

V. 20 • N. 79 • Maio/Agosto • 2017

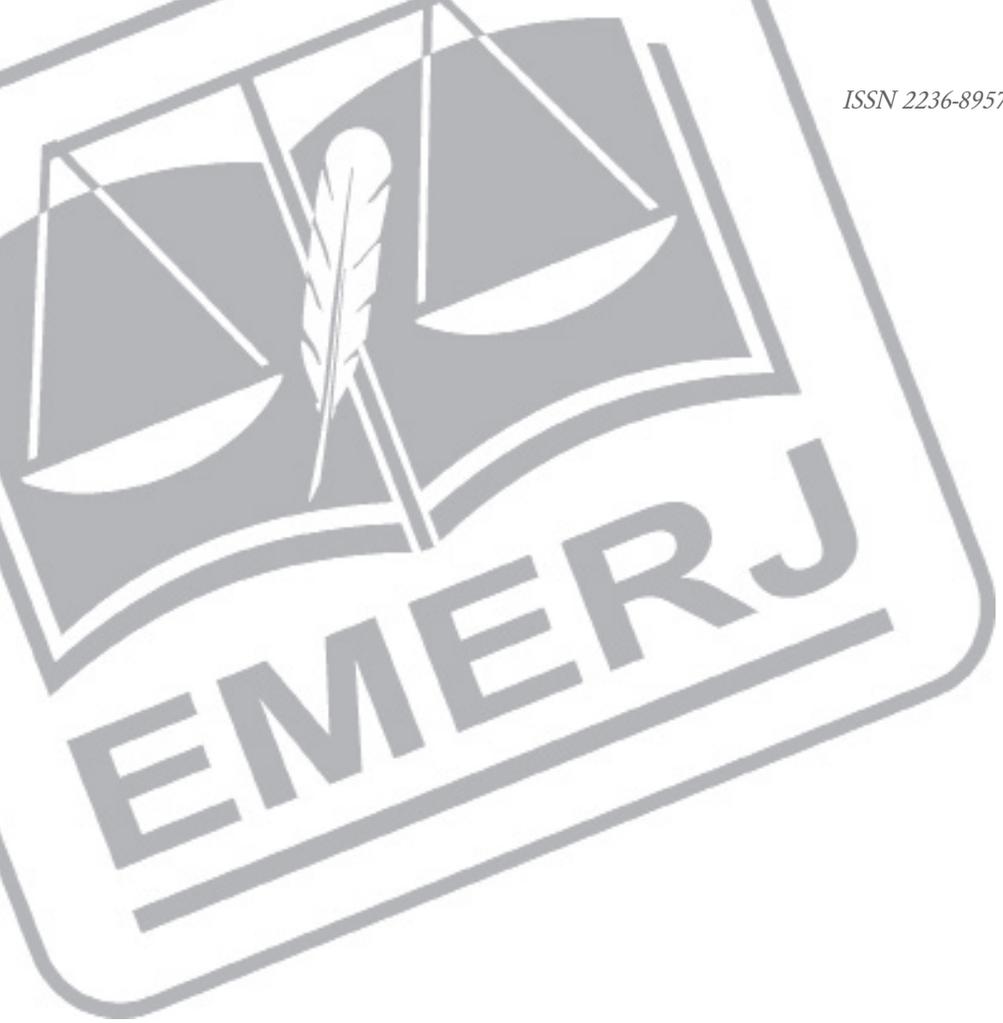
ISSN 2236-8957

REVISTA DA
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 20 - n. 79 - Ano 2017

Rio de Janeiro

© 2017 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Coordenação: Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto.

Conselho Editorial: Min. Luiz Fux, Min. Luis Felipe Salomão, Min. Marco Aurélio Bellizze, Min. Antonio Saldanha Palheiro, Des. Federal Abel Fernandes Gomes, Des. Sergio Cavalieri Filho, