmação de Konrad Hesse quanto à força normativa da Constituição no sentido de que

Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p.14-15)

Em outras palavras, a força da Constituição é decorrência de sua comunicabilidade com outros sistemas e subsistemas que compõem a sociedade que ela pretende regular, de modo que sua necessária interpretação só será satisfatória se tiver em si a carga de pré-conceitos que circunda estes outros subsistemas. Em suma, a Constituição não é uma força em si mesma, mas é uma força na medida em que adapta a realidade a ela no mesmo instante em que se adapta à realidade.

Conclui-se, neste ponto que

A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p.19).

Vale pontuar por fim que, como aduz Otto Bachof, “a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui”. (1994, p.11).

Para que a tarefa a que nos propomos seja satisfeita, devemos conseguir demonstrar, neste momento, que as consequências da concepção da força normativa da Constituição adotada deve contribuir para nossa proposta de filtragem constitucional.

Para isso, buscaremos argumentar, por meio de exemplos, que estamos lidando com ideias complementares, onde a primeira (a *força normativa*) impõe que as normas constitucionais sejam observadas em tempo integral, e a segunda (a *filtragem constitucional*) fornece os mecanismos para que isso seja viável.

Em nível do chamado discurso de aplicação<sup>250</sup>, portanto, embora se presuma que se esteja trabalhando com normas válidas, não se pode perder de vista a possibilidade de que mais de uma norma válida se mostre adequada à situação, e que a escolha da norma a ser aplicada constitui, em alguma medida, uma questão relevante a ser enfrentada.

Nesta situação, a concepção discursiva da legitimidade das decisões com a qual estamos trabalhando exige que todos os possíveis atingidos pela decisão sejam chamados a apresentar seus argumentos pela escolha de uma ou outra norma.

Ainda, se “é indispensável que o operador do Direito justifique os elementos/ aspectos descritivos da realidade fática, pois certamente assim agindo, ele selecionará as características do caso, as quais considera relevantes e outras tantas que ele desconsiderará” (SOUZA CRUZ, 2004, p.225), tal escolha também deve ser aberta à discussão dos interessados, a fim de que ela também respeite os limites da argumentação, quais sejam, o princípio do discurso, pois

O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do Direito. (HABERMAS, 2003, v. I, p. 191).

E os direitos fundamentais “que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”. (HABERMAS, 2003. v.I, p.154).

---

<sup>250</sup> Na busca por critérios que possibilitem a elevação da legitimidade do sistema, alguns autores têm dividido a questão da fundamentação das normas em dois momentos distintos, quais sejam, o discurso de justificação, identificado com o momento de produção das normas gerais (legislativo, em regra) e o discurso de aplicação, em que se discute a aplicação das normas, gerais e abstratas ao caso concreto. “O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de considerar *todas as características* de uma situação a *todas as normas* que possam remeter-se a elas. Este desiderato é alcançado mediante o conceito de *coerência* e se por finalidade a constituição de um sentido de imparcialidade à aplicação”. (GÜNTHER, 2004, p.17).

Quanto ao discurso de fundamentação<sup>251</sup>, por hora vamos nos limitar a afirmar que as ideias com que estamos trabalhando exigem que os argumentos apresentados se conformem com as imposições do sistema constitucional, e nunca o contrário. Tal advertência se mostra desde já necessária, vez que se tem visto com frequência o uso de argumentos econômicos para a não efetivação de direitos fundamentais. Mas isto será objeto de análise mais detalhada oportunamente.

#### 4. O Cenário Constitucional

Era 5 de outubro de 1988 quando se concretizou o movimento de abertura política que sempre permeou os anos de governo militar. Uma nova constituição que, por definição, é a “lei fundamental de um Estado” (SILVA, 2000, p.39) era promulgada. Para compreender o significado ao mesmo tempo simbólico e prático do que é o surgimento de uma nova constituição, devemos ir às origens e ver como tudo começou.

Em 4 de julho de 1776, como resultado de um processo em resposta a abusos e desmandos da Coroa Britânica, as então treze colônias na América fazem surgir a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Trata-se de um documento em que pela primeira vez há uma manifestação das colônias de forma a caracterizar sua unidade. O último parágrafo do texto se inicia com “Nós, portanto, representantes dos Estados Unidos da América, em Congresso Geral”, e termina por declarar a existência de um novo estado, livre e independente.

Como ensina Bailyn:

A batalha pela restrição do poder desenrolou-se em três etapas ao longo dos 25 anos que durou a Revolução. A luta contra a Inglaterra antes de 1776 marca o início, quando, sob a pressão dos acontecimentos e necessidade de justificar a resistência ao poder estabelecido, os colonialistas desenvolveram uma ideologia complexa, centrada no uso e abuso do poder e na sobrevivência da liberdade não obstante os limites impostos, constituindo assim a ideologia fundadora. Ao longo desses anos, tratou-se de examinar os riscos de um poder centralizado, de justificar a soberania do povo e de provar a necessidade de poderes separados e contrabalançados. (BAILY, 2001, p. 42).

---

<sup>251</sup> O discurso de fundamentação é identificado em geral com o momento da formação das normas – momento que cabe em regra ao legislador – e é informado pelos princípios da democracia e da soberania popular. “O ‘princípio da democracia’ garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática”. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 219). “O ‘princípio da soberania popular’ exige que a legislação expresse a vontade da totalidade dos cidadãos, ou seja, que deixem de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores”. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 220).

No entanto, feita a declaração de independência, internamente não estava caracterizado um novo estado, livre e independente, vez que os vínculos entre as colônias eram ainda os de uma confederação de estados independentes. Era preciso dar um próximo passo, qual seja, tornar a confederação, uma federação.

Apesar de todas as dificuldades, em 1788 é ratificado o texto elaborado pelos convencionais, reunidos sob a direção de George Washington, que realizava a transição do modelo confederativo, de estados independentes, para o modelo federativo, de estados autônomos, reunidos sob a forma de entes federativos de um ente maior, abrangente de todos eles.

O texto aprovado enfrentou uma série de dificuldades durante e após sua elaboração, havendo mesmo protestos em várias das colônias no sentido de se inviabilizar a aprovação final dele.

Durante sua formulação, vários assuntos foram deixados de lado, vez que as diferenças políticas e econômicas entre as colônias impossibilitariam que em algumas matérias houvesse consenso, assim, temas como sufrágio universal e escravidão foram deixados de fora, cabendo a cada Estado legislar sobre ele, nos moldes que lhe conviesse.

A insatisfação com o documento pode ser verificada a partir do fato de que, dos setenta e quatro convencionais que deveriam ter tomado parte na construção da constituição, apenas 39 assinaram o mesmo no fim das contas e, segundo consta, “alguns, como Alexander Hamilton e Benjamin Franklin, chegaram até a manifestar publicamente suas contrariedades”.(MACIEL, 2000, p.19).

Como sabemos, aquela mesma Constituição ainda hoje é o documento fundamental dos Estados Unidos, tendo sido acrescentadas algumas emendas, para abordar assuntos que se tornaram essenciais com a expansão e desenvolvimento do país, notadamente o *Bill of Rights*, pouco tempo depois da promulgação do texto principal. Nas palavras de Bailyn:

Este período desembocou numa dupla constituição que dominou a vida política americana ao longo da história da nação: a organização dos poderes inscrita no corpo da Constituição e a Declaração dos Direitos em dez emendas, que faz eco às aspirações das reformas do Iluminismo. Sem as dez emendas a Constituição nunca teria sido aceita; sem ela, as emendas não teriam sido necessárias. (BAILYN, 2001, p.43).

A longa vida do documento que inaugura o chamado “constitucionalismo”, se deve não apenas à técnica que acompanhou sua criação, mas especialmente, à sua

evolução possibilitada pela interpretação dada pelos tribunais, especialmente pela Suprema Corte, que fez com que o mesmo documento fosse compatibilizado com a sociedade em diversos momentos históricos.

Como se vê, não esperavam que tal instrumento pudesse ter vida longa, o que aconteceu graças sobretudo às interpretações políticas que lhe deram, ao cabo dos anos, grandes juízes como John Marshall, Roger Taney, Oliver Holmes, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis, Felix Frankfurter, Earl Warren e William Brennan Jr. De um “filho enjeitado”, tal documento, por sua concisão e simplicidade de linguagem, passou a ser “o mais maravilhoso instrumento jamais esboçado pela mão do homem”, no dizer feliz do Justice Johnson. (MACIEL, 2000, p.19).

Um exemplo claro do papel fundamental dos tribunais superiores na concretização do texto em cada momento histórico pode ser a evolução do princípio da vedação das provas ilícitas no processo penal. Trata-se de norma decorrente do texto da quarta emenda à constituição, portanto parte do *Bill of Rights*, mas que só foi ter aplicação plena em nível federal e estadual no fim da década de sessenta do século XX.

A história constitucional brasileira mostra um caminho bastante diverso, onde se percebe nitidamente que os “republicanos” brasileiros não compreenderam as lições dadas pelos convencionais norte-americanos.

A primeira constituição republicana brasileira, de 1891, pode ser definida, no dizer de Amaro Cavalcanti, citado por José Afonso da Silva, como “o texto da Constituição norte-americana, completado com algumas disposições das constituições suíça e argentina”.(2000, p.81)

A intenção talvez fosse a melhor possível, mas a técnica não. Não se atentou naquele momento que a felicidade dos argumentos da Constituição dos Estados Unidos estava no fato dela ter sido feita com base na situação em que eles se encontravam, tomando o cuidado de não abordar temas que gerariam discórdia entre os parlamentos dos Estados ou mesmo dentro do Parlamento da confederação.

A Constituição de 1934 não é tão bem estruturada quanto a primeira, e traz em seu texto contradições resultantes das múltiplas (e incompatíveis) fontes de inspiração (ou cópia) que lastreou sua criação.

Como mostra José Afonso da Silva,

Adotou, ao lado da representação política tradicional, a representação corporativa de influência fascista (...) Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a *ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. (...)

Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo. (2000, p.84).

A Constituição de 1937 é, por definição, autoritária. Getúlio, eleito pela Assembleia Constituinte, dissolve o legislativo e outorga o novo texto, que inaugura o período conhecido como *Estado novo*, e que cria uma ditadura.

Neste momento se buscou fortalecer o executivo, concentrando também o poder legislativo nas mãos do presidente da república, que “legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão executivo”.(SILVA, 2000, p.85).

Finda a segunda guerra, consolidada a derrota do nazi-fascismo, começa a tomar corpo um movimento pela redemocratização do Brasil, que resulta na instalação da Assembleia Constituinte em fevereiro de 1946. O resultado foi uma constituição baseada nos textos de 1891 e 1934, incapaz de guiar o país a um momento mais próspero, mas apta a cumprir a tarefa de redemocratização.

Durante seus vinte anos, a Constituição de 1946 foi pano de fundo das mais diversas disputas e desencontros políticos, que culminaram com a queda do então presidente João Goulart em 1º de abril de 1964. Tratava-se de um golpe, pouco organizado, e que ao que tudo indica, deve mais à sorte dos golpistas do que à sua capacidade de preparação<sup>252</sup>.

O comando revolucionário expede então o Ato Institucional número 1, em nove de abril daquele ano, mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo cassações e restrições de direitos políticos.

Se seguiram mais três atos institucionais até a promulgação da Constituição de 1967, que veio consolidar as mudanças operadas pelos referidos atos institucionais.

O texto de 1967 tinha foco na questão da segurança nacional, dando mais poderes à União e permitindo a restrição de direitos civis.

Não obstante as alterações feitas para viabilizar o regime ditatorial, a constituição promulgada não foi suficiente para estabelecer um cenário jurídico sólido, sendo então expedido o Ato Institucional número 5, que rompeu com a ordem constitucional e passava as atribuições da presidência da república aos comandantes das forças armadas, encarregados de elaborar novo texto constitucional, tendo resultado na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que, teórica e tecnicamente, não se tratava de emenda, mas de nova constituição.

---

<sup>252</sup> Cf. *As Ilusões Armadas*, de Elio Gaspari, elaborada inicialmente para mostrar como os generais Golbery do Couto e Silva e Ernesto Geisel conduziram a ascensão e o declínio do regime militar, além, é claro, dos devidos “por quê?”.

A emenda só serviu como mecanismo de outorga, já que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação lhe foi dada: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.

O cenário consolidado foi de repressão a liberdades individuais e coletivas, sendo proibidas e reprimidas manifestações contrárias ao regime.

Vinte e um anos depois um novo e diferente capítulo se iniciaria na história constitucional brasileira, quando, reunidos em congresso nacional constituinte, os congressistas promulgaram a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

A nova constituição, democrática, aberta, foi uma resposta aos desmandos ocorridos nos anos de regime militar.

Tem ela elementos essenciais a uma constituição, como rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, garantidos por uma cláusula de imutabilidade permanente, compreendida no sentido de que não será possível emendar a constituição do que diz respeito a tais direitos e garantias fundamentais, a não ser que seja para ampliá-los.

Tendo por princípio a democracia, a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito, era criado naquele momento um texto constitucional extenso que buscava reestruturar um país que há anos não sabia o que era um regime democrático, e que certamente, havia perdido a habilidade de se portar como tal.

Hoje, esse texto constitucional, com todas as limitações decorrentes da pluralidade de interesses e concepções que buscou abarcar, se impõe como alicerce de um desenvolvimento institucional considerável, que tem permitido aos constitucionalistas discutirem em um nível talvez nunca antes visto formas de aperfeiçoamento dos institutos que dão legitimidade ao ordenamento.

Assim, se verifica a existência de disputas internas que obedecem à procedimentalização imposta pela Constituição, de modo que grandes mudanças podem ser discutidas e planejadas, sem abalar a ordem institucional do sistema, e contribuindo para a consolidação da democracia local. A própria discussão em que agora nos envolvemos não tem cabimento senão num cenário de considerável estabilidade democrática, e tem sentido na medida em que busca contribuir para esta estabilidade.

## **5. Filtragem Constitucional**

Paulo Ricardo Schier (1999), ao tratar dos pressupostos da filtragem constitucional, começa por abordar a questão do sistema constitucional, a partir do “diálogo” entre Hesse e Lassale, acerca da força das normas constitucionais. A partir daí ele afirma que

com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente linguística – o enunciado ou texto). (SCHIER, 1999, p.106).

Schier propõe então que as noções de constituição em sentido formal e em sentido material sejam abandonadas em favor da ideia de sistema constitucional, e relata que há uma tendência entre constitucionalistas, “no sentido de considerar as noções de constituição em sentido formal e material enquanto duas faces de um mesmo fenômeno: o sistema constitucional”. (SCHIER, 1999, p.85).

Vale apontar, desde logo, a advertência feita por José Eduardo Faria, citado por Schier, de que a unidade teórica da Constituição brasileira de 1988 é algo um tanto delicado, vez que ela é

Resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembleia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural. (FARIA *apud* SCHIER, 1999, p. 93).

Em síntese, o que se propõe é trabalhar com a ideia de sistema sobre um texto que não foi concebido de modo sistemático ou mesmo coerente<sup>253</sup> em sua integralidade.

<sup>253</sup> Vale observar que, embora o texto constitucional abarque uma série de correntes e concepções sobre os mais variados assuntos, o sistema jurídico repudia qualquer incoerência que possa por em cheque a lógica do sistema, e o faz por meio de uma série de princípios que orientam todos os seus ramos. Como exemplo de mecanismos de repúdio à tais incoerências – que são inclusive chamadas de “aparentes” – temos, no Direito Constitucional, todas as derivações do princípio da Supremacia da Constituição, como o da interpretação conforme e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; no Direito Processual Penal, todas as derivações do princípio do *Favor Rei*, como o da presunção de inocência que, segundo Ferrajoli (2006, p.103), resolve a incerteza a favor do acusado; no Direito Penal,

Em que pese não haver um pensamento teórico que tenha guiado a elaboração da Constituição, é preciso não perder de vista que o que há, de fato, de determinante, é o postulado da supremacia da Constituição que “é elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito. Um código binário que separa o lícito/ constitucional do ilícito/ inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, quem se afasta é o próprio Direito”.(SOUZA CRUZ, 2004, p.242).

A supremacia da Constituição exige que se busque interpretar tanto ela mesma quanto a legislação infraconstitucional de modo que o todo se mostre harmônico. No atual momento, parece-nos que a melhor via para se chegar à harmonia do sistema, é adotar uma visão discursiva da filtragem constitucional, ou seja, fazer com que os mecanismos de controle da constitucionalidade – ressaltando que não se trata de tarefa exclusiva do Judiciário - sejam desenvolvidos dentro de um contexto procedimentalista, onde as decisões são tomadas após a realização de debates sobre o tema, debates em que se deve garantir a participação de todos os interessados, afim de que a força da decisão se dê em razão do melhor argumento e que, a legitimidade de tal decisão, ainda que ela venha de um tribunal superior ou de um órgão especial do parlamento não seja afetada por qualquer tipo de decisionismo.

Nesse sentido, “o contraditório é elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da ‘resposta correta’ ou da ‘norma ideal’, afirma Souza Cruz (2004, p.246), e continua pontuando que “ele compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista da Teoria da Decisão”.

Se, como parece, a questão central acerca da filtragem constitucional disser respeito à compatibilidade das decisões de um Estado com a Constituição, a fim de garantir que todas as decisões, específicas ou genéricas, sejam tidas como legítimas por seus destinatários, então é importante analisar como a busca pela legitimidade se impõe em cada situação.

No dizer de Ingeborg Maus:

Em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um

desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito... (MAUS *apud* HABERMAS, 2003, p.324).

Alguns pontos devem ser destacados neste momento. Quanto às instâncias que aplicam o Direito, sua legitimação não se dá apenas pelo próprio Direito, mas, mais que isso pela aplicação conforme a Constituição, ou, pela aplicação filtrada pela Constituição.

Por aplicação filtrada pela Constituição queremos dizer que o fato da lei ter respaldo no parlamento, e o parlamento ter respaldo no voto, nos termos do processo eleitoral, ou, que o fato da lei ter respaldo no devido processo legislativo não afasta daquele que tem por função primária a aplicação – e não a produção da lei – o dever de filtrar a legislação a ser aplicada pelos institutos da Constituição, notadamente os Direitos Fundamentais.

Em que pese isso parecer contrariar a legitimidade daquele que produziu a norma, na prática isso deve ter outro efeito, qual seja, possibilitar que a lei a ser aplicada seja discutida no caso concreto, onde a riqueza de detalhes pode fazer surgir questionamentos e situações para as quais não se atentou no curso do processo de produção da lei.

Desta forma, o problema da discricionariedade do “aplicador” da lei será, também, mitigado pelo filtro constitucional, além de contribuir com novos argumentos a serem considerados numa eventual revisão da norma pelo Legislativo, ou mesmo num eventual processo judicial, onde aquela norma esteja sendo questionada.

A partir da consequência apontada no parágrafo anterior podemos deduzir que a filtragem constitucional impõe-se não apenas ao Judiciário, no que diz respeito à aplicação da lei, mas também ao Executivo, já que, em regra, será diante dele que se mostrará o maior número de debates sobre a aplicação das leis.

Assim, deve o administrador público guiar o uso de seu espaço de decisão pela filtragem constitucional, que deverá acarretar que a decisão no caso concreto seja a que melhor se conforme às bases que a Constituição impõe.

Quanto ao legislador, deve-se observar que a afirmação de que sua legitimidade decorre da vontade popular e/ ou do respeito ao devido processo legislativo só pode ser tida como verdadeira se o modo como ele foi levado à condição de legislador for também filtrado pelas normas constitucionais.

Com isso queremos dizer que o respaldo popular não é um cheque em branco ao legislador, vez que sua atuação será limitada, no mínimo, pelos Direitos Fundamentais que, aparecem neste contexto em razão de que a existência de uma maioria (dominante) implica na existência de uma minoria (dominada), e o princípio da democracia exige a proteção da minoria e a garantia de que ela possa se manifestar no discurso.

Assim, Kelsen (2000) afirmava que:

Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 2000, p.67).

Quanto ao Legislativo deve-se apontar também que o respeito ao processo legislativo só garante a inexistência da chamada inconstitucionalidade formal, mas, se se trabalha com a ideia de sistema constitucional, isso não é suficiente para garantir a legitimidade de seus atos típicos.

Desta forma, deve o legislador, no curso do processo, passar os argumentos pelo filtro da Constituição, inclusive garantindo a maior participação possível daqueles que serão afetados pelo ato legislativo, a fim de que o maior número possível de situações sejam analisadas no curso do processo. Tal comportamento, do ponto de vista da teoria discursiva, contribuiria para o aumento da legitimidade do sistema. Do ponto de vista da filtragem constitucional, evitaria que a discussão se dê por meio de processos judiciais, o que é sempre prejudicial ao cenário de segurança jurídica de um Estado.

Um outro ponto que deve ser abordado é a prática, cada vez mais usual, de se afastar a aplicação de Direitos Fundamentais com base em argumentos não jurídicos, como a “reserva do possível”.<sup>254</sup> A filtragem constitucional, tal como a adotamos, é um instrumento a corrigir esse tipo de distorção. Se é certo que no discurso de justificação é possível a utilização de argumentos não jurídicos, também parece ser verdade que a Constituição, em especial seu núcleo de Direitos Fundamentais, individuais e coletivos, não exclui sua própria obrigatoriedade no curso do processo legislativo.

Desta forma, os argumentos levados ao processo legislativo devem passar pela filtragem constitucional, sendo por ela condicionados, o que implica na impossibilidade, mesmo em sede do chamado discurso de justificação, do uso de argumentos não jurídicos para afastar Direitos Fundamentais. E isso, parece contribuir com a

---

<sup>254</sup>

Cf. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. p. 238 e ss.

sistematicidade do ordenamento, e com o postulado da supremacia da Constituição, base de qualquer Estado que se pretenda chamar “Democrático de Direito”.

## 6. Conclusão

Neste breve artigo buscamos traçar algumas propostas para uma concepção de filtragem constitucional em conformidade com os delineamentos teóricos da *teoria discursiva*.

Trata-se essencialmente de um mecanismo para fazer valer o conceito de força normativa da Constituição adotado. Busca-se chegar a tal objetivo se sustentando que em todo e qualquer momento que existir espaço para uma decisão ser tomada, este espaço deverá ser preenchido pela chamada dos possíveis interessados para que apresentem seus argumentos, e pela conformação dos argumentos, e, por consequência, da decisão tomada, com os preceitos constitucionais.

Para tanto, buscou-se inicialmente delinear a ideia de sistema constitucional, abandonando, em certa medida, a distinção entre constituição formal e constituição material, em prol de um conceito mais unitário, e, neste sentido forte, que, por ser também mais simples, torna mais factível a tarefa de compatibilizar com o “todo” as decisões tomadas dentro de uma sociedade, sejam elas genéricas, como aquelas resultantes do processo legislativo típico, sejam elas particularíssimas, como aquelas tomadas no dia-a-dia do trato do cidadão com a Administração Pública.

Posteriormente buscamos retomar em breves linhas a mais utilizada formulação de *força normativa da Constituição*, a partir de Konrad Hesse, buscando fazer com que tal construção seja compreendida como o ponto de partida da ideia da filtragem.

Tal formulação se mostrou útil, pois, tais institutos podem ser vistos de forma complementar, de forma que um imponha o respeito à todas as normas constitucionais, e o outro seja um mecanismo de efetivação dessa imposição, por meio do qual, ainda que se esteja lidando apenas com a chamada *força paralisante das normas constitucionais*, tal exigência seja efetivamente cumprida.

Em seguida tratamos de delimitar o pano de fundo, histórico e contemporâneo, em que estamos trabalhando. Partimos da Revolução Americana, cuja importância histórica e argumentativa ultrapassa largamente o século XVIII e a América do Norte, a fim de mostrar o berço de vários dos institutos que utilizamos no desenvolvimento do trabalho.

Posteriormente, traçamos um breve perfil da evolução constitucional brasileira, a fim de demonstrar os altos e baixos de nossa história constitucional, e, com isso, afirmar que é preciso sempre e cada vez mais buscar ampliar os limites da democracia e da legitimação do Direito, a fim de que não presenciemos novamente situações em que o Direito era tão somente o mecanismo de institucionalização das decisões de poucas pessoas.

Por fim abordamos a *filtragem constitucional* propriamente dita, a partir da obra de Paulo Roberto Schier, mas buscando uma concepção diferente, em conforme com a *teoria discursiva*, que nos aparenta ser mais adequada às indagações que se apresentam na contemporaneidade.

Buscamos propor um modelo em que o princípio do discurso e os direitos fundamentais sejam respeitados, atuando como pressuposto e consequência da filtragem constitucional, de modo que os argumentos levantados a condicionem e sejam por ela, simultaneamente, condicionados.

Em síntese, tratou-se tão-somente de mais um esforço na busca por legitimidade das decisões que criam e modelam o ordenamento jurídico.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BACZKO, Bronislaw. **Luzes e Democracia**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BAILYN, Bernard. **Duas Revoluções**. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org). **A Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Juarez Tavarez, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes, et al. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Editora UNESP: 1991.

JUDT, Tony. **Pós-Guerra: Uma história da Europa desde 1945**. Trad. José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade I**. 2ªed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Ivone Castilho Benedetti, et al. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 9ªed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. cap. III.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Introdução à edição portuguesa**. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MARRAMAIO, Giacomo. O mundo e o ocidente hoje: o problema de uma esfera pública global. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.10,n.20 , p.7-22, jul. 2007.

MARRAMAIO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: da "ordem pós-hobbesiana" ao cosmopolismo da diferença. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.11, n.21 , p.163-175, jan. 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17<sup>o</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre , n.3 , p. 83-128, 2005.

TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36, p.27-48, .2001

## A “IRRACIONALIDADE” JURÍDICA DA MOLDURA INTERPRETATIVA DE HANS KELSEN

*Bernardo Gomes Barbosa Nogueira*<sup>255</sup>

**RESUMO:** O presente texto tem como fim aclarar questões agudas acerca do modo de realização do Direito. Pretende-se explicitar os limites que possui uma realização do Direito fundada na moldura interpretativa kelseniana. A evidenciar uma realização discricionária do juiz, conforme nossa visão, é uma realização política do Direito.

**Palavras chave:** interpretação, moldura, kelsen, racionalidade.

**RESUMEN:** El present texto tiene como fin aclarar las cuestiones agudas acerca del modo de la realización del derecho. Su objetivo es aclarar los limites que tiene un ejercicio del Derecho basado en la moldura interpretativa kelseniana. La evidencia una realización discreción del juez, que conforme nuestra visión, es una realización politica del derecho.

**Palabras clave:** interpretación, moldura, kelsen, racionalidad.

**ABSTRACT:** This paper has the purpose to clarify issues regarding the mode of acute realization of the Right. It is intended to clarify the limits that it has a realization of the right based on the kelsenian interpretive frame. In highlighting a voluntary achievement of the judge, according to our view, is a political achievement of the law.

**Keywords:** interpretation, frame, Kelsen, rationality.

### Introdução

Nossa contribuição com este texto visa apontar um dos problemas mais atuais da teoria hermenêutica contemporânea, qual seja, a compreensão dos limites à interpretação/aplicação do Direito por parte do magistrado.

Para essa reflexão, convocamos Hans Kelsen a nos dizer qual a sua perspectiva de realização do Direito. Com essa empresa tentaremos mostrar qual a vertente assume o pensamento kelseniano ao tratar da interpretação jurídica, bem como, observar os limites e críticas possíveis a esse pensamento.

---

<sup>255</sup> Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Especialização em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Direito, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

Assim, questões acerca da politização do direito por intermédio de decisões tendenciosas; a falta de “limites” à atuação jurisdicional; e qual a racionalidade que fundamenta as decisões jurídicas, serão alvo de nossas discussões.

Com este texto, além de elucidar alguns importantes pontos da teoria kelseniana, temos o intuito de indicar uma prática dita juridicamente “irracional”, se atendidas as formas kelsenianas de aplicação do Direito. O que nos conduz a uma excessiva politização do Direito e uma desvirtuação de uma *ratio* jurídica no momento da decisão.

### **O pensamento normativista (?) de Hans Kelsen:**

Sem a intenção totalizante do conteúdo, buscaremos a partir daqui mostrar qual a verdadeira posição que o pensamento deste autor nos informa, ou seja, respondermos se com a aplicação normativa de ordem do dever-ser podemos entender a postura de KELSEN dentro de um enquadramento normativista mesmo?<sup>256</sup> E ainda, procurarmos elucidar o significado da “irracionalidade” jurídica deste pensamento ao tratarmos da moldura interpretativa.

Como é sabido, KELSEN refuta a possibilidade de uma fundamentação da ordem jurídica a partir de qualquer ordenamento exógeno a essa concepção. O que é evidente quando encontramos no ideário metodológico da Teoria Pura do Direito a menção à busca de «libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos». Com essa colocação nos encontramos em face de iniciar esse breve percurso ao que entendemos ser necessário para aclarar em que se funda essa ordem.

KELSEN afirma que o direito, *maxime*, a ordem normativa, figura num patamar do dever-ser que não se confunde com os atos da ordem do ser. Essa colocação é importante no sentido de que apenas a partir dessa mesma altura é que podemos encontrar a formulação e o desenvolvimento do direito, ou seja:

“o que transforma este facto num acto jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei de causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido

---

<sup>256</sup> Como nos informa REIS MARQUES: “KELSEN é considerado um dos mais ilustres representantes do normativismo justamente porque na sua teoria o direito é norma, é constituído por normas, sendo o seu estudo o objecto exclusivo da ciência jurídica” *In*, REIS MARQUES, Mário, *Introdução ao Direito*, volume II, 2ª edição, Almedina, 2007, pág. 187. E também, como nos ensina CASTANHEIRA NEVES: “O exemplo mais acabado de um normativismo de auto-racionalidade por consistência, e consistência axiomáticamente dedutiva por referência a uma *Grundnorm*, temo-lo decerto no normativismo sistemático de Kelsen.” *In*, CASTANHEIRA NEVES, António, *Teoria do Direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998, pág. 80

objectivo que está ligado a este acto, a significação que ele possui [...] A norma que empresta ao acto o significado de um acto jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um acto jurídico, que, por seu turno, recebe significação jurídica de outra norma [...] Quer isso dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fáctico coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida”<sup>257</sup>

Portanto, podemos auscultar, a partir desses dizeres, que o direito seria uma ordem normativa que se apresenta como uma ordem coercitiva, o que nos leva ao ponto principal da tese kelseniana. Referimo-nos aqui à *Grundnorm*, que apesar de ser considerada por autores variados uma alusão ao direito natural, essa tese é pelo seu fundador combatida, quando afirma que apesar de não ser da ordem de direito positivo, figura nesta, como uma sua condição de existência (condição lógico-transcendental).

“O direito positivo ou, mais exatamente, a sua estatuição, apenas pode ser justificado através de uma norma ou ordem normativa com a qual ele possa não só estar de acordo como também em desacordo. [...] A Teoria Pura do Direito, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe *um* direito: o direito positivo. A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem qualquer carácter ético-político, mas apenas um carácter teórico-gnoseológico.”<sup>258</sup>

Assim, resguardados pela explicação de KELSEN a respeito da fundamentação da ordem normativa, podemos vislumbrar junto com CASTANHEIRA NEVES acerca do tipo de normativismo daquele autor: um normativismo puro, o que significa dizer:

<sup>257</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6ª edição, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado – Editora – Coimbra, 1984, págs. 19-21.

<sup>258</sup> KELSEN, Hans, *A justiça e o Direito Natural*, tradução e prefácio de João Baptista Machado, Almedina, pág. 153. “E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem [...] Dizer que o Direito é uma ordem coactiva significa que as suas normas estatuem actos de coações atribuíveis à comunidade jurídica” In, KELSEN, Hans, *Teoria Pura...*, *op. cit.*, pág. 57. A argumentação kelseniana de que essa ordem não cuida de valores ético-políticos, está em consonância evidente com sua proposta primeira de constituir uma teoria pura (científica) do direito, ou seja, “*Ahora bien, la cuestión está en que describir normas válidas, según el propio Kelsen, es suponer la efectividad de las mismas y su pertenencia a un sistema eficaz. Y esta tiene consecuencias que hacen de la imaginada por Kelsen, una ciencia imposible...*” In, CORREAS, Óscar, *Kelsen o la ciencia imposible*, in, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXIX, Número 85, Enero-Abril de 1996, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 137. “As dimensões estrutural (a estabilidade) e intencional (a continuidade) da ordem jurídica seriam assim sustentadas pela identidade e subsistência do fundamento redutivo – a *Grundnorm* –, enquanto fundamento instituinte de uma organização escalonada de quadros e competências normativas [...] a dinâmica constitutiva é linear e num único sentido, segundo o esquema «de cima para baixo» e em intenção só concretizadora. Dinâmica assim só *no* sistema, mas não *do* sistema. Este, no seu todo e porque continua a ser definido *a priori* na sua normatividade global, mantém-se intencionalmente estático, como «pontual-estática» é afinal a *Grundnorm*, segundo a exacta qualificação de MARCIC.” In, CASTANHEIRA NEVES, António, *A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido* (Diálogo com Kelsen), in, *Digesta* Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros, Volume 2º, Coimbra Editora, 1995, págs. 158-159.

“É certo que neste normativismo puro, ou normativismo *tout court* – só nele as normas são pensadas em si numa autónoma normatividade e não remetem para algo que as transcenda e que lhes confira constitutivamente a sua normatividade –, o fundamento racional da normatividade, o fundamento que ela exhibe na sua *ratio* constitutiva, se manifesta na pressuposição das próprias normas ou postulando já a existência delas; enquanto que relativamente aos normativismos referidos aos outros dois tipos de fundamentos objectivos se haveria de ver nesses mesmos fundamentos também a origem constitutiva das normas. Por outras palavras, aquele normativismo puro exige, paradoxalmente, prévias fontes do direito que criem as normas, pois só uma vez elas criadas se poderá atingir a sua específica normatividade racionalidade. Daí que o normativismo de uma estrita compreensão racional da normatividade das normas, e da sua validade, possa ir simultânea com um radical voluntarismo, se não decisionismo, quanto às suas fontes. É o que se vê expressamente em Kelsen, quando, ao sustentar que “o dever-ser, a norma, é o sentido de uma vontade, de um acto de vontade”, pretende com isso significar, por um lado, que as normas são a criação de um acto natural ou empírico de prescrição e, por outro lado, que só no sentido do dever-ser que manifestam se pode pensar a sua normatividade, aquela normatividade que adquire “vigência” (*Geltung*) enquanto “a existência específica da norma” – vigência normativa essa que, desse modo, “deve ser distinguida da existência dos factos naturais, e especialmente da existência dos factos através dos quais ela foi criada” (*Allgemeine Theorie der Normen*, cit., 2, ss.). Daí também que no legalismo, a postular sempre um elenco de fontes em que se afirma a imperatividade do poder político, seja susceptível de ser pensada, e tenha mesmo em geral sido pensada, a sua normatividade jurídica em termos normativistas estritos.”<sup>259</sup>

Assim, se este sistema se encontra “fechado” e sustentado apenas à norma fundamental, necessitamos aclarar sobre a formação da mesma. Encontramos resposta (?) na sua Teoria Pura do Direito quando o autor fala:

“Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efectivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com a lei criada. A norma fundamental não é portanto, o produto de uma descoberta livre [...] Aqui permanece fora da questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta [...] Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito positivo”<sup>260</sup>

Daí que possamos já perceber que o substrato – se houver -, que reveste a norma fundamental não está relacionado/embasado a qualquer valor que porventura tivesse a realização do homem como pessoa, para falar em ressonância aos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES. Ora, se entendemos o direito a partir da perspectiva em análise, aceitamos necessariamente, *a priori*, que os critérios de validade normativa dentro do sistema positivo são os únicos que imperam, ou seja, a

<sup>259</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *Teoria do Direito...*, op. cit., págs. 82-83.

<sup>260</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura...*, op. cit., pág. 278.

necessidade/possibilidade de uma justificação ética do direito, fica, desde já, descartada por esse pensamento.

A norma fundamental busca apenas regular a validade das normas estatuídas para que estejam em consonância com sua validade, o que não importa em nenhum momento o critério que foi estabelecido, ou melhor, importa o critério que atenda aos ditames da norma fundamental, não vinculando essa estatuição a valores quaisquer. O que subjaz, a partir do momento que se considera legítimo o poder que tem essa norma ou o que a fundou.

“Direito positivo somente pode ser justificado – como já notamos – através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo – segundo o seu conteúdo – tanto pode conformar-se como não se conformar, assim podendo, portanto, ser justo e injusto.”<sup>261</sup>

Então, o dever-ser (norma) está no corpo que constitui esse pensamento e a normatividade, o móbil que exclusivamente poderá fundamentar o direito, sendo que estaria sempre vinculado à norma fundamental, que mais uma vez afirmamos, apenas cuida de fundamentar a validade do direito positivo.

A afirmação de justeza a respeito da criação do direito não compete à norma fundamental o que nos remete à constatação que neste modelo de realização do direito, ante a finalidade de realização da justiça, impõe-se um império do poder político.<sup>262</sup>

### **A Interpretação Kelseniana e a realização normativa (?) do Direito:**

Nesse sentido de argumentação, necessário dizer da imperiosidade das relações hierárquicas dentro da ordem jurídica, ou seja, há que se atender a uma relação legitimadora entre um «escalão superior» e um «escalão inferior». Significa dizer, uma vinculação regulativa e de legitimação mesma daquelas para estas.

Assim, mesmo quando nos fala de uma hierarquia que necessariamente deve ser atendida no momento da aplicação do direito, a vinculação não pode ser total, ou

<sup>261</sup> *Ibidem*, pág. 308.

<sup>262</sup> O que mais uma vez paradoxalmente não é o intuito de KELSEN, “*Por eso dice Kelsen que cuando el jurista propone como correcta una interpretación en desmero de otras posibles, se convierte en un político.*” In, CORREAS, Óscar, *Kelsen o la ciencia ...*, op. cit., pág. 137. Para uma concepção diferente da defendida por KELSEN, trazemos o ensinamento de FERNANDO COELHO: “Posso acrescentar que o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social. Ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça.” (*Lógica jurídica*, cit., 324), que vimos citado em, CASTANHEIRA NEVES, António, *A redução política do pensamento metodológico-jurídico* (Breves notas críticas sobre o seu sentido), in, *Digesta Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume 2º, Coimbra Editora, 1995, pág. 401, nota (85).

mesmo, não é possível que o seja - daí encontrarmos com a aludida “liberdade” do órgão aplicador do direito ao interpretar as normas. Sendo que, ainda que atendidas as “regras” acima postas, resta, dentro da moldura, que a norma superior impõe como reguladora, um espaço no qual o aplicador caminha. «Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do facto de a norma a aplicar ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto.» Verdadeiramente como um espaço dito de «pluralidade de determinações». O que fica claro se estivermos atentos ao que nos diz o autor, “que todo o acto jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um acto de criação jurídica quer seja um acto de pura execução, é, em parte determinado pelo Direito e, em parte indeterminado.”<sup>263</sup>

Portanto, quando nos deparamos – dentro do ordenamento jurídico - com normas contraditórias, comportando várias interpretações, o aplicador do direito tem possibilidade de agir mediante a aplicação de quaisquer dessas normas. O mesmo encontrar-se-ia resguardado pela moldura que reveste de conformidade com o direito a determinação por ele dada. O que a nós fica claro o atendimento fiel a sua doutrina quando o autor menciona que a interpretação jurídica se consuma quando fixa-se a moldura que permite ao aplicador interpretar, o que não implica, desde já, que a mesma razão usada para a consecução da interpretação (moldura) seja usada para o preenchimento desta.

Neste ponto, é relevante a questão de KELSEN ressaltar que a vontade do aplicador prepondera dentro da prática da interpretação. Com isso afirma, contra outros entendimentos (Dworkin), ser impossível atender apenas a uma escolha que seria correta, dado que a razão do aplicador não figura de modo imparcial nessa aplicação.<sup>264</sup>

“A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correcta (ajustada) e que a «justeza» (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um acto intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correcta (justa) no sentido do Direito positivo.”<sup>265</sup>

<sup>263</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Pura...*, *op. cit.*, pág. 465.

<sup>264</sup> “...a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” *In, ibidem*, págs. 469-470.

<sup>265</sup> *Ibidem*, pág. 467.

Nesse mesmo sentido, o autor austríaco informa a respeito da inexistência de uma racionalidade que vincule a atuação do aplicador do direito dentro da moldura que formula a partir da interpretação, ou seja, diz-nos não haver, dentro da moldura enunciada, qualquer meio que possa fazer com que o aplicador atenda a uma ou outra norma.<sup>266</sup> Essa resolução, portanto, reconhece a intervenção da vontade desse aplicador aquando dessa “escolha”, não possuindo o mesmo, dentro do direito positivo, meios para racionalizar sua decisão.<sup>267</sup>

KELSEN atribui com essa mobilidade do aplicador do Direito a possibilidade de convocar mecanismos “exógenos” ao direito para justificação de sua decisão dentro da moldura previamente interpretada. Fala de valores morais, sociais, dentre outros, o que culmina numa liberdade “sem restrições” - paradoxalmente dentro duma moldura.

Portanto, a vontade livre do aplicador do direito pode mesmo não se preservar totalmente dentro da moldura, essa posição é explicada com palavras do próprio autor:

“A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”<sup>268</sup>

Assim, entende KELSEN cumprir pela via da Teoria Pura do Direito, por exemplo, a função do preenchimento das lacunas do direito, que apenas pode se dar, como assevera o autor, a partir da interpretação autêntica, ou seja, aquela que tem força criadora de direito.

Ao cabo desse dispêndio, o autor afirma – como dito -, que a possibilidade de uma única interpretação seria mesmo uma «ficção» e que, portanto, não há que se falar em impossibilidade de segurança jurídica ao não atender essa busca, ora, estamos aqui em ordem que considera a ciência do direito, e essa, mesmo que esteja distante das pretensões às quais revestiam o legislador ao criar uma lei, e distante assim de uma possível consonância com a ordem política, deve mesmo neste caso ser atendida, pois, mostra ao legislador a sua imprecisão técnico jurídica. O que, no entender de KELSEN

<sup>266</sup> “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a «correcta», não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito positivo, mas um problema de política do Direito.” *In, ibidem*, pág. 469.

<sup>267</sup> No limite, KELSEN nos fala mesmo que: “Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar «juridicamente» uma, com exclusão da outra.” *In, ibidem*, pág. 468.

<sup>268</sup> *Ibidem*, pág. 471.

contribui para uma maior perfectibilidade na busca por uma cada vez maior segurança jurídica. Além de nos dizer que nenhum interesse/vantagem, fictício-político, pode sobrepor-se a uma intenção científica de interpretação do direito.<sup>269</sup>

Portanto, o juiz, a partir da “descoberta” da moldura no ato da interpretação, move-se “irracionalmente” na “escolha” da norma a qual irá lançar mão aquando da decisão. Isso por si só invoca uma dificuldade ao buscar encontrar um enquadramento para o sistema kelseniano, pois, se considerarmos o que nos ensina CASTANHEIRA NEVES, o pensamento daquele jurista seria uma representação do normativismo *tout court* que na sua realização atende às hierarquias da moldura.

Nesse mesmo sentido, encontramos condições para negar a possibilidade de ver em KELSEN um representante do normativismo lógico-dedutivo que se mostra evidente no século XIX – a perspectiva do «juiz *bouche de loi*». Isto é dito em atendimento à forma e o método que o aplicador do direito se utilizará para chegar à decisão<sup>270</sup>: como acima já fora mencionado, em um primeiro momento, a interpretação da moldura e *a posteriori*, encontrar a decisão, sendo essa “escolha” pautada por critérios que escapam à racionalidade jurídica.

Em acordo com este entendimento: “...a exclusão de qualquer racionalidade especificamente jurídica chamada a realizar, em termos normativo-argumentativos também específicos, a conversão das normas jurídicas em critérios de judicativa decisão. O que importa é chamar a atenção para a remissão que nele se faz, e através do que se propõe ser fundamentalmente uma análise crítica da interpretação jurídica, da decisiva intencionalidade

<sup>269</sup> O que nos fica evidente que a posição de KELSEN centra-se na intenção que funda seu pensamento, qual seja, o de construir uma ciência pura do direito, como nos informa de forma clara ÓSCAR CORREAS, “*Como buen positivista tenía una clara idea de lo que la ciencia es; y es por eso que dijo que los juristas no hacen ciencia, porque lo que hacen es, un opinar sobre las normas, o proponer nuevas normas. Sólo si se limitan a repetir las normas, a decir lo que ellas dicen, sin opinar sobre su justicia o su injusticia, sólo así, podrán decir que lo suyo es una ciencia.*” In, CORREAS, Óscar, *Kelsen o la ciencia ...*, op. cit., pág. 135.

<sup>270</sup> “A unidade normativo-sistemática que a Teoria Pura do Direito e pensamentos afins (temos presentes sobretudo HART e BOBBIO) imputam à ordem jurídica é também uma unidade lógica *a priori*, mas já não uma unidade de conteúdo (conceitual e estática) e sim arquitectónica ou de relacional conexão. Pois não se trata, nesses pensamentos, de uma unidade lógico-conceitualmente abstracta obtida através da formal identidade de significações subsistentes, mas de uma unidade de institucionalização que é simultaneamente um processo normativamente estruturado e dinâmico de aplicação- produção («aplicação» que é simultaneamente produção) do direito. E a garantia da unidade tê-la-íamos aqui num único fundamento normativo – a *Grundnorm* – que legitimaria, enquanto objectivaria, o sistema instituído e a que teria de ir redutivamente referido todo o direito que se constitua e aplique no quadro do mesmo sistema (no quadro da ordem jurídica que é esse sistema). *Unidade por redução* ( e redução analítico-transcendental) a um só fundamento normativo, portanto, e segundo a qual, já pela contingência material (contingência ideológico-política e decisória) que se atribui aos conteúdos jurídicos, já pela função criadora reconhecida também a todos os níveis da prescrição e da realização do direito, tudo se reconduz a uma coerente articulação (gradual e sucessiva) de um quadro formal de possibilidades normativas, em que umas normas são condição e limites de validade das outras.” In, CASTANHEIRA NEVES, António, *A unidade do sistema jurídico...*, op. cit., pág. 158.

desta para critérios políticos, que não autónoma e objectivamente jurídicos.<sup>271</sup>

Portanto, o aplicador do direito em KELSEN deixa essa figura “inerte” do juiz *bouche de loi* e tem um papel ativo nesta constituição, o que nos indica uma “politização” que vem inserida dentro das possibilidades que o autor – sem peias jurídicas - realiza.

“O político é afirmado no pensamento jurídico, já que neste se reconhecem agora duas notas essenciais do político, - no momento constitutivo e criador dos concretos juízos jurídicos, a nota estrutural da decisão e do poder: a criação normativa implica *decisão (voluntas)* e nesta afirma-se decerto um *poder* (a função judicial não era afinal um «poder nulo» e enquanto apenas «boca da lei»); no momento intencional prático-normativo, a nota do prático-teleológico e do «finalismo» que também intencionalmente caracterizam o político (o argumento prático-estratégico das suas opções).<sup>272</sup>

Essa apreciação é evidentemente trazida mais uma vez em CASTANHEIRA NEVES que nos remete à necessária questão de uma *ratio* própria ao direito, o que é ponto ausente na concepção em análise. Esse dizer evidencia a vinculação que aqui vimos trazendo, ou seja, a inevitável “entrega” do direito, e aqui, além do que já foi dito nomeadamente no momento de sua realização, encontra então o seu «critério» no «político».

### Conclusão:

Os dizeres que até agora nos seguiram forma, portanto, imprescindíveis para encontrar fundamento para o cariz político que adjetivamos este sistema, ou seja, não se trata aqui de negar a vertente e atuação política do direito, o que é inegável(!). Trata-se, contudo, de afirmar que no momento decisivo de constituição mesma (e aqui no

<sup>271</sup> Em acordo com este entendimento: “...a exclusão de qualquer racionalidade especificamente jurídica chamada a realizar, em termos normativo-argumentativos também específicos, a conversão das normas jurídicas em critérios de judicativa decisão. O que importa é chamar a atenção para a remissão que nele se faz, e através do que se propõe ser fundamentalmente uma análise crítica da interpretação jurídica, da decisiva intencionalidade desta para critérios políticos, que não autónoma e objectivamente jurídicos.” *In*, CASTANHEIRA NEVES, António, *A redução política do pensamento...*, op. cit., pág. 388, pág. 392.

<sup>272</sup> *Ibidem.*, pág. 388. Na esteira do mesmo jurista, encontramos a motivação que figura o âmago do pensamento que nos permite reconhecer a vertente política em que o pensamento da ciência do direito em KELSEN acaba por se enveredar: “Conclusões todas elas, e enquanto acabam por identificar a intenção normativamente constituída do jurídico à intenção política, só possíveis porque comungam também todas elas num tácito e acrítico pressuposto – o pressuposto da ausência de uma intencionalidade normativa autónoma no direito. O direito não teria outros valores constitutivos, outros princípios fundamentantes e outros fins determinantes do que aqueles que numa perspectiva política (estratégico-teleologicamente política) e politicamente (decisório-prescritivamente política) se lhe imputassem.” *In*, *ibidem*, pág. 389.

momento da decisão) reveste-se o decidende de um «objetivo político».<sup>273</sup> O que seria uma proposta pura do direito, “apresenta-se tradicional e «falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão só um juízo de valor político»<sup>274</sup>.

Este excuro nos permite responder positivamente às questões propostas acima, ou seja, há uma realização juridicamente “irracional” no momento da decisão se atendidos os moldes em que nos ensina Kelsen. O que significa dizer, “onde acaba a normatividade se abre mais um espaço ignoto onde reina o puro arbítrio [...] a actividade do juiz não é técnica, mas política jurídica”<sup>275</sup>

## Bibliografia:

<sup>273</sup> O que afirmamos mais uma e incansavelmente vez a respeito do autor posto em análise, em contrário à posição de SAVIGNY e da *École de l' exegese* “...sustenta Kelsen que isso não é possível (que não é isso «cientificamente» logrável), já que as normas legais ofereceriam apenas um quadro de várias soluções possíveis e que entre essas várias soluções possíveis o intérprete decidiria a sua opção segundo critérios extrajurídicos, políticos-sociais ou ético-políticos.” *In, ibidem*, pág. 391.

<sup>274</sup> *Ibidem*, pág. 392.

<sup>275</sup> *Ibidem*, pág. 394. “A politização do direito através da sua estatização normativo-legalista foi, pois, a primeira expressão moderna do esvaziamento axiológico-material do direito a favor de uma sua perspectiva tão só formal – o moderno “direito formal” (Max Weber) [...] por um lado, a índole formal do direito acentuou-se de outro modo no sentido actual da sua positividade; por outro lado e sem contradição como veremos, o direito dos nossos dias deixou de ser materialmente neutro ao instrumentalizar-se a uma teleologia político-social – com o que a sua politização se continuou por outra via e se radicalizou.” *In*, CASTANHEIRA NEVES, António, *Filosofia do Direito – O problema Actual do Direito*, Centro de Publicações – 2003/2004, Texto Policopiado, pág. 29. “A significar isto afinal que o sistema kelseniano juridicaliza apenas uma organização coactiva do poder através de um coerente sistema de normas, por que aquele actue e com os limites tão-só da lógica instituída por esse sistema, e renuncia a pensar a dimensão de «justiça» i.é, a totalizante e unitária integração materialmente comunitária, sem a qual também não há uma ordem de direito e simplesmente um sistema de pensamento [...] O sistema kelseniano sustentará a unidade ou a coerência lógicas de uma pensamento «reconstrutivo» de um certo tipo analítico de pensamento sobre o direito, mas não considera a unidade normativamente prática da ordem jurídica” *In*, CASTANHEIRA NEVES, António, *A unidade do sistema jurídico...*, *op. cit.*, págs. 160-161. “Conclusões todas elas, e enquanto acabam por identificar a intenção normativamente constituenda e constitutiva do jurídico à intenção política, só possíveis porque comungam também todas elas num tácito e acrítico pressuposto – o pressuposto da ausência de uma intencionalidade normativa autónoma no direito. O direito não teria outros valores constitutivos, outros princípios fundamentantes e outros fins determinantes do que aqueles que numa perspectiva política (estratégico teleologicamente política) e politicamente (decisório-prescritivamente política) se lhe imputassem. Neste sentido, pois, se devia entender o direito como “instrumento da política” (Kelsen). A própria “justiça” não se vê entendida senão como o histórico-político regulativo normativo de um certo sistema de valores político-socialmente postulado ou de um certo programa político-social – nada mais do que a ideologia da organização e da normatividade praticamente comprometida em certo sentido da sociedade histórica [...] Com o que apenas se continua um dos pressupostos básicos do positivismo jurídico, neste ponto capital afinal não superado: aquele pressuposto que, pela recusa de qualquer transpositivo ou indisponível fundamento de validade e constitutivo do normativo jurídico, se traduzia na imputação deste à total disponibilidade dos poderes e das exigências histórico-políticas. Abandonada a intencionalidade tão-só cognitiva e formal do pensamento jurídico a favor de uma intencionalidade prático-normativa material e teleologicamente comprometida, o seu critério decisivo seria o político. Os seus constitutivos critérios materiais são critérios políticos.” *In*, CASTANHEIRA NEVES, António, *Teoria do Direito...*, *op. cit.*, págs. 203-205.

CASTANHEIRA NEVES, António, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_, *Digesta* Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros, Volume 1º, Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_, *Digesta* Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros, Volume 2º, Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_, *Digesta* Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros, Volume 3º, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_, *Teoria do Direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998.

CORREAS, Óscar, *Kelsen o la ciencia imposible*, in, Boletim Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXIX, Número 85, Enero-Abril de 1996, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

KELSEN, Hans, *A ilusão da Justiça*, Tradução Sérgio Tellaroli, Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_, *A justiça e o Direito Natural*, tradução e prefácio de João Baptista Machado, Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_, *O que é justiça?* Tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo.

\_\_\_\_\_, *Teoria Pura do Direito*, 6ª edição, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado – Editora – Coimbra, 1984.

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

REIS MARQUES, Mário, *Introdução ao Direito*, volume II, 2ª edição, Almedina, 2007.

## MULHERES: UMA ESPÉCIE DE AÇÃO AFIRMATIVA POR COMPETÊNCIA.

Gustavo Hermont Corrêa, Advogado, Pós-Graduado em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/MG, Mestre em Direitos Sociais e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal e Professor de Direito Constitucional das Faculdades Asa em Brumadinho/MG e Universidade Presidente Antônio Carlos em Itabirito/MG.

**RESUMO:** No presente estudo, buscamos analisar o fenômeno discriminatório que atinge as mulheres brasileiras sob vários aspectos, apontando dados estatísticos que confirmam esta exclusão. Por outro lado, ousamos afirmar que características essenciais a natureza feminina, tais como a sensibilidade, a intuição, a cautela e a persistência são fatores que funcionam como uma espécie natural de discriminação positiva por competência, haja vista as crescentes e corriqueiras conquistas das mulheres em diversos setores da sociedade moderna, quando se proporciona condições de equivalência, elas se superam.

**Palavras-chave:** Mulheres; Discriminação; Isonomia; Ações Afirmativas.

**RESUMEN:** En este estudio, se examina el fenómeno discriminatorio que afecta a las mujeres brasileñas en varios aspectos, señalando los datos estadísticos de esta exclusión. Además, se atreven a decir que la naturaleza esencial características femeninas como la sensibilidad, la intuición, la persistencia y la precaución son factores que actúan como una especie de discriminación positiva por competencia natural, dada la creciente y común logros de la mujer en las distintas sectores de la sociedad, cuando se establece las condiciones de equivalencia, ellas se superan.

**Palabras – clave:** Mujeres; Discriminación; Isonomia; de acción afirmativa.

### Introdução

Até o início do século XX, a situação da mulher trabalhadora no Brasil, em termos de proteção estatal, era de absoluta exclusão. Tudo isso, fruto da evolução histórica vivenciada na época, cujos reflexos proporcionados pela Revolução Industrial (século XIX), inspiradas pelas idéias do liberalismo econômico podiam ser claramente sentidos pela população ao longo deste período.

Naquele período histórico, era comum nas fábricas a concentração maciça da mão de obra feminina que vendia a sua força de trabalho em troca de um salário mais baixo do que o praticado no mercado, o que por certo despertava maior interesse ao capitalismo, que impulsionava o crescimento econômico acelerado de forma nunca antes vista na história.

É inegável que naquele período essencialmente capitalista, a mulher adquiriu visibilidade internacional no mercado de trabalho, começa-se a haver uma mudança de paradigmas de uma mentalidade essencialmente protetiva e proibitiva para uma mentalidade de combate à discriminação e promoção da igualdade.

Entretanto, na visão de Saffioti:

*“As mudanças operadas com o advento do capitalismo industrial não fizeram senão tornar evidentes as funções econômicas das mulheres que desempenham atividades ocupacionais fora do lar, obscurecendo, portanto, seu papel nas indústrias domésticas, que antecederam o regime das fábricas gigantescas e, simultaneamente, marginalizar um grande contingente feminino do sistema dominante de produção de bens e serviços”*

*“O engajamento de certo número de mulheres em ocupações remuneradas e desempenhadas fora do lar constitui suficiente evidência da ampla aceitação de que supostamente goza o trabalho feminino e da liberdade que a sociedade de classes deixa à mulher para, numa pretensa determinação pessoal e voluntária de sua existência, escolher uma carreira profissional ou o casamento ou ainda a conjunção de ambos”* <sup>276</sup>.

Nesse sentido, com os avanços tecnológicos advindos do processo de industrialização, a intervenção da força humana começa-se a perder espaço, consideravelmente, inicia-se, então, um processo de transferência de importância do vigor do homem para os equipamentos e para a tecnologia, a força é substituída pela modernização tecnológica.

A sociedade evolui e mudam-se os referenciais. A eficiência da força física do trabalhador perde mercado para a capacidade técnica de raciocínio e direção. Assim sendo, as vantagens masculinas vão enfraquecendo-se em relação aos atributos femininos de maneira acelerada com a evolução da humanidade. Todavia, mesmo com os avanços, a discriminação das mulheres ainda existe e é latente.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em seis capitais brasileiras (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, de 2003 a 2008, podemos constatar o seguinte:

*“Segundo a pesquisa Mensal de Emprego, em janeiro de 2008 havia aproximadamente 9,4 milhões de mulheres trabalhando nas seis regiões*

<sup>276</sup>Saffioti, H. *A Mulher na Sociedade de Classes*, Editora Vozes, R.J., 1976, P. 235.

*metropolitanas de abrangência da pesquisa. Este número significava 43,1% das mulheres com 10 anos ou mais de idade. Em 2003 esta proporção era de 40,1%.*

*No entanto, mesmo sendo maioria na população total e a despeito do crescimento no seu nível de ocupação, elas ainda eram minoria no mercado de trabalho.*

*Atualmente, nas seis regiões metropolitanas, elas lideram o ranking da desocupação (1,0 milhão). Entre os desocupados, no total das seis regiões, elas representavam 57,7%, enquanto que entre os homens esse contingente é de 779 mil, 42,3%.*

*No que se refere à forma de inserção no mercado de trabalho, elas também se encontravam em situação menos favorável, não sendo atingindo o percentual de 40% de mulheres trabalhando com carteira de trabalho assinada; já entre os homens esta proporção ficou próxima de 50,0%. Na contribuição para previdência o quadro também era desigual. Mais de um terço das mulheres (37,0%) não contribuem para previdência, enquanto o percentual de homens não contribuintes não atingia um terço.*

*A jornada de trabalho delas era de 40 horas semanais em média, e recebiam, habitualmente, R\$ 956,80 por mês. Esse rendimento correspondia a 71,3% do rendimento dos homens.*

*Quando o contexto é mercado de trabalho, a maioria dos indicadores apresentados mostrou a mulher em condição menos adequada que a dos homens. Entretanto, estas estatísticas não são explicadas pela escolaridade, visto que, neste cenário, elas ocupam posição de destaque. Aproximadamente 60,0% das mulheres ocupadas tinham, pelo menos, a escolaridade referente ao ensino médio. Todavia, observou-se que as diferenças entre os rendimentos de homens e de mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. A remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior a dos homens".<sup>277</sup>.*

Diante dessa situação, podemos afirmar que a luta pela efetividade dos direitos fundamentais passa necessariamente por uma etapa precedente de reconhecimento do próprio problema, pois a situação em torno da afirmação de direitos das mulheres no Brasil ainda exige uma análise em torno do reconhecimento da questão como um problema social inserido na nossa sociedade.

Importante ressaltar, que diversas são as dificuldades enfrentadas pelas mulheres no Brasil. Todavia, as conquistas das mulheres são cada vez maiores. Os dados estatísticos lentamente progredem beneficiando-as, e são potencializados pela evolução dos processos de produção. Então, surge uma nova figura multifuncional que além de possuir maior escolaridade, administra a casa, trabalha fora, cuida dos filhos e do marido, ou seja, consegue desenvolver todas estas tarefas com invejável competência, portanto, esse ser tão especial, começa a atingir patamares antes inimagináveis.

---

<sup>277</sup> IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br> Acesso em: 12/06/2009.

## 1. Razões da Proteção Especial.

Os motivos que explicam a necessária ingerência do direito na proteção da mulher inserida no mercado de trabalho possuem conotação lógica, pois se fundamentam em aspectos eficazes de garantia da isonomia material.

Neste sentido afirma Amauri Mascaro, vejamos:

*“Os fundamentos para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher que trabalha profissionalmente são os seguintes: a) Fundamento Histórico: a super-exploração da mão de obra feminina após a Revolução Industrial, que por ser “mais barata”, representava mais-valia para o capitalista; b) Fundamento Fisiológico: a mulher não tem a mesma resistência física do homem e sua constituição é mais frágil; c) Fundamento Social: interessa à sociedade a defesa da família, por isso o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal maneira que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais; d) Fundamento Conjuntural: a discriminação da mulher no mercado de trabalho, principalmente da casada e da gestante”*

<sup>278</sup>

Ora, se existem diferenças entre homens e mulheres por várias razões que sejam, é necessário fazer efetivar-se a máxima aristotélica de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades, pois só assim, estaremos conseguindo eficazmente equilibrar as relações e aproximarmos do ideal material de isonomia.

No período da revolução industrial, as mulheres eram submetidas a um trabalho degradante e desumano, trabalhavam em média 14 a 16 horas diárias exercendo muitas das vezes funções incompatíveis com suas complexidades físicas, não se levava em consideração os fundamentos da proteção feminina que se baseiam nas diferenças entre os sexos, recebendo, então, tratamento idêntico aos conferidos aos homens, não acobertando os problemas relativos à maternidade, a responsabilidade de amamentação e aos cuidados com os filhos, uma verdadeira escravidão permitida pela inexistência de proteção estatal.

Não é de hoje que a jurisprudência trabalhista vem aplicando os fundamentos da proteção especial, observamos:

---

<sup>278</sup> Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, P. 707-708.

*“Não-aplicação do art. 384 da CLT – O escopo de tal dispositivo é preservar a higidez da empregada mulher que não raras vezes está submetida à dupla jornada de trabalho, afora o desgaste na condução do lar e cuidados com os filhos. À luz do disposto no art. 5º, I, da Constituição Federal, se estabeleceu a discussão em torno da revogação ou não do art. 384 da CLT. Contudo, o dispositivo constitucional não pode ser deturpado, a ponto de albergar a idéia de que, com sua entrada em vigor homens e mulheres passaram a ter a mesma compleição física ou o mesmo desgaste físico com a prorrogação da jornada, tese que, em última análise, está implícita na alegação do reclamante. Provimento negado.”<sup>279</sup>*

A decisão supramencionada demonstra claramente a necessidade de se fazer uma interpretação holística, sistemática da Constituição Federal em conjunto com a CLT, uma vez que a simples interpretação literal do art. 5º, I da CF, pode nos levar a grandes equívocos e injustiças reais, pois não existe de fato a isonomia formal prevista no texto constitucional entre homens e mulheres.

Sendo assim, diante da desigualdade real existente entre homens e mulheres confirmada pelos dados acima, dúvidas não sobejam, que é preciso tratá-los de forma desigual, para que assim alcancemos o equilíbrio tão almejado de oportunidades de gêneros.

Por possuírem particularidades próprias que as diferenciam dos homens, as mulheres passam a ser objeto de deliberação legislativa no Brasil, oportunidade em que atravessamos dois momentos distintos, quais sejam: no primeiro momento buscava-se elaborar leis que protegessem as mulheres impondo várias proibições; diferentemente do segundo momento que se buscava promover a igualdade entre os sexos, abandonando-se as proibições legais.

Nesse primeiro momento legislativo, no qual surgiram às legislações protetivas e proibitivas, observa-se claramente o fundamento demagogo, falso na intenção de proibir discriminando. Como muito bem observa Barrere Unzueta:

*“Las mujeres como grupo discriminado presentan asimismo otro rasgo específico y es que, aun siendo discriminadas como grupo, socialmente no constituyen ninguna minoria sino que son, al menos, el mismo número que el grupo discriminador. Finalmente, hay por lo menos otra diferencia entre la discriminación de las mujeres y la de otros grupos discriminados, y es que el prejuicio en el que se basa La misma esta revestido de un carácter “benigno”; en otros términos, se trata de una discriminación que para ser considerada tal, necesita romper con roles y estereótipos asignados a las mujeres con un pretendido afán protector y diferente hacia su especial naturaleza”<sup>280</sup>*

<sup>279</sup> Decisão do TRT da 4ª Região. Não-aplicação do art. 384 da CLT – RO 00945-2001-731-04-00-4 – 3ª T, Relatora Juíza Jane Alice de Azevedo Machado, J. 30/04/2003.

<sup>280</sup> Barrère Unzueta, María Angeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.29.

Por oportuno, cumpre nos ressaltar, que os fundamentos que levaram a criação de normas protetivas do trabalho feminino, são essencialmente “falsos benefícios protetivos”, pois o que se almeja com o fortalecimento da estrutura familiar, é manter a referência na qual a mulher cuida da família e da casa e o marido não perde a sua função de mantenedor do lar.

Portanto, muito mais importante que proibir, talvez seja oferecer oportunidades iguais para que possam competir com dignidade. Nesse sentido afirma Francisco Osani de Lavor:

*“Logo, a igualdade no trabalho é sinônimo de eliminação de toda e qualquer forma de discriminação em matéria de emprego e ocupação e de discriminação contra a mulher, fundamentada no princípio maior da igualdade de direitos do homem e da mulher”<sup>281</sup>.*

Ainda por cima, por razões históricas, fisiológicas, sociais e conjunturais as mulheres se diferenciam dos homens, e sendo assim, precisam ser tratadas com igualdade na medida em que se desiguam em decorrência destas razões inerentes a sua natureza humana.

## **2. O Direito da Mulher nas Constituições Federais Brasileiras.**

A 1ª constituição brasileira, denominada constituição do império, de 1824, ignorou a existência dos direitos das mulheres, abstendo assim de prever o direito à educação, pois para evitar que as mulheres participassem da vida pública, era interessante mantê-las analfabetas, além de não abarcar o direito ao voto, nem sequer os direitos trabalhistas das mulheres.

Seguindo esta mesma filosofia de pensamento, a constituição de 1891, manteve a inexistência de previsão legal que assegurassem os direitos das mulheres, mantendo o aspecto de discriminação evidente daquela época. Conforme menciona Léa Elisa Silingowschi:

*“Assim a situação da mulher trabalhadora durante o final do século XIX e início do século XX era de total exclusão em termos de proteção do Poder Público, que aplicava as já explicitadas idéias liberais a todas as relações de trabalho, somadas ao preconceito dominante de que a rua, o espaço público, não era lugar para mulheres sós”<sup>282</sup>.*

---

<sup>281</sup> Lavor, Francisco Osani de. *Igualdade no trabalho e trabalho feminino*. Revista LTR – Legislação do Trabalho. São Paulo, V. 59, n. 09, P. 1.197-1.201, set. 1995.

<sup>282</sup> Calil, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2000, P.29.

Sendo referência de progresso na época, a Constituição de 1934, foi precursora ao versar sobre o trabalho da mulher, proibindo a discriminação em virtude de sexo; prevendo o voto feminino, direito há muito reivindicado, que já havia sido instituído em 1932 pelo Código Eleitoral do mesmo ano; garantiu assistência remunerada a trabalhadoras grávidas e também assegurou o direito ao repouso antes e após o parto; proibiu o trabalho em locais insalubres; garantiu o direito de previdência em benefício da maternidade, ou seja, a constituição assume uma feição voltada para questões sociais exercendo papel de destaque no cenário nacional.

A nossa carta política de 1937, outorgada no mesmo dia em que se implantou a ditadura do Estado Novo, referiu expressamente em seu texto ao princípio da isonomia de todos perante a lei, a consagrada “isonomia formal”, não obstante, deixou de regulamentar a isonomia salarial entre homens e mulheres e a estabilidade no emprego da gestante. Em linhas gerais esta constituição traduz uma compilação dos direitos garantidos na constituição de 1934.

Promovendo um importante avanço na democracia e nas liberdades individuais do cidadão a constituição de 1946, reconheceu a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica e a assistência previdenciária à gestante; assegurou a garantia a gestante ao descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário, vedava a proibição de salários em função de sexo e proibia o trabalho da mulher em indústrias insalubres.

Após trinta anos do golpe do Estado Novo, o Brasil ganhou uma nova constituição autoritária, em 1967, sofrendo em 1969 algumas alterações por meio da emenda constitucional nº 1, de 1969. Esta emenda, é objeto de acirradas discussões no meio jurídico, pois para alguns é considerada uma nova constituição outorgada, já para outros, afirmar isso é tecnicamente impreciso, já que emenda não pode ser confundida com uma nova ordem constitucional.

A constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram todos os direitos previstos nas constituições anteriores, trazendo como novidade o benefício da aposentadoria da mulher aos 30 (trinta) anos de trabalho e da professora aos 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício profissional; a isonomia salarial entre os sexos foi mantida, somando-se também a proibição de discriminação nos critérios de admissão no trabalho, em virtude de sexo.

Por fim, a tão conhecida e atual Constituição cidadã de 1988, que conferiu ao seu legítimo titular do poder, o povo brasileiro, diversos direitos antes não previstos nas constituições anteriores.

Neste novo modelo de Estado Democrático de Direito, a igualdade ganha nova roupagem, objetivando promover a participação legítima de todos nos processos democráticos por meio de uma política inclusivista, pois como afirma Habermas, (2003, p.183): “*o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimentalismo democrático*”.

Portanto, houve uma ampliação do cenário de discussão e participação democrática como afirma Canotilho (1999, p. 94): o Estado Democrático de Direito deve ser visto “*como uma ordem de domínio legitimada pelo povo*”, de modo que a legitimidade do Direito se faça com uma efetiva participação popular.

Numa perspectiva de superação das tradições dos modelos de Estado Liberal e Social de Direito, a Constituição de 1988 propõe uma mudança de paradigma até então nunca visto no constitucionalismo brasileiro, permitindo que a democracia procedimental crie condições de participação de todos na sociedade de modo a garantir o exercício da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 previu a igualdade entre homens e mulheres, fornecendo nas hipóteses de desigualdades, como no caso da maternidade, tratamento diferenciado a elas, ou seja, utiliza-se do princípio constitucional da isonomia material, real, que trabalha diferenciando os desiguais na medida em que se desiguam.

Dentre os principais direitos relativos às mulheres assegurados na Constituição Federal de 1988, podemos destacar:

- a) Licença a maternidade à gestante com duração de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII, CF).
- b) Proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX, CF).
- c) Políticas de incentivos, conforme previsão legal de proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF).
- d) Igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres relativos à sociedade conjugal (art. 226, § 5º, CF).

- e) Estabilidade no emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, proibindo a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 10, II, “b”, do ADCT).
- f) Não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, podendo-se interpretar como permitido.

Dúvidas não restam, que ocorreu um significativo avanço legislativo no país com relação à discriminação das mulheres. E deste modo rompeu-se com uma mentalidade vivida por muitos séculos marcados por preconceitos e discriminações, permitindo que as mulheres pudessem, nesta nova fase, angariar seus objetivos de forma isonômica, equilibrada e justa.

Embora as discriminações das mulheres ainda existam, é inegável reconhecer a evolução vivenciada pela sociedade ao longo do tempo, principalmente, no que diz respeito a sua diminuição. Hoje, nós possuímos eficazes instrumentos para combatê-las, de maneira que é possível, assim, acreditar que com o passar do tempo estas diferenças enraizadas na cultura humana, possam já não ser mais motivo de segregação, mas sim de união entre as gerações vindouras.

### **3. Isonomia Formal e Isonomia Material.**

A Constituição da República Federativa do Brasil atual prevê em seu art. 5º, “caput” que: *“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, nos termos seguintes: (...)”*<sup>283</sup>.

Partindo-se deste dispositivo constitucional, surgem algumas dúvidas práticas a respeito, isso realmente existe no Brasil? Será que um índio, um deficiente físico, um aidético, ou até mesmo as mulheres são tratados de forma igual? Bem, ao que nos parece estamos diante de uma norma constitucional inefetiva, ineficaz, pois é sabido que as minorias vulneráveis como são chamadas pela doutrina, não são atingidas na realidade por esta disposição constitucional.

Celso Ribeiro Bastos, afirma em sua obra:

---

<sup>8</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva. 42. Ed. 2009, P. 3.

*“De qualquer sorte, o tratamento isonômico não deve redundar necessariamente na idéia de tratamento dos iguais de forma igual. Na verdade, essa noção deve ser vista sob outro prisma - o da sua eficácia. Há necessidade, portanto, de o exegeta interpretar o princípio da isonomia considerando os critérios da justiça social”.*<sup>284</sup>

A interpretação do princípio da isonomia vai muito além desta visão limitada, formal de igualar “todos” que por natureza são diferentes, pois envolvem aspectos jurídicos e metajurídicos que transcendem a simples previsão legal.

*“A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados”.*<sup>285</sup>

Dessa forma, a igualdade material visa aproximar os diferentes, por meio de medidas que proporcionem igualdade real efetiva a todos os cidadãos, incluindo aqueles, que na verdade não são tratados como iguais, apenas figuram no texto legal como se iguais fossem.

*“Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais”.*<sup>286</sup>

Ocorre que na prática as desigualdades são veementes e estão presentes na realidade nacional e causam grandes disparidades como se pode perceber, e às vezes para que consigamos equilibrar as forças nesse cenário será necessário nos valermos de instrumentos jurídicos, políticos, sociais que possibilitem dar efetividade as diferenças existentes, incluindo realmente os excluídos, para que assim, talvez seja realmente construído com a participação de todos um efetivo modelo de Estado Democrático de Direito.

#### **4. Ações Afirmativas e a Efetividade da Igualdade.**

<sup>9</sup> Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002. P. 317.

<sup>10</sup> Castro, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 52.

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto. Igualdade e Liberdade; Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, P. 31.

Fruto de intensas lutas travadas pelos negros norte-americanos nas décadas de 50 e 60, em busca da concretização de seus direitos civis, as ações afirmativas surgem como importantes instrumentos de efetivação da igualdade, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana.

Norberto Bobbio referiu-se ao instituto desta forma:

*“precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam (...). Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”*<sup>287</sup>

Assim, as ações afirmativas são na verdade medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de efetivar o princípio da isonomia material, visando coibir as desigualdades existentes.

Então, as ações afirmativas podem se apresentar por meio de normas jurídicas, políticas públicas ou privadas. Basta que haja vontade daqueles que elaboram, executam e aplicam as leis, de efetivamente proporcionar condições dignas de isonomia real, verdadeira e não ilusória, para que realmente possamos afirmar “que todos são iguais perante a lei”.

Em verdade, as ações afirmativas são conhecidas como discriminações positivas, no sentido de prever condições mais vantajosas para determinadas minorias vulneráveis que por um longo período, foram vítimas de discriminações físicas, psíquicas, em função de raça, cor, sexo, etc. Mas, que aguardam apenas a proteção equilibrada e justa para conseguirem participar em condições iguais de oportunidades.

Pode-se constatar que a problemática dos discriminados, se assenta perfeitamente na seguinte visão:

*“A análise do problema dos excluídos, não pode ser enfocada simplesmente pelo aspecto econômico, que pouco diz sobre a necessidade de sua inclusão, que passa pelo viés político e ético. Este problema somente poderá ser adequadamente enfrentado se assumirmos uma postura ética em defesa de um modo de vida digno para todos”*.<sup>288</sup>

<sup>12</sup> Bobbio, Op. Cit., P. 32.

<sup>288</sup> Oliveira, Luciano. Os excluídos existem? – Notas sobre a elaboração de um novo conceito. RBCS, n. 33, ano 12 fev. 1997, P. 50-51.

Inquestionavelmente, estamos diante de um problema social coletivo que precisa ser compreendido como tal, para que diante deste contexto constatado, possamos criar soluções para enfrentá-lo com ações éticas que realmente integrem.

É importante destacar que a reafirmação da igualdade formal e universal para todos não é suficiente para amenizar os conhecidos índices de discriminação sofridos pelas mulheres no Brasil, pois a mera positivização de um direito não quer dizer que ele será realmente efetivo. Um direito que se diga democrático e participativo não pode ser condizente com a exclusão e com a discriminação, nesse sentido manifesta Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

*“A postura excludente leva à falência do processo democrático e a postura paternalista se converte em uma nova espécie de discriminação por ignorar o outro, coisificando-o no caminho da compensação de danos e promovendo o fortalecimento de estereótipos de identidade”.*<sup>14</sup>

Portanto, as ações afirmativas constituem um importante instrumento de efetivação da igualdade material, pois visam, exatamente, promover tratamento desigual para aqueles que encontram-se numa situação desprivilegiada, produzindo, então uma igualdade substancial, verdadeira e real.

## **Conclusão.**

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais (art. 3º, II, da CF) e no seu art. 5º, “caput”, consagra a isonomia formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei. Ocorre que para promover a igualdade combatendo a desigualdade é fundamental que se atue positivamente para se evitar as desigualdades sociais, oferecendo tratamento diferenciado para quem, realmente, é diferente.

Nesse cenário discriminatório, o reconhecimento anterior do próprio problema como um fator social intrínseco à nossa sociedade, na visão de Axel Hönneth, possibilita um avanço social relevante na efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, é importante inicialmente reconhecer para posteriormente combater.

Por certo, as mulheres são dotadas de características próprias que por si só, contribuem para promover a igualdade. Possuem um elevado grau de competência em

---

<sup>14</sup> Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, P. 115.

tudo que fazem, e além de possuírem virtudes que as credenciam a reverter essas marcas históricas de um passado demasiadamente discriminatório contra elas.

Sendo assim, acreditamos que as mulheres possuem características intrínsecas a sua natureza humana que as credenciam a ser diferenciadas positivamente por mérito, competência. Fatores como sensibilidade, intuição, cautela e persistência contribuem para que exista um movimento social preconceituoso que não as deixa desenvolver plenamente, pois em condições de igualdade, elas inquestionavelmente se sobressaem.

Neste sentido, algumas pesquisas demonstram que as mulheres já possuem maior escolaridade do que os homens, além de já figurarem como maioria nas aprovações de concursos públicos no Brasil, donde se observa que em condições competitivas de igualdade, o mito do “sexo frágil” caiu por terra, porque ele está mais forte do que nunca.

Importante esclarecer que as discriminações existem, e que a igualdade formal não passa de uma simples referência legal de interpretação jurídica, uma vez que o que se busca é a efetivação da isonomia material, em que as diferenças são observadas, para que se busque a verdadeira e real igualdade.

Em suma, as ações afirmativas revestem-se de grande importância para o ordenamento jurídico, pois por meio delas é possível efetivar a igualdade material, já que estas discriminações positivas possibilitam tratar desigualmente os desiguais, exatamente para igualá-los.

Por fim, acreditamos que esse ser que sofreu discriminações ao longo de séculos na história brasileira, possui atributos diferenciados na sua personalidade que agem como uma espécie natural de discriminação positiva por competência, eficiência e singularidade.

## **Bibliografia**

BARRÈRE UNZUETA, María Angeles. **Discriminación, Derecho antidiscriminatório y acción positiva en favor de las mujeres.** Madrid: Editorial Civitas, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**; Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher**. São Paulo: LTr, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

**Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 42. ed. Atual e ampliada 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LAVOR, Francisco Osani de. **Igualdade no trabalho e trabalho feminino**. Revista LTR – Legislação do Trabalho. São Paulo, V. 59, n. 09, set. 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Luciano. **Os excluídos existem?** – Notas sobre a elaboração de um novo conceito. RBCS, n. 33, ano 12 fev. 1997.

SAFFIOTI, H., **A Mulher na Sociedade de Classes**, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1976.

#### **Sites Consultados:**

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 12/06/2009.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.gov.br](http://www.trt4.gov.br). Acesso em 13/06/2009.

## OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E AS TEORIAS DA PENA

*Christiano Leonardo Gonzaga Gomes*<sup>289</sup>

**RESUMO:** O presente artigo abordará uma grande celeuma que cerca os chamados crimes de colarinho branco, tendo em vista a melhor teoria da pena a ser aplicada a eles. Será que as clássicas teorias da pena seriam suficientes para tratar essa nova criminalidade que assola os mais altos escalões do poder.

**Palavras – chave:** colarinho branco, teoria da pena, crime.

**ABSTRACT:** This paper will look to a great doubt that surround the so call “White collars” crimes, keeping in the view the best theory of punishment to apply to them. The classical theories of punishment would be enough to solve this new crime that take from assault the higher degrees of the power.

**Keywords:** white collar, theory of punishment, crime.

### 1- INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará uma grande celeuma que cerca os chamados crimes de colarinho branco, tendo em vista a melhor teoria da pena a ser aplicada a eles. Será que as clássicas teorias da pena seriam suficientes para tratar essa nova criminalidade que assola os mais altos escalões do Poder? A moderna criminalidade, juntamente com a tecnologia avançada de seus integrantes, pode ser enfrentada com as obsoletas teorias que regem a pena? O Direito penal de agora não pugna por uma eficaz e estudada forma de reprimir os crimes de colarinho branco, muitas vezes engendrados em estruturadas organizações criminosas?

São estas algumas das questões que serão abordadas no presente artigo, as quais serão enfrentadas com o escopo de encontrarem soluções jurídicas em sintonia com a moderna criminalidade.

### 2- TEORIAS DAS PENAS

---

<sup>289</sup> Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Milton Campos, nos cursos de graduação e pós-graduação, mestre em Direito e ex- Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

Algumas teorias foram pensadas e repensadas para darem a perfeita adequação da pena ao fato criminoso.

Primeiramente, o conceito que se tem de pena hoje é de ser uma

Sanção (castigo) imposta pelo Estado (autoridade judicial competente) quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível.<sup>290</sup>

Em outras palavras, a pena seria uma privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo magistrado contra quem cometeu um fato típico, antijurídico e culpável, que formam o conceito analítico de crime.

A justificação da pena pode ser encontrada por meio de algumas teorias que a disputam. Inicialmente, a legitimação da pena foi encontrada nas chamadas teorias absolutas. Tais teorias vêem a pena como um fim em si mesma, sendo que sua justificação não depende de razões utilitárias ou preventivas, sendo que “a pena não serve para nada”<sup>291</sup>, uma vez que sua fundamentação decorre do simples fato do cometimento de um ilícito penal. É a validade daquele brocardo latino *quia peccatum est* (pune-se porque pecou). As penas bastam por si só, não sendo necessário encontrar um utilitarismo das penas.

As teorias absolutas também encontram embasamento nas idéias de KANT, pois este via o direito penal como realizador da própria justiça. Ele prega uma aplicação pura e simplesmente da “lei de Talião” (“dente por dente, olho por olho”), ao afirmar que “o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o ultrajas, ultrajas a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo”<sup>292</sup>.

Quanto ao aspecto intimidatório, a característica de ser a pena puramente retributiva pode ser útil para aqueles criminosos habituais, que não respeitam e nem querem a recuperação. Todavia, frente ao Estado Democrático de Direito, cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana, como prescreve a Constituição da República, em seu art. 1º, III, não há justificativa plausível para ela, uma vez que tal teoria coisifica o homem, tornando-o mero instrumento ou objeto para o direito penal. Assim, a sua aplicação isolada e irrestrita torna impraticável o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>290</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: volume 2*; coordenação Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 654.

<sup>291</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Veja, 1993, pág. 16.

<sup>292</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi: la dottrina del diritto*. Trad. Giovanni Vidari. Milano: Studio Editoriale Lombardo, 1916, pág. 142.

Em relação às chamadas teorias relativas, também chamadas de teorias da prevenção, pode-se dizer que elas justificam as penas não como um fim em si mesmo, mas buscam o seu caráter utilitário. A pena deve buscar a prevenção de novos delitos, daí o seu nome de teoria da prevenção.

As teorias relativas ou da prevenção podem ser subdivididas em prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial, também positiva e negativa.

Em relação à prevenção geral negativa, afirma-se que o Estado, por meio da pena, exerce uma coação psicológica sobre a sociedade para que a generalidade das pessoas não cometa crimes. É uma espécie de intimidação exercida por meio da previsão de uma pena (abstrata) para que os pretensos criminosos abstenham-se de tal prática criminosa. A prevenção geral negativa também pode ser vislumbrada quando da execução da pena frente ao delinqüente concreto, ou seja, diante da aplicação da pena em concreto, uma vez que os demais membros da comunidade estarão observando que aquele que comete crimes realmente sofre uma reprimenda.

A principal crítica que se faz à teoria da prevenção geral negativa é de cunho moral e axiológico, pois a pena é vista como algo que instrumentaliza o homem, transformando-o em objeto dos fins penais, uma vez que não se lhe castiga pelo que fez, mas apenas para que novos crimes não ocorram. Ela coisifica o homem, pois ele é tido como uma espécie de exemplificação para todos, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que usa o ser humano como mero objeto de política criminal.

Além da crítica feita acima, não se pode dizer que o criminoso decide cometer o crime segundo a maior ou menor gravidade da pena abstrata prevista para ele. É de se observar o que ensina Luiz Flávio Gomes, ao afirmar que o processo dissuasório é muito mais complexo do que se imagina, como se vê a seguir:

As ciências empíricas já demonstram o crasso erro dos chamados “modelos dissuasórios” (intimidativos), ao constatar que a realidade é muito mais complexa. Para começar, o delinqüente potencial confia em não ser descoberto e parte dessa hipótese: o cálculo economicista de vantagens e desvantagens segundo a pena prevista na lei não deixa de ser uma semelhança pouco realista. Em todo caso, deixa-se influenciar mais pelas conseqüências próximas derivadas do delito (v.g. prisão “preventiva” mais ou menos segura e mais ou menos prolongada) do que pelos efeitos remotos e últimos de uma eventual condenação (pena efetivamente imposta).<sup>293</sup>

A outra faceta da prevenção geral, chamada de positiva, prega o sentido funcional da penal, buscando as suas idéias no funcionalismo de Günter Jakobs, em que

---

<sup>293</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: volume 2*; coordenação Luiz Flávio Gomes- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 673

se defende a pena como instrumento de estabilização das expectativas sociais, uma vez que o crime viola a confiança que a sociedade tem no sistema penal. Jakobs entende que os contatos e as interações sociais geram naturalmente expectativas as mais diversas, expectativas que são asseguradas como condição de subsistência da ordem social, preservando o sistema social. O crime vem para desestabilizar todas essas interações sociais harmônicas, devendo a pena pugnar por essa manutenção da fidelidade ao Direito<sup>294</sup>.

Tal concepção acaba por fazer uma integração social, pois mantém a sociedade harmônica e fiel ao direito, por meio da coerção penal. Não é por outra razão que Paulo de Souza Queiroz afirma que,

para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.<sup>295</sup>

A teoria da prevenção geral positiva baseia-se exclusivamente na idéia de sistema, sendo meramente simbólica, pois não se preocupa com o caráter instrumental da pena, mas sim com a estabilidade das expectativas sociais. Não se preocupa com a função da pena para o indivíduo criminoso, mas sim em relação à resposta exigida pela sociedade para o cometimento de delitos, em face da infidelidade ao direito demonstrada pelo criminoso. O alarma social ocasionado pelo crime merece uma resposta imediata do sistema penal, isso norteia a prevenção geral positiva ou integradora.

Lado outro, tem-se a chamada prevenção especial, que também pode ser positiva ou negativa. A prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, não é dirigida à coletividade, mas sim ao criminoso que delinqüiu, evitando-se que este cometa novos crimes. Importante anotação trazida por Santiago Mir Puig deve ser destacada acerca da prevenção especial, como se vê a seguir: “(...) A prevenção especial não opera, pois, no momento da cominação legal, como ocorre com a prevenção geral, mas na imposição e execução da pena”<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> JAKOBS, Gunter. *Derecho penal*; parte general-fundamentos e teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcia Pons, 1995, pág. 09.

<sup>295</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey. 2001. pág.40.

<sup>296</sup> SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 66.

Pela prevenção especial negativa, busca-se a neutralização ou inocuização do criminoso, uma vez que a segregação dele em cárcere evitará o cometimento de novos delitos. Tal retirada momentânea do convívio social, com o fim de evitar que se cometam novos crimes, só se aplica às penas privativas de liberdade, pois estas é que efetivamente colocam o delinqüente “atrás das grades”.

Já pela chamada prevenção especial positiva, tenta-se chegar à sonhada ressocialização do condenado, dando-lhe educação durante a execução penal, com o escopo de inseri-lo na sociedade. Busca-se corrigir o condenado para que ele encontre um ofício compatível com as suas atribuições naturais, permitindo-lhe que trabalhe durante o cumprimento da pena, por exemplo. Analisam-se, aqui, os aspectos pessoais do delinqüente, buscando-se o melhor meio de inseri-lo na sociedade.

Todavia, cumpre ressaltar que nem todo criminoso é passível de neutralização e ressocialização. Quanto àquela, pode-se dizer que, até encarcerado, o marginal poderá cometer assassinatos de dentro da penitenciária ou liderar o tráfico de drogas nas favelas, podendo até mesmo cometer um homicídio dentro da prisão de um rival chefe do tráfico da favela concorrente. Em relação à ressocialização, também nem sempre ela será alcançada, pois há pessoas que já estão mais do que inseridas na sociedade, como os grandes empresários ou detentores de cargos públicos que cometem os chamados crimes de colarinho branco. Neste caso, a prevenção especial positiva torna-se inócua, pois a almejada ressocialização para esses delinqüentes é extremamente irrisória, uma vez que já gozam, inclusive, de grande respeito e status sociais.

Por fim, é trazida à baila a teoria eclética, mista ou unificadora, em que se unem os principais aspectos das teorias absolutas e relativas. A teoria mista é, inclusive, aquela que foi adotada pelo Código Penal brasileiro, como se observa do artigo 59, *caput, in fine*,

o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a **reprovação e prevenção do crime** (...). (grifos nossos).

A idéia de reprovação do crime comunga com a teoria absoluta ou retributivista, enquanto a palavra prevenção é uma alusão clara à teoria da prevenção ou relativa. Importante ressaltar que as duas teorias estão aqui inseridas em momentos distintos da aplicação da pena, pois agem na fase da fixação da pena (retribuição) e na fase da execução penal (prevenção). A própria Lei de Execução penal (Lei 7.210/84) demonstra

o caráter preventivo especial da pena, mais precisamente em sua vertente positiva, ao afirmar, em seu artigo 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”.

Estudadas as teorias existentes acerca da pena e sua justificação, passar-se-á à análise dos crimes de colarinho branco, buscando-se a melhor forma de encontrar-se um fundamento punitivo adequado para eles.

### 3- CRIMES DO COLARINHO BRANCO

Os chamados crimes do colarinho branco têm origem na expressão inglesa *white collar crimes*, cunhada por Edwin H. Sutherland, nos idos de 1939, numa exposição que ele fez perante a *American Sociological Society*. A difusão do termo *white collar crimes* ocorreu mesmo quando Sutherland publicou a sua clássica obra “White Collar Crime”<sup>297</sup>, onde definem os crimes de colarinho branco, numa perspectiva subjetivo-profissional, como sendo aqueles crimes praticados por pessoas dotadas de respeitabilidade e grande status social<sup>298</sup>. A expressão está intimamente ligada aos colarinhos brancos das camisas dos altos executivos, que cometem crimes valendo-se de sua posição social e econômica.

Em contraposição aos denominados *white collar crimes*, têm-se os chamados *blue collar crimes*, em alusão a cor dos macacões dos trabalhadores ou operários. Estes cometem crimes comuns e mais punidos pelo sistema penal, como exemplo dos roubos, furtos e homicídios. São crimes que exigem um menor ou quase nenhum trabalho intelectual por parte do sujeito ativo, bastando que seja feito com um grande caráter intimidatório em relação à vítima.

Os crimes de colarinho branco são praticados por pessoas pertencentes a uma camada exclusiva da sociedade, relacionada à sua atividade profissional. Exemplos na legislação brasileira são os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária, tratados, respectivamente, pelas leis de números 7.492/86 e 8.137/90.

---

<sup>297</sup> SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden, 1949.

<sup>298</sup> Conceito na obra de origem de Sutherland: *White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*. Ob. Cit., p.9.

Tais crimes têm como bem jurídico tutelado penalmente a ordem econômica, sendo que esta tem repouso constitucional em seu artigo 170, *caput*, da Constituição da República. O Estado deve proteção à ordem econômica não apenas por estar prevista na Lei Fundamental, mas também por tratar-se de um interesse difuso pertencente à toda a sociedade, uma vez que esta só prospera quando for economicamente forte. Os crimes de colarinho branco atentam diretamente contra a economia de um país, dando-lhe prejuízos que inviabilizam qualquer investimento em setores de importância essencial para a população, como são os casos da saúde e educação, considerados de relevância pública para o Estado, como se vê na análise dos artigos 197 e 205, da Carta de Outubro de 1988. Basta pensarmos nos crimes de sonegação fiscal que ocorrem diuturnamente, que privam os cofres públicos de milhões de reais para os investimentos devidos.

Não é para menos que se deve ter um Ministério Público cada vez mais independente e estruturado para proteger a sociedade, principalmente no que tange à ordem econômica, interesse difuso de competência notória do *parquet*, como prescreve o artigo 129, III, *in fine*, Constituição da República.

Sendo então a ordem econômica um bem jurídico tutelado penalmente, o direito penal deverá envidar todos os seus esforços para coibir essa macrocriminalidade que assola milhões de vidas, de forma imperceptível. Por ser a ordem jurídica de caráter difuso, não são as suas conseqüências perceptíveis de forma direta, como um crime de roubo, em que o patrimônio da vítima é solapado de imediato.

É nesse contexto que entra a expressão “cifras negras”, pois os crimes que verdadeiramente chegam ao conhecimento da população em geral, por meio de investigações e condenações, são infinitamente menores daqueles que nem chegam a ser investigados e punidos, ou apenas investigados, mas não punidos. A “cifra negra” seria aquele percentual que o Estado não toma conhecimento de sua existência, que, sem dúvida alguma, é a grande maioria. Nos crimes de colarinho branco é que ocorrem as elevadas “cifras negras”, pois a impunidade nas altas classes sociais é algo que assombra a sociedade nos noticiários diários, uma vez que a blindagem que elas recebem dos seus próprios pares, que na maioria das vezes são pessoas poderosas, é algo impensável.

Não foi outra a observação feita por Alessandro Baratta, ao afirmar que

A criminalidade do colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua incalculável cifra negra, daí derivando uma definição corrente da

criminalidade como um fenômeno concentrado principalmente nos estratos inferiores e pouco representada nos estratos sociais superiores<sup>299</sup>.

Uma expressão cunhada pelo autor Thomas Lynch sintetiza exatamente a gravidade desses crimes de colarinho branco, a qual versa que “*los mayores crímenes de hoy implican más manchas de tinta que de sangre*”<sup>300</sup>. O delinqüente econômico, como é também chamado tal pernicioso criminoso, possui algumas características marcantes como aponta o estudioso Pedro Dorado Montero, quando se refere a tal espécie de criminalidade, a saber:

a) sabe satisfazer seu egoísmo à custa de seus semelhantes, mas sem deixar de ser um homem oficialmente honrado; b) não conhece escrúpulos de nenhuma classe, nenhum freio moral interior, e como homem sem escrúpulos se conduz; c) sempre consegue escapar às redes do direito penal; d) conhece os defeitos das leis, aproveitando-se desse conhecimento para delas abusar, sem que sofra o risco de ser considerado delinqüente; e) sua inteligência, sua astúcia, sua atividade ou sua posição social impedem que se converta num delinqüente no sentido ordinário da palavra.<sup>301</sup>

Na mesma linha os estudiosos Bajo e Bacigalupo<sup>302</sup>, valendo-se de uma fórmula, denominada *Psicograma de Mergen*, que também tenta explicar a delinqüência econômica, apontam que os criminosos dessa natureza apresentam outras características que merecem destaque:

a) somente atribuem valor a bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material ; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos.

Em virtude de tal criminoso passar quase que despercebido no meio social em que vive, sua conduta criminosa é bem mais perigosa que a dos criminosos comuns, pois nem sempre sabemos quem são eles. Às vezes, aquele grande empresário de sucesso, que anda em carros de luxo, possui casas “hollywoodianas”, compra roupas caras, relógios que valem mais que carros populares e, principalmente, têm o respeito de todos, pode ser um grande sonegador fiscal ou até mesmo um adúlterador de combustíveis, motivo este que permite a sua astronômica ascensão social. É este

<sup>299</sup> BARATTA, Alesandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

<sup>300</sup> Apud SANTO, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.40.

<sup>301</sup> DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Barcelona: Anacleto., 2003, p.49-50.

<sup>302</sup> BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Centros de Estudios Ramón Areces, 2001. p.34 e 50.

criminoso que deve ser seriamente combatido, com bastante estratégia, pois qualquer ato em falso pode imunizá-lo cada vez mais, diante da ampla proteção que ele goza na sociedade, facilitada também pelos brilhantes e caros advogados criminais que encontram as brechas que as leis inevitavelmente possuem.

#### **4- QUESTÕES PENAIS E NOVOS PARADIGMAS**

As teorias das penas vislumbradas acima devem ser aplicadas à delinquência econômica também, buscando-se o melhor enfoque para tanto. Todavia, algumas observações precisam ser feitas.

Principal celeuma que se apresenta é quanto à chamada prevenção especial, que visa à ressocialização do criminoso, buscando a sua inserção social. Ora, como aplicar tal teoria a uma pessoa que já está mais do que inserida na sociedade, na maioria das vezes em altos estratos sociais? O aspecto ressocializador da pena visa buscar o melhor ofício para aquele que delinqüiu, de forma a inseri-lo na sociedade. Não obstante, é por causa dessa notável inserção social que o criminoso do colarinho branco possui (juntamente com o seu respeitoso trabalho enriquecedor) que ele comete crimes! É exatamente o seu prestígio social que permite a prática de delitos.

Assim, quanto à idéia tradicional de prevenção especial, não há que se falar em sua aplicação a tais criminosos. Mister se faz pensar em um novo paradigma da ressocialização para ele, que deve estar centrada na necessidade de fazer com que ele reflita sobre os seus modos de agir, marcados pela cupidez e ganância. Um meio útil de fazer com que a prevenção especial seja alcançada para tal delinqüente, é aplicar uma pena privativa de liberdade curta, porém certa e eficaz, uma vez que, em cárcere, ele terá tempo para refletir sobre a conduta criminosa perpetrada. O grande problema do sistema penal frente a esses criminosos é que as penas não são nem ao menos aplicadas efetivamente, em virtude das quantidades infundáveis de recursos processuais para evitar a condenação, juntamente com a falta de interesse político de algumas pessoas em punir tais criminosos, pois são a base de muitos sistemas capitalistas.

No que tange à prevenção especial negativa, pode dizer-se que a pena privativa de liberdade para os *white collar crimes* tem a sua eficácia cumprida, pois, enquanto presos, fica mais difícil de eles cometerem crimes, ocorrendo uma neutralização de sua conduta. Cumpre ressaltar, como dito acima, que tal neutralização é relativa, pois ele

pode até mesmo liderar uma organização criminosa via telefone celular ou computador, mas é melhor do que deixá-lo totalmente em liberdade.

A prevenção especial negativa nem precisa de muito embasamento doutrinário para explicá-la, pois a sua finalidade é meramente fática, qual seja, evitar que o criminoso cometa novas infrações penais por meio da restrição de sua liberdade.

Quanto à teoria da prevenção geral negativa, afirma-se que a pena é voltada para a sociedade, pois a possibilidade de aplicar-se uma sanção penal para aquele que delinqüiu incute um caráter intimidatório a todos. Tanto a pena abstratamente cominada quanto à pena concretamente aplicada fazem com que os cidadãos portem-se conforme a norma penal.

É exatamente nesse ponto que se faz necessária uma aplicação efetiva das penas previstas nas leis penais para a delinquência econômica, pois a sociedade, ao sentir a sensação de impunidade que impera no dia-a-dia, está desacreditada na certeza de uma punição. Punir-se o pobre, a prostituta e os demais excluídos socialmente é muito fácil, o difícil é termos a aplicação de uma pena privativa de liberdade para os altos executivos e membros dos Poderes do Estado que cometem crimes de forma desenfreada. É para os criminosos do colarinho branco que a prevenção geral negativa deve ser constantemente aplicada, pois eles mesmos sabem que em raríssimas hipóteses serão punidos, o que os estimulam a continuarem com a prática perniciosa dos seus ilícitos penais.

A prevenção geral positiva não funciona para eles. Isso é ponto pacífico, devendo ser cobrada dos operadores do direito, como os Delegados de polícia, membros do Ministério Público e Poder Judiciário, uma atuação mais enérgica e corajosa, enfrentando e punindo tal criminalidade, para que a idéia filosófica da teoria da prevenção geral positiva vingue na prática. É nesse sentido que se afirma que as condutas perpetradas pelos criminosos do colarinho branco apresentam uma

periculosidade silenciosa, maligna, amorfa, sub-reptícia alarmante que merece especialmente por parte do Poder Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação<sup>303</sup>.

Também quanto à teoria da prevenção geral positiva ou integradora, pode-se dizer que, assim como a negativa, ela não funciona para a sociedade, uma vez que a tão avassaladora e citada impunidade impede que a confiança no direito exista. A total

---

<sup>303</sup> CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *A aplicação da pena privativa de liberdade aos white collars criminals*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/RS, v.49, n.289, p.58.

infidelidade ao direito demonstrada pelos praticantes dos crimes de colarinho branco, juntamente com a impunidade, impede que a sociedade tenha expectativas de que a norma funcione. Não é possível estabilizar as expectativas sociais quando aqueles que mais deveriam demonstrar fidelidade ao direito conspurcam contra o sistema jurídico.

Uma sociedade totalmente incrédula com a punição da criminalidade ocorrida nos altos escalões não é passível de ter em si a confiança no direito. O alarma social causado pelos crimes econômicos não encontra resposta imediata no sistema penal, inviabilizando totalmente que os demais integrantes da sociedade portem-se conforme o direito. Pelo contrário, tais crimes desestabilizam cada vez mais a sociedade, necessitando de uma pronta, eficaz e enérgica resposta penal, sob pena da contínua desintegração social prosperar indeterminadamente.

Em se tratando das teorias absolutas, que pregam pura e simplesmente a retribuição da pena, pode-se dizer que ela é alcançada quando se tem em mira os crimes de colarinho branco. Tal assertiva é possível porque uma sanção penal devidamente aplicada para tais tipos de pessoas cumpre o seu papel de retribuir o mal causado pela sua conduta criminal. Isso, claro, se houvesse uma aplicação efetiva de uma pena privativa de liberdade para eles, o que, lamentavelmente, não ocorre.

Todavia, caso fossem tais penas concretamente aplicadas, ter-se-ia a realização do caráter retributivo da pena, que é bem simples, uma vez que a pena em si já oferece tal retribuição.

Por fim, quanto às teorias mistas ou ecléticas, afirma-se o que já foi dito acima para cada uma das teorias, isoladamente, apenas ressaltando-se que o aspecto retributivista da pena está na aplicação da sanção penal ao delinqüente, por meio da sentença condenatória, enquanto que o aspecto preventivo é vislumbrado na fase de execução da pena. Todavia, em termos teóricos, é muito bela tal discussão, o problema está todo na realidade fática, que muitas vezes demonstra o contrário, jogando por terra todos os estudos doutrinários das teorias das penas.

## **5- CONCLUSÃO**

Após as observações feitas acima, pode ser dito que as teorias das penas encontram sérios obstáculos para serem aplicadas frente à criminalidade econômica. A impunidade que assombra o país é algo que impede qualquer aplicação teórica dos estudos das penas.

A primeira medida que se deve tomar seria a aplicação efetiva de uma sanção penal para aquele que cometeu um crime do colarinho branco, sendo tal sanção uma pena privativa de liberdade, não se defendendo aqui a aplicação de penas restritivas de direito e de multa para tal criminalidade, pois a sensação de impunidade ainda continuaria a existir, sem contar com o cálculo do custo-benefício feito pelo criminoso, pois se o mal da pena for inferior ao ganho que ele terá com a prática do crime, sem dúvida alguma, a reincidência criminal ocorrerá.

É o que nos mostra o pensamento de Lira, ao afirmar que diante das penas benignas, se tem a “impressão de que não houve qualquer retribuição ao fato delituoso e o crime passa a valer a pena, pela perda do seu caráter preventivo (geral ou especial)”

304

Todavia, os Tribunais pátrios vêm aplicando sistematicamente a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito para a delinquência econômica, tornando ineficaz o efeito da pena para os criminosos do colarinho branco como se vê a seguir:

**PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.** LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA "D". LEI Nº 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA EM DOIS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO E MULTA. INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. LEI Nº 10.684/2003, ART. 9º. NÃO COMPROVAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (CP ART. 44).

1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.
2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.
3. Autoria e materialidade demonstradas.
4. Inocorrência de situação de inexigibilidade de conduta diversa.
5. Não comprovando o agente o pagamento integral do débito, no tocante às contribuições recolhidas de empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, não há que se deferir a extinção da pretensão punitiva do Estado, consoante o disposto no art. 9º da Lei nº 10.684/03.
6. Penas fixadas em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa, ficando o dia-multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, devendo ser corrigido monetariamente, quando da execução. **Aplica-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços comunitários, cujas condições serão fixadas pelo Juízo da Execução.**

<sup>304</sup> LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, n.719, set.1995, p.357.

7. Apelação provida. (ACR 2001.38.03.000510-1/MG; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 07/02/2006, TRF/ 1ª REGIAO)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **APROPRIAÇÃO INDEBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL (ANTIGO ART. 95, "D", DA LEI Nº 8.212/91). "ABOLITIO CRIMINIS". PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.**  
 1. A Lei 9.983/00, ao revogar o art. 95, alínea "d", da Lei 8.212/91, não descriminalizou a conduta típica, que permaneceu tipificada no novel art. 168-A do Código Penal. Precedentes deste Tribunal.  
 2. Impossibilidade de afastamento da pena de multa, devido a sua aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade. Redução do quantum do dia-multa, em face da situação financeira da ré.  
 3. **Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme art. 44, § 2º do CPB.**  
 4. Apelação provida, em parte. (ACR 1999.32.00.001302-8/AM; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 26/04/2005, TRF 1ª REGIAO).

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - **MOEDA FALSA** - LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO - FALSIFICAÇÃO APTA A ENGANAR - SENTENÇA CONFIRMADA - SUBSTITUIÇÃO EX OFFICIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. I - Quando se constata que a falsificação é apta a iludir o homem médio, possibilitando a circulação como se moeda verdadeira fosse, ocorre a tipicidade da conduta descrita no artigo 289, § 1º, do Código Penal. II - **Presentes os requisitos autorizadores, cabe a substituição, de ofício pelo Tribunal, da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a serem especificadas pelo juízo das execuções e cumpridas pelo mesmo prazo daquela.** III -Apelação improvida. (APELAÇÃO CRIMINAL – 3014, DJU DATA:04/02/2003 PÁGINA: 201, TRF 2ª /REGIAO)

CRIMINAL. **CORRUPÇÃO PASSIVA. DIMINUIÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.** - Recurso objetivando a reforma da decisão de primeiro grau, que condenou a apelante à 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, sob o regime aberto, e 40 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 317, parágrafo 1º, do Código Penal. - Reconhecida rigorosa aplicação da pena cominada, frente aos elementos subjetivos da ré. Fixada a pena-base em 1 ano e 6 meses, aumentada de 1/3, em observância ao disposto no parágrafo 1º do artigo 317, passando a 2 (dois) anos. - **Substituição da pena definitiva fixada por duas penas restritivas de direitos, considerando a Lei nº 9.714/98 ("Lei das Penas Alternativas"). - Julgada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva.** - Recurso parcialmente provido. (APELAÇÃO CRIMINAL – 2709, DJU DATA:07/11/2002 PÁGINA: 182, TRF 2ª região)

O artigo 44 do Código Penal brasileiro é claro ao exigir para a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito que

(...) III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O grande problema é que os juízes tendem a olhar basicamente para o artigo 44, no seu inciso I, que autoriza a substituição para os crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, como é o caso de quase todos os crimes de colarinho branco, e pena não superior a 4 anos. Na parte que interessa, o inciso em epígrafe

(...) I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4(quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

Todavia, quando se tratam de crimes cometidos pelos *blue collars*, a jurisprudência pesa para o outro lado, sendo extremamente mais severa, como se vê a seguir

PENAL. **FURTO QUALIFICADO POR ABUSO DE CONFIANÇA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VALOR DA RES FURTIVA ACIMA DO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.** 1. Não se aplica o princípio da insignificância penal, construção jurídica que norteia os denominados crimes de bagatela, quando o delito de furto é qualificado por abuso de confiança. 2. Farta é a jurisprudência que aponta o **valor do salário mínimo como a quantia sobre a qual poderia incidir o mencionado princípio, quando dos crimes de furto, não incidindo sobre estes os parâmetros mínimos de que se utiliza o Fisco para ajuizar ações com o intuito de reaver os valores desviados.** 3. Recurso provido. (RCCR 2004.34.00.028928-9/DF, 24/02/2006 DJ p.48, TRF 1ª REGIAO)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. **FURTO.** (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBTRAÇÃO DE BEM AVALIADO EM MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. (2) SURSIS PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. RÉU JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELA SUSPENSÃO. CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. (3) SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se atenda a critério dual: valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima. **Na hipótese, o valor da res ultrapassou o do salário mínimo vigente à época, não sendo possível, pois, falar-se em crime de bagatela.** 2. Para a concessão do sursis processual, deve o magistrado verificar se o réu está sendo processado, bem como atentar para as condicionantes previstas no art. 77 do Código Penal, a fim de verificar se a medida despenalizadora será adequada para o caso concreto. 3. **Para que faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o condenado preencher os requisitos todos do art. 44 do Código Penal.** 4. Ordem denegada. (HC 53139 / PB , DJ 26.11.2007 p. 249, STJ)

Não se tenha dúvida de que o criminoso do colarinho branco pensa igual a um empresário, sopesando sempre os prós e contras de uma prática delitiva. Ele traz para o

mundo criminal os mesmos cálculos e pensamentos que ele utiliza em seu trabalho profissional, que também é o local de suas artimanhas criminais.

É por isso que a pena privativa de liberdade realmente é a melhor escolha para punir tais criminosos, pois ocorrerá um grande abalo social em sua imagem quando estiver realmente “atrás das grades”, momento em que terá tempo para refletir sobre as conseqüências de sua prática delitiva. É a idéia americana do *sharp-short-shock* da pena curta de prisão, que, conforme Figueiredo Dias, tem mais eficácia do que a pena de multa nos delitos econômicos<sup>305</sup>. As penas pecuniárias, por mais elevadas que sejam, não são óbices para os criminosos do colarinho branco, pois sempre terão condições de saldarem-nas. Já as penas privativas de liberdade, eles deverão pagá-las com o próprio corpo, estando sujeito a todas as formas de humilhações do cárcere, o que, se não “ressocializá-lo”, pelo menos permitirá que seja feita uma reflexão sobre os efeitos de sua atitude delinqüente.

Enfim, uma segunda medida para os *white collar crimes*, seria uma maior eficiência, coragem e estrutura de trabalho para aqueles que militam contra esses criminosos, que seriam os operadores do direito responsáveis pela persecução criminal, de forma a efetivamente existir uma condenação criminal com trânsito em julgado, sendo que a pena aplicada seja uma privação de sua liberdade, em atenção ao descrédito frente às instituições democráticas que tal criminalidade deposita na sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alesandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Barcelona: Anacleto, 2003 .

FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006.

---

<sup>305</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, volume I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p.384.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, volume I. Coimbra: Coimbra editora, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: volume 2*; coordenação Luiz Flávio Gomes- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAKOBS, Gunter. *Derecho penal*; parte general-fundamentos e teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcia Pons, 1995.

KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi: la dottrina del diritto*. Trad. Giovanni Vidari. Milano: Studio Editoriale Lombardo, 1916.

LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, nº 719, set. 1995.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey. 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: parte geral*. 2ª. Ed. rev. aum.- São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Ed. Veja, 1993.

SANTO, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden, 1949.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

## NOTAS SOBRE A FILOSOFIA POLITICA DE HOBBS

*José Luiz Furtado*

“Há dois ditados igualmente verdadeiros: um, o homem é um deus para o homem, outro, o homem é um lobo para o homem”.  
Hobbes<sup>306</sup>

“Pas de loi sans un pour-soi qui la saisisse e la fasse sienne”  
Jean-Claude Brès<sup>307</sup>

### § 01 A Tarefa da filosofia

A filosofia política de Hobbes se propõe dois objetivos intimamente conectados. O primeiro, de ordem metodológica, consiste em reconstruir os fundamentos da moral e da política sobre bases verdadeiramente científicas, inspirando-se na exatidão e rigor do que ele denomina “geometria”. O segundo objetivo é prático: contribuir para a paz social. A conexão entre esses dois objetivos, prático e teórico, se apóia sobre sua concepção da significação da política para a vida dos homens em geral, elaborada sob a influência do pensamento de Maquiavel.

Conforme Maquiavel o mal maior da vida política consiste na dissociação entre o pensamento racional e a prática operada pelo idealismo da filosofia. Esta teria elevado em demasia as exigências que endereçava à ação política esperando que ela pudesse realizar a sociedade justa, constituída por homens bons, governados virtuosamente. O erro consistiu em esperar que da atividade política resultasse o aperfeiçoamento crescente dos homens e da sociedade rumo a um ideal prefixado pela razão como norma natural, quando a questão não é melhorar os homens e sim governá-los tal como são. Na perspectiva filosófica clássica a política deveria pautar-se pela antevisão do que deve-ser, a adesão a princípios éticos pré-fixados servindo ao mesmo tempo como ponto de partida e como limites às ações do governante. Para Maquiavel, ao contrário o ponto de partida deve ser uma leitura tão cuidadosa quanto for possível das forças em conflito no momento presente, seguida de um cálculo estratégico das ações necessárias à conquista e manutenção do poder.

<sup>306</sup> Epístola dedicatória do “De Cive”.

<sup>307</sup> In: *Horizons philosophiques*, Printemps 1999, vol. 9, no 2, Boisbriand (Québec).

De acordo com Hobbes a filosofia política deve, também, partir sempre de fatos positivos. Galileu escrevia, pouco antes de Hobbes, que a natureza é “um grande livro aberto diante dos nossos olhos” e que só pode compreendê-la quem conhece os signos da linguagem matemática em que ela está escrita. Por esta via a produção da verdade não dependerá mais do apoio de nenhuma esfera transcendente, seja da tradição, seja da palavra de Deus revelada pelas sagradas escrituras. A razão humana pode por si mesma, mediante uma observação atenta e direta da natureza objetiva (“diante dos nossos olhos”), através da “abertura” do horizonte quantitativo das matemáticas, conhecer as leis universais que regem os fenômenos físicos.

O elogio à “geometria advém, em Hobbes, dos resultados práticos das suas aplicações mais do que da sua exatidão e rigor. Ele a considera o fundamento de todas as conquistas tecnológicas da modernidade. “O que a observação dos astros, a descrição das terras, o registro dos tempos, as navegações de longo curso podem dar como contribuição ao bem-estar da vida humana, o que há de belo nas edificações, de sólido nas fortificações, de maravilhoso nas máquinas – enfim o que distingue o nosso tempo da primitiva barbárie – quase tudo é benefício da geometria”.<sup>308</sup> Trata-se, pois de obter os mesmos resultados na filosofia política aprendendo “a conhecer a natureza dos homens com o mesmo rigor com que conhecemos a grandeza das figuras geométricas”.<sup>309</sup> Os malefícios da vida social, segundo Hobbes, não são oriundos da “avareza” e da “ambição” características da natureza humana, mas da ignorância em que os homens se encontram, dos modos corretos de se lidar com estas forças. Prova isso a discórdia anárquica que reina entre os juristas, teólogos e pensadores políticos. Assim Hobbes proporá à filosofia o conhecimento rigoroso das verdadeiras forças que regem a natureza humana, tendo como método uma certeza dedutiva que deve pairar acima das opiniões filosóficas, ainda atadas à antiga lógica do provável pela tradição aristotélica.<sup>310</sup>

Por esta via, “razão” designará, em Hobbes, a capacidade humana de fazer cálculos, orientada pelas urgências da vida, deduzindo de princípios gerais determinadas

---

<sup>308</sup> De Cive, Epístola Dedicatória.

<sup>309</sup> Ibidem.

<sup>310</sup> Segundo a Ética a Nicômaco (1094 b) “Seria tão inconveniente exigir demonstrações de um orador quanto contentar-se com a probabilidade nos raciocínios de um matemático”. Comentando esta passagem afirma Norbert Bobbio (Sociedade e Estado na Filosofia política Moderna, p. 20) que “durante séculos a educação dos juristas se dera através do ensinamento da tópica, isto é, extrair argumentos contra ou pró uma opinião, através da dialética ou arte de querelar e da retórica – arte de convencer -, disciplinas que permanecem na esfera lógica do provável e não devem ser confundidas com a lógica propriamente dita, que analisa e prescreve as regras dos raciocínios demonstrativos”.

consequências lógicas. A atividade racional determina os meios mais adequados para alcançar os objetivos necessários à vida, conhecendo as causas das ações a fim de prever seus resultados, calculando as possibilidades de êxito e planejando o futuro.<sup>311</sup> Assim “o conhecimento adquirido por raciocínio ... tem por fim produzir, nos limites em que a natureza o permitam, efeitos que sejam requeridos pela vida humana”<sup>312</sup>. Mas tudo se resume em saber qual é, afinal, a essência da vida propriamente humana.

## § 02 O Desejo de viver

Hobbes define a vida a partir do esforço constante para se aproximar de tudo o que agrada e afastar-se do que desagrada, buscando o prazer da satisfação dos desejos e evitando a dor resultante da carência. Prazer e dor constituem os fundamentos teóricos da distinção hobbesiana entre o bem e o mal. A idéia de inércia, oriunda da física newtoniana é, para Hobbes, a metáfora por excelência da vida definida como “movimento perpétuo” de busca da satisfação dos desejos. Esta impulsão, “quando não pode progredir em linha reta, transforma-se em movimento circular”.<sup>313</sup> Nesse sentido “o máximo dos bens” consiste em “progredir sem impedimento para novos fins sempre”.<sup>314</sup> No “Leviatã” Hobbes afirma que “ao homem é impossível viver quando seus desejos chegam ao fim ... a felicidade é um contínuo progresso do desejo, de um objeto para outro, não sendo a obtenção do primeiro outra coisa senão o caminho para conseguir o segundo”. Portanto, “não existe o *finis ultimus* (finalidade última) nem o *summum bonnum* (bem supremo) de que falam os livros dos filósofos morais”<sup>315</sup> porque a capacidade desejante é insaciável.

Como o desejo é infundável a questão da felicidade será deslocada para a esperança de realização dos desejos futuros. Porém a certeza de realização futura dos desejos é impossível. **O que pode ser assegurado a cada um são as condições que fazem a realização dos nossos desejos futuros dependerem ao máximo das forças e capacidades próprias de cada um.** E isto somente ocorre numa sociedade pacificada vivendo sob o império da lei, garantida por sua vez, por um poder soberano. Do ponto de vista do indivíduo egoísta, portanto, a consideração da boa organização política da

<sup>311</sup> Cf. SANTILLÓN, op. cit., p. 27.

<sup>312</sup> Leviatã, p. 46. Abreviado L.

<sup>313</sup> De hom., 11, § 15.

<sup>314</sup> Ibidem.

<sup>315</sup> L., I, XI, p. 60.

sociedade repousa sobre sua utilidade para a vida. A sociedade, o Estado e as leis, devem propiciar as condições para que os indivíduos possam perseguir a realização dos seus desejos sem entrarem em conflito entre si.

### § 03 A liberdade

Para Hobbes a **liberdade reside na ausência de impedimentos externos ao poder de realizar ações em geral tendo em vista os interesses particulares de cada indivíduo e, principalmente, de realizar o direito natural de cada um.**<sup>316</sup> No *De Cive* contrariando a definição da vontade pela doutrina do livre arbítrio, ou seja, pela noção de uma capacidade subjetiva de resolução apoiada apenas no simples querer, Hobbes afirma que a vontade “não pode ser dita voluntária”, já ele própria não resulta de uma decisão: “não queremos querer”. Ela é apenas “princípio de ações voluntárias”. Querer é desejar fazer alguma coisa<sup>317</sup> tendo em vista um interesse vital subjetivo e predominante em relação a outros interesses, e contra o qual não temos nenhuma liberdade. Um indivíduo é livre para escolher entre satisfazer sua fome ou não, mas tal deliberação não elide jamais a fome que induz a vontade de alimentar-se, predominante sobre as motivações contrárias que a preocupação com a obesidade, por exemplo, poderia trazer.

A deliberação designa o processo subjetivo, à maneira de um “cálculo”, que faz um sentimento prevalecer sobre outro suscitando o apetite ou a aversão por um objeto e, conseqüentemente, a vontade de agir ou omitir uma ação em sua direção.<sup>318</sup> Tal é o caso, exemplificando mais uma vez, de alguém dividido entre o desejo de obter honrarias pela prática de um ato corajoso e o medo de arriscar sua vida, ou mesmo de quem planeja um crime. “Deliberar é pesar numa balança as vantagens e desvantagens”. Mesmo “o crime resulta do maior peso conferido ao desejo de cometê-lo contra o medo da punição oriundo das desvantagens, tais como a punição legal”.<sup>319</sup> A vontade é pois a decisão de agir ou não tendo em vista a satisfação de um interesse previamente dirigido a alguma coisa útil. **Ela é fundamentalmente um estado subjetivo resultante do que**

---

<sup>316</sup> Cf. L, I, XIV, p. 78.

<sup>317</sup> Cf. DC, II, § 05, 8.

<sup>318</sup> Cf. Lev., 6.

<sup>319</sup> De Cive § 13, 16.

**Hobbes denomina “deliberação”, mais, precisamente, “o último ato de quem delibera”.**<sup>320</sup>

O alvo da teoria Hobbesiana da vontade é a teoria contratualista que faz repousar na possibilidade de cada um obrigar a si mesmo, ou seja, no livre arbítrio, o fundamento da lei e das relações sociais. Ora, afirma, Hobbes, nenhum homem pode "obrigar-se a si mesmo, pois, sendo a mesma pessoa o obrigado e o obrigante, e tendo este o poder de liberar aquele, seria um gesto vão ligar-se (a uma promessa, JLF) enquanto pode desligar-se a seu critério, pois isso mostra que ele (o obrigado, JLF) já está livre de fato".<sup>321</sup> Assim quem obriga a si mesmo a fim de provar a liberdade da vontade, deve supor a existência de um querer do próprio querer capaz de retirar a liberdade de escolha da própria vontade, o que é contraditório, pois, neste caso, a vontade deveria ser capaz de anular a si mesma. A menos que a vontade seja limitada, não mais por si mesma, mas por uma instância exterior a ela, que tanto pode ser subjetiva – as paixões e, como veremos, no caso da vida social, predominantemente o medo – ou objetiva – a lei. A liberdade da vontade consiste apenas em deliberar acerca do que é mais útil ao indivíduo, sempre.

#### **§ 04 O estado de natureza**

“Por uma razão natural todos fogem da morte da violenta como do pior dos males naturais”(De cive, dedicatória)

A filosofia política de Hobbes, como toda a corrente jusnaturalista, repousa sobre a distinção teórica, considerada originária, entre “estado de natureza” e “sociedade civil”. No “estado de natureza” não haveria nem leis nem Estado. Há somente "o domínio das paixões, a guerra, o medo, a pobreza, a desídia, o isolamento, a barbárie, a ignorância, a bestialidade"(De Cive, X, I), onde "a vida do homem é solitária, mísera, repugnante, brutal, breve"(Leviatã, XVIII). Assim justifica-se o caráter natural de uma tal situação na medida em que vida encontrar-se-ia, na ausência de qualquer organização social, em uma condição meramente biológica.

Ponto de partida da teoria hobbesiana da fundamentação do Estado, o conceito de estado de natureza não designa nenhum fato histórico efetivo, seja uma época cronologicamente anterior à fundação do Estado, ou as situações onde a capacidade do

---

<sup>320</sup> De Cive, I, § 2, 14.

<sup>321</sup> De Cive, § 14, p. 108.

Estado exercer seu poder coativo sobre a sociedade diminui ou desaparece, como nas guerras civis. Na verdade trata-se de um princípio interno à própria constituição da soberania do Estado na medida em que o direito e a capacidade de punir não são foram transferidos dos súditos para o soberano. O direito de “usar o poder” do modo como o soberano considerar mais oportuno, “foi deixado a ele e não dado”<sup>322</sup>. Através do pacto de sujeição, de fato, cada um renuncia a usar a própria força contra os outros, deixando ao soberano a capacidade e o direito absolutos de usar a sua. Assim o estado de natureza nada tem de uma pura construção racional destinada a legitimar a fundação do Estado, ou de uma hipótese simuladora do seu desaparecimento. Ele permanece na tendência dos indivíduos a excluírem-se da sociabilidade (e nesse caso as situações sociais de exceção podem indica-la, como nas guerras civis, e na criminalidade em geral) e na constituição interna do poder soberano. “O poder, afirma Hobbes, foi deixado ao soberano de um modo tão completo como no puro estado de natureza”.<sup>323</sup> Assim conceito de estado de natureza indica esse paradoxo da política visado por Kant através do conceito de “insociável sociabilidade” ou na afirmação de que “o homem é o único animal que precisa de um senhor” para se socializar.<sup>324</sup> Seguindo a mesma via, Agamben, afirma a propósito do fato de, na maioria dos países, o chefe de Estado não poder ser submetido a processo judiciário ordinário e de os crimes cometidos contra o rei (*crimen lesae maiestatis*) não serem considerados um caso jurídico típico, que o espaço político distingue-se tanto âmbito religioso quanto do profano, tanto da ordem natural, quanto do ordenamento jurídico normal.<sup>325</sup> E isto se dá justamente porque a questão é excluir do âmbito social, mas como fundamento da sociabilidade, a condição natural da soberania: “a vida nua”.

Além de esclarecer a tensão interior da sociabilidade o conceito de estado de natureza visa **estabelecer as potencialidades originariamente constitutivas da natureza humana**, menos para desvelar a força de uma natureza espontânea, por detrás dos artificios culturais e sociais de toda ordem que a contêm ou, como em Rousseau a pervertem, do que para denunciar sua impotência, realçando assim a obra da razão no mundo político e o caráter continuado da tarefa de consolidação do social exercido pela soberania do poder. Ainda que a “guerra de todos contra todos” não seja verificável

<sup>322</sup> Hobbes, 1991, p. 214. Leviathan.

<sup>323</sup> Ibidem.

<sup>324</sup> KANT, A paz perpétua.

<sup>325</sup> AGAMBEN, G. Homo sacer; o poder soberano e vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004, ps. 92-109.

empiricamente, por exemplo, no plano das relações internacionais, a inexistência de uma instância soberana acima dos outros Estados deixa-os em permanente risco de guerra entre si. Tal fato demonstra que o estado de natureza não exige a existência de um combate efetivo entre as diversas nações, nem mesmo entre os indivíduos, na sociedade concorrencial moderna, indicando apenas certa **disposição manifesta à guerra** (Lev. XIII), e permitindo, simultaneamente, retirar dessa tendência todas as suas implicações políticas e filosóficas últimas. Assim, uma vez que a natureza humana, sede de forças anárquicas, tende à mais completa insociabilidade, o Estado torna-se uma construção artificial que, através da constituição e manutenção de um poder absolutamente soberano, deverá imperar continuamente sobre aquelas forças, uma vez que são inextirpáveis.

O conceito de estado de natureza afirma a igualdade original dos homens em termos de capacidade. "Os homens são naturalmente iguais entre si"(De cive, p. 52), escreve Hobbes. Porém essa igualdade não é afirmada tendo em vista o princípio religioso da igualdade de todos os indivíduos perante Deus, seu criador. A originalidade do conceito hobbesiano de igualdade natural reside no fato de ela ser pensada a partir da questão do fundamento da violência generalizada característica do estado de natureza. Nesse último os homens são iguais, de fato, quanto à capacidade natural de cometer violência uns aos outros.

“A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte quer por secreta maquinação quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo”(L., I, XIII, p. 74).

Assim é inútil pretender que a saída do estado de natureza possa ser a tirania baseada em diferenças de força, os mais fortes subjulgando os mais fracos e estabelecendo, por esta via, uma certa ordem social. **O poder exercido pela simples capacidade física de coação, sem nenhum pacto consensual, jamais adquire uma verdadeira soberania.** Faltando o monopólio legal da força não pode haver nem senhores nem servos, nem soberanos nem súditos. No estado de natureza impera, na verdade, a servidão generalizada. A função do Estado consistirá justamente em fazer com que a submissão ao poder soberano proteja cada indivíduo de ser servo de qualquer outro.

A segunda forma de igualdade natural reside no direito de cada um buscar todos os meios ao seu alcance, necessários à preservação da sua própria vida. A terceira consiste na igualdade das paixões fundamentais que movem naturalmente os homens, a saber: “o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho”(L.,I, XIII, p. 77)<sup>326</sup>. Dentre estas três paixões o medo é a mais fundamental e predomina sobre as outras porque inclina os indivíduos a buscarem a paz social, mesmo no estado de natureza, e a respeitarem as leis na vida social. Ora essa vida pacificada em que cada qual pode existir com segurança só é possível através da superação do estado de natureza e da instituição simultânea do Estado e da sociedade através do pacto de sujeição, como veremos.

Por fim no estado de natureza não há propriedade possível, tudo pertencendo a todos. A propriedade resulta da lei, e, na medida em que a lei depende do Estado, pode ser modificada no interesse do bem comum que aquele tem o dever de proteger. “Como não pode haver nenhuma propriedade antes do Estado, também não pode haver nenhuma contra o Estado”.<sup>327</sup> Deste modo o direito de propriedade é, na filosofia de Hobbes, limitado. A referência é aqui datada e Hobbes refere-se, sem dúvida, ao dispositivo constitucional que, na Inglaterra de então tornava os cargos públicos ventáveis.

No estado de natureza "cada um tem direito a tudo, incluindo a vida dos outros"(Lev., 13), porque não existem nem súditos nem soberanos e, por isso, reina a mais pura anarquia (L, II, XXXI, p. 211). Mas de acordo com Hobbes não há paz sem sujeição. O pacto de sujeição de todos os indivíduos a um poder soberano exercido por uma assembléia de homens ou apenas por um, torna possível a associação civil dos indivíduos. O Estado de natureza não é verdadeiramente uma sociedade porque não pode haver nele nenhuma associação verdadeira entre homens, associação que pressupõe, a possibilidade de existência efetiva de contratos entre indivíduos. Para que os contratos possam ser efetuados é preciso a garantia externa da força que obriga os indivíduos a cumprirem-nos, ainda que tenham sido livremente firmados. Não há sociedade sem contrato e contrato válido sem a garantia de um poder coativo externo e soberano. **Somente o contrato de submissão constitui uma forma de vínculo da qual**

---

<sup>326</sup> Devemos notar que por trabalho Hobbes entende toda atividade que tenha por finalidade obter riqueza. Assim o comerciante trabalha no mesmo sentido em que o operário trabalha.

<sup>327</sup>Cf. TÖNNIES, F. Hobbes. Madrid: Alianza, 1988, p. 271.

**pode surgir uma verdadeira vida em comum, de modo que a sujeição a uma fonte de poder soberana torna possível a associação coletiva.**<sup>328</sup>

Por esse caminho a vontade de viver impõe-se como a primeira condição da humanidade, como o fio condutor do **ethos** humano, em oposição ao modelo de uma ordem objetiva fixada na estrutura cósmica do real e, portanto, externa ao estado de natureza, como era para os gregos. Ao contrário, se o estado natural é absolutamente inviável, exigindo uma saída através da qual o homem possa transcender essa contradição insuportável de viver em plena licenciosidade sob o império do terror mais supremo, essa saída só pode ter por fundamento o próprio *instinto* da conservação da vida<sup>329</sup>. Considerada em si mesma a razão natural é, ao mesmo tempo, capacidade instintiva de conservar a vida, fugindo do que a ameaça e aproximando do que ela precisa para conservar-se, e abertura para a paz tática que prometa realizar essa conservação independentemente do próprio instinto. No estado de natureza vive-se em condições tão imprevisíveis e inseguras que cada um só pode ater-se à busca do bem mais imediato: a preservação da sua vida. Assim, não há espaço para a vida razoável. No estado de natureza a ação é preferencialmente movida pela paixão. Somente no estado civil o homem poder agir preferencialmente guiado pela razão assegurando-se mais facilmente dos resultados da sua ação.<sup>330</sup>

Por essa via o instinto natural não contraria a razão primordial que tem a vontade de viver por fundamento. De fato, viver e querer viver da melhor maneira possível é o direito supremo de todo indivíduo, sendo dever da razão - serva da vida - prover o homem dos meios mais econômicos e eficazes de cumprir essa tarefa. A razão natural torna-se reta razão quando instrumentaliza as faculdades naturais do homem com o objetivo de conservar comodamente a vida. Segundo o *De cive* (I, § 7, p. 53)) o direito fundamental é, precisamente, "a liberdade que cada um tem de usar das faculdades naturais segundo a reta razão", de modo que o instinto não contraria a razão agindo em benefício da vida, ainda que por meios violentos, provocando a guerra de todos contra todos<sup>331</sup>. Essa última deixa de ser, portanto, um resultado da maldade e imoralidade dos homens, advindo, ao contrário do imperativo categórico de conservar a própria vida utilizando-se de todos os meios e recursos disponíveis em conformidade com as

<sup>328</sup> Cf. Cassirer, op. cit., p. 285.

<sup>329</sup> Cf. Chatêlet, op. cit., p. 51.

<sup>330</sup> Cf. SANTILÓN, op. cit., p. 27.

<sup>331</sup> No estado de natureza o "direito funda-se na liberdade de todo homem dispor dos meios necessários à conservação da vida e de usufruir, conforme a violência que está ao seu alcance, do que julgar útil à sua satisfação individual"(Denis Rosenfeld, Introdução ao *De Cive*, p. 34)

circunstâncias. O ponto de partida é o direito natural, isto é, a primazia de uma reivindicação subjetiva absolutamente justificada, de poder dispor de todos os meios para garantir a preservação da sua vida e dos membros do seu corpo, primeiro fundamento do direito natural.<sup>332</sup> Deste modo o direito natural hobbesiano nada tem ver com o sentido que este conceito assumia na filosofia clássica, a saber, a ordem racional do mundo. Ao contrário ele designa em cada um de nós a potência de agir e o direito de usá-la como quisermos.

Assim, o pivô da lei civil é o direito de usufruir dos bens necessários à vida e, principalmente, dos bens resultantes do trabalho, e não a proteção pura e simples do caráter privado da propriedade. O roubo não é um atentado contra uma categoria jurídica, mas uma ameaça ao bem mais precioso e à vontade suprema, a saber: um atentado ao direito de realizar efetivamente a vontade de viver. O roubo deve ser censurado em nome da razão de viver que incide diretamente sobre o valor de uso da coisa, e não em nome do direito abstrato de possuir, que visa garantir a livre disposição pessoal do valor de troca. O roubo não é originariamente visto sob a ótica de um dono despojado da sua propriedade, e sim da perspectiva da vida para a conservação da qual a coisa é útil.

### ***§ 05 Direito e lei natural***

Hobbes define o fundamento do direito em geral a partir da “liberdade de fazer ou de omitir” alguma coisa.<sup>333</sup> Já o direito natural consiste especificamente na liberdade que cada homem possui de usar todos os meios ao seu alcance para preservar a vida e a integridade física do seu corpo. O direito distingue-se pois, da lei, porque o primeiro define o que se encontra em poder de alguém fazer ou não fazer livremente, enquanto a lei determina o que deve ser feito ou omitido<sup>334</sup> dirigindo e canalizando politicamente a liberdade natural dos homens segundo o bem de cada um e o interesse da coletividade.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> De Cive, § 1, 7.

<sup>333</sup> L., p. 78. “O direito é para Hobbes o conjunto das condições de pacificação impostas pela necessidade férrea que brota da originária maldade dos homens” (Rixner, cit. In Hegel, Lecciones sobre la historia de la filosofia”. México, Fondo de cultura, 1987, p. 334).

<sup>334</sup> Cf. De cive, I, § 1, 7.

<sup>335</sup> Cf. Apresentação do De Cive, op. cit., p. 35.

Contrariando a tese historicista, de origem aristotélica, de que podemos conhecer as leis naturais partindo da observação do que é comum a todos os povos,<sup>336</sup> Hobbes afirma que do consenso de todos os homens se pode inferir tudo e o inverso de tudo, de modo que é preciso, se queremos proceder efetivamente de modo científico, em filosofia política, partir da razão. As leis naturais são descobertas pela razão a partir do estudo da natureza humana. Mas a argumentação contra a tese consensual não recorre à constatação da diversidade e antagonismos das leis e costumes existentes. Hobbes argumenta a priori da partir da liberdade natural da vontade humana. Os homens podem contrariar consensualmente uma norma natural, ou uma lei natural pode ser consensual. Porém, ambas as circunstâncias nada demonstram, rigorosamente falando, em termos do rigor geométrico reclamada por Hobbes. Ao contrário de “fórmulas de viver determinadas pelo consenso comum dos homens”<sup>337</sup>, as questões relativas ao bem e à justiça, por exemplo, são motivos de constante disputa e discórdia, não podendo, por isso, fundamentar a unidade do corpo político.

O direito natural libera, pois, o uso indiscriminadamente das capacidades de cada um para a conservação da sua vida e realização dos seus desejos. A lei natural (o cálculo interessado) impõe ao homem a busca dos meios mais apropriados para atingir aqueles objetivos. Ou seja, ela impõe ao homem agir racionalmente pois esta escolha depende de um cálculo. A lei natural é, pois racional. Ela mostra que o direito natural não pode ser assegurado de forma eficaz no estado de natureza. Todos podem usar ilimitadamente seus poderes e capacidades mas sem nenhuma garantia de eficácia permanente. Ora o “meio mais apropriado” para garantir a eficácia do emprego das capacidades individuais é a saída do estado de natureza: a paz social e a saída do estado de natureza. A lei natural (XXVI) “qualidades que predispõe os homens à paz e obediência”. Ou seja, “ditame da reta razão em referência aquilo que se deve fazer ou evitar para conservar a vida e a integridade física do corpo durante o maior espaço de tempo possível”.<sup>338</sup>

Mas, porque é revelada pela razão, apenas obriga em fórum íntimo. De fato, a certeza de que tudo *devemos* fazer a fim de assegurar a integridade da vida, oriunda do desejo imperativo de durar, se faz acompanhar da constatação, não menos evidente, de que a liberdade de tudo *poder* fazer é inútil, pois não garante eficazmente a realização

---

<sup>336</sup> “Justo natural é o que tem a mesma validade em toda parte” (Ética a Nicômaco, 1134 b).

<sup>337</sup> De cive, XIV, p. 179.

<sup>338</sup> De Cive, I, 1, p. 97.

do primeiro imperativo do direito natural. Ninguém pode garantir por si mesmo a defesa da sua vida se não fizer um pacto com outrem a fim de estabelecer a paz. Mas, os pactos repousam simplesmente sobre uma promessa feita, nada garantindo que será cumprida quando mantê-la não for mais vantajoso, na ausência “do medo de algum poder coercitivo”.<sup>339</sup> “Os pactos que não descansam sobre a espada nada mais significam do que palavras sem força para proteger efetivamente o homem”.<sup>340</sup> *Assim o objetivo da ciência política consiste em compreender a formação do poder soberano que garante a existência das leis, antes do que determinar o Bem que elas deveriam espelhar, pois, não havendo acordo sobre o conceito de justiça, (filosófico, teológico ou político) como vimos, só um poder soberano pode instituí-la.* As leis não mostram apenas como deveríamos agir de acordo com as normas naturais do bem e da justiça da qual as primeiras resultariam. **Ao contrário, ordenam como agir em obediência a um poder coativo soberano que, somente ele, pode decidir o que é ou não justo.** A questão política não consiste em saber como o poder poderia estar submetido às normas naturais da justiça, fazendo do filósofo rei e, garantindo, por esta via, a verdade ou adequação das leis ao Bem (Platão). “Não é a verdade e sim a autoridade que faz a lei”, afirma o *Leviatã*.<sup>341</sup> As leis derivam todo seu valor apenas da forma impositiva e soberana e nunca de um conteúdo intrínseco qualquer, a espelhar a transcendência de um fundamento último.<sup>342</sup>

O caráter necessariamente exterior das limitações que vêm cercear a liberdade natural, fundamentada no direito ilimitado a fazer tudo o que for possível e desejável para preservar a própria vida, reside na impossibilidade de estabelecer qualquer reciprocidade na limitação voluntária dos direitos naturais. Quem, por exemplo renuncia ao seu próprio direito sobre alguma coisa não amplia em nada sua liberdade, nem o direito dos outros. “A consequência, diz Hobbes, da desistência de outro a seu direito natural, é simplesmente uma diminuição equivalente dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original”.<sup>343</sup> Se não quero dispor de algo para mim diminuo os impedimentos a que se realize o direito natural que cada um possui de se apossar de todas as coisas que desejar, o que não altera esse direito em nada. Daí a definição

---

<sup>339</sup> L., p. 82.

<sup>340</sup> L., XVII, p. 163.

<sup>341</sup> L., XXVI.

<sup>342</sup> Ver D'ENTREVES, A. *La dottrina dello Stato*. Turin: G. Giappichelli, 1976, p. 158.

<sup>343</sup> L., I, XIV, p. 79.

negativa da renúncia ao direito a alguma coisa enquanto simples privação da liberdade de negar ao outro o benefício de seu próprio direito.

Por outro lado, a renúncia ao direito sobre alguma coisa, sendo voluntária, vigora, como já vimos, apenas em fórum íntimo, e apenas para o indivíduo que se decide efetua-la, de modo que todos os outros continuarão usando seu direito irrestrito a todas as coisas. **Assim a liberdade arbitrária, que permite ao indivíduo renunciar ao seu direito sobre alguma coisa, permanece inócua se não se transforma em lei capaz de coagir externamente todos indivíduos a limitarem ao mesmo tempo seus direitos naturais.** A lei natural (buscar a melhor forma de viver em paz até o fim) somente pode ser racionalmente observada numa situação em que fosse obrigatoriamente respeitada por todos. Caso contrário, quem praticasse a "equidade e a condescendência ditadas pela razão", seria manipulado pelos outros, obtendo, ao invés de paz, sua destruição prematura. **É preciso estabelecer uma situação objetiva em que o comportamento ético (por exemplo, a honestidade, a confiança, etc.) não possa fazer do homem que o adota uma presa da astúcia dos outros homens, sendo esta a função das leis.**

A lei representa pois uma restrição e não um produto contratual da liberdade humana. A legislação civil não resulta da auto-limitação das vontades. Ao contrário, resulta do reconhecimento da necessidade de um fundamento exterior destinado a sancionar a limitação recíproca das liberdades estabelecida pelo pacto de sujeição. Os indivíduos jamais se tornam sujeitos políticos fora do pacto de sujeição que irá lhes garantir uma liberdade, limitada, mas suficiente para a realização da vontade de cada um viver sua vida em paz e segurança. **Essa limitação é imposta pela razão que reconhece a impossibilidade de realizar os ditames das leis naturais no seio do próprio estado de natureza.**<sup>344</sup> O simples medo da morte violenta, ou a idéia de um pacto consensual, são insuficientes para determinar a superação da guerra de todos

---

<sup>344</sup> O problema, já clássico na literatura sobre a obra de Hobbes, de saber se há no autor citado proeminência da lei natural ou das leis positivas, não tem sentido. (Ver SANTILLÁN, op. cit., 29) No estado de natureza não predomina absolutamente nenhuma lei, no estado político predominam as leis positivas e somente este predomínio garante o exercício eficaz das leis naturais. Mas só um poder absoluto garante a existência e a obediência a leis. Logo, o poder não poderia estar limitado pelas leis naturais que, nesse caso, seriam soberanas. Assim a possibilidade da criação de leis próprias, autônomas em relação às leis naturais, e mesmo contrárias a elas, é uma decorrência do caráter necessariamente absoluto do Estado. O problema da coincidência entre leis naturais e positivas surge *a posteriori*, quanto a questão da constituição de um Estado já foi resolvida e os ditames da razão, que nos aconselha o que fazer ou não fazer a fim de preservar a existência em paz, puderem ser ouvidos. É pois uma condição efetiva do exercício da razão, a obediência irrestrita a um poder que não se encontra fundamentado por ela quanto ao seu conteúdo, mais somente sobre sua forma absoluta.

contra todos. Como sabemos, para Hobbes a razão é essencialmente capacidade de calcular os meios mais eficazes de assegurar a preservação da própria vida. Este cálculo mostra aos homens que, enquanto perdurar o direito de cada um a todas as coisas, não haverá ninguém, por mais forte e astucioso que seja, capaz de garantir, exclusivamente por seus próprios meios, a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite que os homens vivam.

A concepção hobbesiana de razão é, pois, puramente instrumental, e sua moral é claramente utilitarista. Deste ponto de vista a própria paz, por exemplo, não representa um bem em si, mas uma condição social, uma vez que não há paz no estado de natureza, útil à conservação da vida. Portanto se a razão é um instrumento a serviço da vontade de viver, ela deve encontrar os meios de criar e conservar as condições de existência da paz social. A razão afirma que, para alcançar o fim prescrito pela própria lei natural, o homem deve se deixar governar pelas leis positivas, garantidas por um poder absoluto<sup>345</sup>. Sendo a paz necessária à conservação da vida, então o homem deve necessariamente sair do estado de natureza, e só pode fazê-lo com a condição de obedecer irrestritamente as leis positivas. Assim, para Hobbes o direito natural não atua como um conjunto de normas que permitem a crítica das leis existentes, sendo capaz de legitimar uma possível resistência ao poder constituído. Ao contrário, a própria inviabilidade de realizar as finalidades naturais da vida humana no estado de natureza nos obriga a substituir os ditames da lei natural, que apenas obriga em fórum íntimo, por um conjunto de normas objetivas garantidas por um poder soberano e absoluto.

Mas as leis não são criadas para impedir simplesmente as ações dos homens. Elas são absolutas mas não totais. A existência de leis não impede, por si só, a transgressão. Por isso há necessidade de estabelecer punições e, evidentemente, um poder capaz de aplicá-las aos transgressores. A punição age subjetivamente através do medo que ela suscita, e das desvantagens que faz entrever ao indivíduo desejoso de cometer um crime, inclinando-o a deliberar preferencialmente pelo respeito à lei. Daí que o objetivo da legislação seja “formar, não forçar, a vontade do homem, fazendo-a tal como deseja que ela seja aquele que estabeleceu a pena” (DC, § 13, 16). Portanto a lei deve impedir que os homens queiram agir contra o que elas prescrevem, tornando a

---

<sup>345</sup> Cf. BOBBIO, N. Thomas Hobbes. Rio: Campus, 1991, p. 107.

obediência mais útil do que a transgressão, tendo em vista o medo da punição.<sup>346</sup> "De todas as paixões a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo. Mais: excetuando algumas naturezas generosas, é a única coisa que leva os homens a respeitá-las (quando a violação das leis não parece poder dar lucro ou prazer)"(Lev. I, XI).

### **§ 06 Um artefato social: O Estado**

O caráter artificial do Estado hobbesiano advém da indeterminação da natureza humana que não inclui nenhum meio de estabelecer imediatamente uma forma qualquer de sociabilidade. A sociabilidade tem que ser imposta aos homens pelos próprios homens. A essa vontade política, que funda o Estado, podemos chamá-la legitimamente livre, uma vez que contra ela não se ergue absolutamente nenhum obstáculo, interno ou externo. Ao contrário a guerra de todos contra todos, resultante da liberdade de utilizar todos os meios disponíveis para conservar a própria vida, é um obstáculo à realização do direito natural. Assim, a razão mostra a necessidade de que os homens estabeleçam um pacto, prometendo respeitar os acordos estabelecidos por contrato, renunciando assim ao direito natural sobre todas as coisas, com o objetivo de garantir a paz necessária à conservação da vida. Mas esse pacto que garante a pacificação da sociedade, ou melhor, a racionalização do estado de natureza, é uma ficção sem uma instância capaz de obrigar os homens a cumpri-lo. A razão estabelece a necessidade de observar os contratos cumprindo as promessas feitas, pois a paz social é útil à conservação. Porém, o acordo e o consentimento voluntário têm caráter demasiado precário para assegurar a paz. A eficácia do pacto implica renunciar a um direito natural, em cercear minha vontade tanto quanto a do outro, a fim de garantir a existência de condições objetivas do estabelecimento da confiança mútua. **O pacto é apenas um acordo racional quanto à necessidade de respeitar as promessas feitas através de contratos** a fim de regular as relações entre os homens de tal forma que os direitos e deveres de cada um possibilitem a conservação da vida da melhor forma possível. Mas, com ele ainda não saímos do estado de natureza porque não há nenhuma obrigação de que o outro respeite a promessa feita, respeito que é uma lei natural, permanecendo o medo de que o outro rompa o contrato e continue ameaçando a conservação da minha

---

<sup>346</sup> Este posicionamento equivale ao de Espinosa para quem o Estado não tem por meta suprimir as paixões, ou reduzi-las pela obediência: sua função consiste em modificar seus efeitos no sentido da utilidade comum, de um interesse comum.

vida. Assim, Hobbes demonstra que a necessidade racional de estabelecer um contrato social implica na superação do estado de natureza. **Se é o medo da morte violenta que conduz os indivíduos a desejarem a paz social, somente um receio maior poderia impedir a violação dos contratos firmados:** o medo das sanções impostas pela vontade soberana do Estado a quem viola os pactos protegidos pela lei.

"É preciso fazer alguma coisa mais para que, os que deram uma vez o seu consentimento à paz e à ajuda mútua em vista do bem comum, sejam, por medo, impedidos de recair mais tarde em dissensões, quando algum bem particular vier a ser discrepante do bem comum"(De Cive, § 04, p. 97), afirma Hobbes. Em outra passagem da mesma obra, retomando o tema escreve o autor que "o consenso, ou sociedade instituída, sem alguma forma de poder, através do qual cada indivíduo seja governado por medo à punição, não basta para garantir a segurança, que é exigida para o exercício da justiça"(Idem, p. 78).

Deste modo o Estado opera uma transposição da lógica da conservação da vida de um plano natural para um plano artificial, o medo passando a exercer a função de garantia subjetiva do acordo que limita as ações de despojo mútuo.

"(Os indivíduos, JLF) substituem voluntariamente o medo mútuo compulsivo pelo medo novamente compulsivo de um terceiro poder neutro, o governo, e desta forma substituem um perigo imensurável, infinito e inevitável - o perigo infligido por um inimigo - por um perigo mensurável, limitado e evitável - o perigo que ameaça apenas os transgressores das leis dos tribunais".<sup>347</sup>

Assim, com a fundação do Estado a igualdade de direitos de desfrutar dos bens úteis à conservação da vida, igualdade baseada, por sua vez, na possibilidade de infligir a violência e de sofrê-la em iguais proporções, é substituída pelo dever de obedecer incondicionalmente ao soberano e ao Estado. Mas essa substituição, ainda que venha superar a guerra de todos contra todos, não aliena, em sentido hegeliano, o estado natural. Esse permanece em estado latente podendo voltar à cena sempre que o Estado se enfraquecer a tal ponto que não pode mais garantir a paz, interna ou externa, e, em consequência as condições necessárias à prosperidade dos seus súditos<sup>348</sup>. **O direito natural permanece sendo o fundamento e a razão de ser das leis civis**, porque elas devem torná-lo efetivamente possível.

A liberdade de fazer tudo o que for possível para conservar minha vida, é um direito natural que não pode, evidentemente, ser contrariada pelas leis positivas, mas

<sup>347</sup> Léo-Strauss, Pensamento político clássico, p. 82-83.

<sup>348</sup> Aqui discordamos de Bobbio quando afirma que "o Estado hobbesiano ... exclui definitivamente o estado de natureza"(Bobbio, N. O Conceito de sociedade civil, Rio: Graal, 1982, p. 21). Ao contrário, segundo a análise de Bréhier, "a experiência das guerras civis mostra que esse *bellum omnium contra omnes* ... é um perigo sempre iminente"(História da filosofia, Tomo II, Fasc. 1, p. 137).

apenas limitada. Se as leis não existissem poderíamos fazer tudo que estivesse ao nosso alcance para preservar a integridade física do corpo próprio e conservar a vida. **No estado de natureza, portanto, há direito - fundado sobre a utilidade<sup>349</sup> - mas não há lei em sentido próprio<sup>350</sup>, porque não há nenhum pacto de sujeição que obrigue socialmente os contratos.** Por isso as leis naturais são apenas regras de prudência, conselhos da razão e, enquanto tais, não obrigatórias.

### § 07 A Soberania

De início a soberania consiste no monopólio absoluto do uso da violência como força coercitiva por parte do Estado. Esse monopólio resulta do pacto multilateral de cada homem com todos os outros para o reconhecimento da soberania do poder de um terceiro.<sup>351</sup> A sociedade surge, na verdade, do centro de poder cuja vontade “resulta do pacto de muitos homens”, sendo “aceita como vontade de todos os homens a fim de poder ela utilizar a força e os recursos de cada um para a meta, com o objetivo da paz e da defesa comum”(p. 99). "A concentração de muitas vontades num só fim não basta para a preservação da paz e a defesa estável"(De Cive, p. 98). Ou seja, a simples vontade da maioria ou o consenso não pode garantir solidamente o Estado, pois é contingente e passageira. A natureza do Estado é ao mesmo tempo “união” de todos para objetivos comuns tais como a “paz” e a “defesa” e sujeição de todas as vontades a uma só vontade para a qual transferem a realização desses objetivos comuns.

Essa vontade assim formada é absolutamente soberana, não se encontrando submetida ou limitada por nenhuma outra instância de poder, nem pode sofrer diminuições ou acréscimos. De fato o Estado resulta da consciência clara da absoluta inviabilidade do estado de natureza. Esse fato justifica que, uma vez feito o pacto de submissão que lhe dá origem, a sua finalidade maior passe a ser a conservação da sua própria soberania. Sem isso retornaríamos ao Estado de natureza, o que seria contrário à reta razão da vida.

---

<sup>349</sup> “No estado de natureza a regra do direito é a utilidade”(De Cive, I, § 10, p. 54). Útil, no estado de natureza, segundo Hobbes, é o que serve para mim de acordo com a minha vontade. “Serão julgadas necessárias as coisas as coisas” que cada um “assim julgar”(ibidem). O direito de “tudo ter e fazer” deriva do fato de que cada é o juiz do útil e do inútil.

<sup>350</sup> "Toda lei humana é civil"(De Cive, § 5, cap. XIV, p.181), isto é, não há leis naturais nem divinas, embora haja direito natural e divino.

<sup>351</sup> Cf. SANTILLÁN, J. F. Hobbes y Rousseau; entre la autocracia y la democracia. México: Fondo de Cultura, 1988, p. 23.

Segue-se daí que, ao contrário de simples soma dos interesses da sociedade, o Estado é a síntese que origina um novo todo do qual os indivíduos passam a serem membros. Assim, a conservação da vida dos indivíduos, a preservação da sua integridade, a garantia dos seus interesses, etc., depende da conservação da soberania do Estado tal como as funções dos órgãos, bem como suas existências, dependem primordialmente da saúde e da unidade geral do organismo como um todo.

Deste ponto de vista as formas de governo importam pouco em relação à soberania. "O poder, escreve Hobbes, é sempre o mesmo, sob todas as suas formas, se estas forem suficientemente perfeitas para proteger seus súditos"(Lev. II, XVIII, p. 112). Assim, se Hobbes concede um privilégio à monarquia isto se dá apenas em função do objetivo geral do Estado que consiste em "organizar a vida e a paz"(SANTILLÓN, op. cit., p. 161). Tendo em vista essa finalidade última, o ordenamento político baseado na soberania absoluta do Estado é o único possível ao homem.

Para Hobbes o importante é a existência da soberania que contrapõe a sociedade politicamente constituída ao estado de natureza, a soberania implicando no caráter absoluto do poder. As alternativas são: soberania absoluta ou barbárie, principalmente a barbárie sob sua forma mais conhecida, a saber, a guerra civil. Assim, Hobbes não é apologista do poder absoluto, defendendo, ao contrário, o caráter necessariamente absoluto do poder enquanto único fundamento possível da ordem política capaz de interditar a guerra civil. A ordem social, para Hobbes é, de fato, "a interdição da guerra civil".<sup>352</sup>

Portanto, a novidade da teoria contratual hobbesiana consiste em afirmar o caráter absoluto do poder e, ao mesmo tempo, que nenhuma sociedade poderia se constituir sem a afirmação de um pacto livremente assumido entre os indivíduos. Assim procedendo Hobbes está, na verdade, criticando a transcendência da origem do poder político e subvertendo as bases sobre as quais se apoia a representação teórica da legitimidade da monarquia. De fato, do ponto de vista do pacto a soberania nasce de uma deliberação humana, embora não possa, em seguida, ser retomada pelo povo. Ora, a característica do poder monárquico consiste em afirmar o "mistério do poder real" que não pode ser "objeto de debate", ou seja, de deliberação e escolha humanas.<sup>353</sup> Nesse sentido Hobbes é, de fato, "absolutista sem ser teólogo".<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> Cf. BARCELONA. P. Le retour du lien social, Montréal: climats/Essais, 1998, p. 60.

<sup>353</sup> Jaime I, Quinta advertência aos protestantes, ed. Lachat, t. XV, pp. 436; cit. in: Bréhier, É. História da filosofia, Tomo II, Livro 1, p. 136. Em 1681 a universidade de Cambridge assim se manifesta a respeito

Ora para Hobbes o poder não tem nenhum fundamento transcendente. Podemos compreender as razões do seu começo, mas não sua origem metafísica. O poder tem um início mas não existe nenhum fundamento antes do ato inaugural que dá origem ao poder soberano ao qual os indivíduos se encontram submetidos. **Se há uma natureza anterior ao pacto, ela não pode fundamentar, legitimar, ou mesmo justificar o poder, pois este existe apesar dela e não por sua causa.** O poder é uma reação contra as causas que o tornaram necessário.

Hobbes nega que o soberano deve estar submetido às leis civis que ele mesmo deve criar, reformar quando achar necessário e, principalmente, fazer obedecer. O poder está acima da lei. Para que o governante estivesse submetido à lei seria necessário um poder que o constringesse a esta obediência. Ora, o soberano é absoluto e para Hobbes não há obediência à lei por dever moral, sem uma força coercitiva. **O fundamento da lei reside na soberania absoluta do governante, exigida por ela.** Soberania que não contraria o princípio da legitimidade do poder político porque esse é essencialmente absoluto.

Mas a soberania não é tirania em nenhum dos dois sentidos comuns do termo. Em primeiro lugar o soberano não pode ser considerado tirano por abusar do poder, porque vontade soberana e poder são sinônimos. Também não se pode falar de tirania no caso da conquista do poder pela força. De fato, tanto no pacto que origina o Estado civil como naquele onde o vencedor se compromete a não matar o vencido e protegê-lo, o bem supremo ao qual se apegam ambas as vontades, a saber, a dos indivíduos que pretendem sair do estado de natureza, e a dos vencidos, têm sempre a preservação da própria vida como objetivo, realizando, por isto, o direito natural.<sup>355</sup> Deste ponto de vista o arbítrio não é mais considerado apenas um atributo possível do poder - vinculado, por exemplo, às formas de tirania - mas como sendo a própria definição do poder pois nada se impõe ao homem sobre os auspícios da necessidade natural<sup>356</sup>. Assim, a “grande miragem” que acomete constantemente a filosofia política, “consiste em pedir às decisões e leis que não sejam nem arbitrárias nem soberanas, exigindo do

---

do governo de Charles II. “Acreditamos e mantemos sempre que nossos reis não recebem seus títulos do povo e sim de Deus; que não cabe aos súditos criar ou censurar (os reis, JLF), mas honrar e obedecer seu soberano que recebe essa dignidade através de um direito fundamental de herança e sucessão, que nenhuma religião, nenhuma lei, nenhuma falta podem alterar ou diminuir”(Cf. PARKINSON, C. Northcote, L'Évolution de la pensée politique I, Paris: Gallimard, 1958, p. 178).

<sup>354</sup> BARCELONA, op. Cit., idem.

<sup>355</sup> De cive, I, § 14, p. 56. Ver BOBBIO, N. La Teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico, Ed. GIAPPICHELLI, Turin, 1976, P. 45.

<sup>356</sup> ROSSET, C. A Anti Natureza, op. cit, p. 206.

político a administração de uma necessidade que nem mesmo o mundo físico é mais capaz de fornecer”<sup>357</sup>. Sem dúvida, sem soberania não há verdadeira capacidade política de arbítrio. Por isso a crítica do poder que parte da reprovação da sua arbitrariedade pressupõe a existência de princípios transcendentais que, para Hobbes, não passam de preceitos metafísicos na ausência de uma força capaz de transformá-los em normas de ação impondo-os pela força e pelo medo à vontade dos homens. De nada adianta, de fato, reconhecer a verdade e justiça de princípios que se postos em ação por mim, independentemente dos outros, acarretariam a minha ruína. Um princípio moral só é eficaz transformando-se em lei e uma lei só existe em função do arbítrio de uma vontade soberana. Antes dessas considerações não há filosofia política mas apenas uma ética metafísica e inofensiva.

Mas se o poder político é absoluto, soberano e indivisível, isso não significa a ausência de um fundamento válido diferente da simples capacidade do soberano impor seu poder pela força. Ao contrário **o direito natural legitima o uso e o monopólio da força coercitiva da parte do Estado. O fundamento da validade da norma que impõe obediência aos súditos é a lei natural que prescreve aos súditos atribuírem ao soberano o poder absoluto de ordenar arbitrariamente** (Cf. Bobbio, N. Hobbes, p. 124). A força superior do soberano, capaz de tornar possível impor sua vontade a todos os demais, deriva do pacto de submissão sendo, portanto, uma força ao mesmo tempo artificial e convencional. Enquanto convencional o poder político deriva de um cálculo racional das condições de existência da paz social comandado pela representação da preservação da vida como um dever imposto pela vontade natural de viver e de gozar a satisfação dos desejos. Enquanto artifício o Estado depende da reiteração continuada dos atos que reconstróem os fundamentos do seu poder diante de uma natureza humana que contraria constantemente sua própria unidade.

Do ponto de vista da consciência individual, ou seja, em forum íntimo, a lei natural fundamenta a rebelião do súditos contra o poder. Os súditos podem se rebelar contra as injustiças cometidas pelo soberano desde que entendamos por injustos os comandamentos que constringem os indivíduos a fazerem coisas contrárias às regras naturais de manutenção da paz social. Mas essa justificativa para os atos de rebeldia dos injustiçados é meramente subjetiva porque a lei natural não é um empecilho aos atos do poder cuja soberania deriva de uma exigência imposta pela natureza dessas mesmas leis.

---

<sup>357</sup> Idem, p. 208

Assim o soberano tem toda liberdade efetiva de ser injusto na medida em que esse direito deriva da necessidade de fundamentar as leis sobre um poder absoluto. Ora pretender que as leis naturais possam constranger os indivíduos na ausência de sujeição é falso. Compactuar na ausência de garantias objetivas e mútuas de que as promessas feitas serão cumpridas coloca quem confia numa situação de inferioridade em relação ao outro, o que contraria a lei natural. Portanto não é justo ser honesto na ausência de garantias de que o outro agirá como prometido, não por amor à honestidade, mas por medo da lei, de modo que é just, conforme a lei natural, o que só pode se tornar uma regra efetiva do comportamento, e não só uma máxima subjetiva, se cessa de ser uma lei natural transformando-se em lei positiva imposta coercitivamente e cumprida por medo. Assim, o direito natural não constitui, em Hobbes, um sistema de normas transcendentais em relação ao direito positivo, funcionando apenas como justificativa do caráter autônomo e absoluto que assumem as leis positivas. **O direito natural não pode ser realizado como norma efetiva de conduta nem no estado de natureza, nem no Estado civil, se não é limitado pelas leis que garantem a paz. Este é, afinal, o projeto hobbesiano fundamental, a saber, o de uma sociedade que “tendo resolvido mediante uma lógica estrita a questão de sua forma política, deixaria aos indivíduos o cuidado de regular suas vidas privadas e de usar livremente as próprias capacidades”.**<sup>358</sup>

## BIBLIOGRAFIA

HOBBS, T. De Cive. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. O Leviatã. São Paulo: Abril Cultural, 1987(Os Pensadores).

SANTILLÁN, J. F. Hobbes y Rousseau; entre la autocracia y la democracia. México: Fondo de Cultura, 1988.

BOBBIO, N. O Conceito de sociedade civil. Rio: Graal, 1982.

\_\_\_\_\_. La Teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico, Ed. GIAPPICHELLI, Túrín, 1976.

---

<sup>358</sup>CHATÊLET, F. História das idéias políticas, Rio: Zahar, 1986, p. 54.

.\_\_\_\_\_. Thomas Hobbes. Rio: Campus, 1991,

BERNS, L. Tomas Hobbes. In STRAUSS, L. & CROPSEY, J. History of Political Philosophy. Chicago: The University Chicago Press, 1987.

CHATÊLET, F. História das idéias políticas, Rio: Zahar, 1986.

PARKINSON, C. L'Évolution de la pensée politique I, Paris: Gallimard, 1958.

TÖNNIES, F. Hobbes. Madrid: Alianza, 1988.

## **Chamada de artigos**

A pesquisa acadêmica não é só um dos pilares da educação universitária, mas uma forma de promoção da reflexão crítica e do desenvolvimento científico. Em épocas em que a dicotomia entre o público e o privado parece recrudescer e o trabalho do jurista é colocado em xeque, uma vez que a postura tradicional como legitimador do status quo ou “boca da lei” não mais preenche as necessidades da sociedade e dos jurisdicionados a pesquisa jurídica se apresenta como fundamental e urgente.

Com o escopo de fomentar a discussão acadêmica sobre o Estado Democrático de Direito e das bases filosóficas, jurídicas e políticas da sociedade plural que atravessamos, bem como a crítica das posições doutrinárias e jurisprudenciais que movimentam o fazer jurídico no Brasil, o curso de Direito da Faculdade UNIPAC de Ciências da Saúde e Jurídica de Itabirito anuncia chamada para artigos para Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito sob as seguintes regras:

### **Normas para os colaboradores da**

#### **Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito**

Para inclusão na próxima edição, os artigos devem ser enviados por correio eletrônico aos e-mails: [ramon\\_mapa@yahoo.com.br](mailto:ramon_mapa@yahoo.com.br), [jcarloshen@yahoo.com.br](mailto:jcarloshen@yahoo.com.br), [bernardogbn@yahoo.com.br](mailto:bernardogbn@yahoo.com.br), até o dia 10 de fevereiro de 2012. A Revista será publicada por meio eletrônico, estando disponível em endereço da World Wide Web que será repassado aos outros. Outras formas de publicação e divulgação que porventura se desenvolvam também serão repassados aos autores.

Devem-se seguir, obrigatoriamente, as seguintes normas de publicação:

- Os artigos enviados deverão ser inéditos. Artigos já publicados não serão submetidos ao Conselho Editorial nem serão objeto de parecer.
- Todo e qualquer artigo enviado à Revista será submetido ao Conselho Editorial.
- Os artigos deverão conter obrigatoriamente no cabeçalho: a) título em português e em uma língua estrangeira; b) resumo de no máximo 250 palavras em português e na mesma língua estrangeira do título; e c) no máximo 7 palavras-chave em português e na mesma língua estrangeira do título
- Os artigos devem ser elaborados em Word, com texto digitado em espaçamento 1,5, em *Times New Roman*, corpo 12, formatados em folha A4, com margens (esquerda, direita, superior e inferior) de 2 centímetros.

- As notas explicativas devem ser postas no rodapé do texto, numeradas em seqüência e em corpo 10 (justificado). A primeira nota deve trazer um breve currículo do autor, ligando-se ao seu nome no cabeçalho do texto.
- Citações: se menores que três linhas, serem inseridas diretamente no texto, entre aspas, com indicação do autor, ano e página (modelo autor/data); se maiores que três linhas, devem ser destacadas com recuo à esquerda com 4 centímetros, em corpo 10, com indicação do autor, ano e página. (modelo autor/data)
- As referências bibliográficas ou outras deverão vir no final do texto, de acordo com as normas da ABNT. As referências serão compostas pelos textos efetivamente citados no artigo. Demais referências devem ser colocadas sob o título “bibliografia”.
- A Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito se reserva o direito de alterar formalmente os originais a fim de adaptá-los às normas acima elencadas, bem como proceder à revisão ortográfica e gramatical necessária, sem prévio aviso. Artigos que precisarem de adequações de conteúdo serão reencaminhados aos autores para correção, que deve se realizar no prazo impreterível de 3 (três) dias.
- A publicação da Revista se dará por meio eletrônico
- Os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo a opinião do Conselho Editorial, do Curso de Direito da Faculdade de Ciências de Saúde e Jurídica da UNIPAC Itabirito e nem da própria instituição, de modo que a Revista e os seus Conselheiros não assumem qualquer responsabilidade pelas opiniões presentes nos artigos.

A Revista agradece aos seus colaboradores e coloca-se à disposição para sanar quaisquer dúvidas através dos e-mails elencados acima.

Itabirito, 30 de Agosto de 2011.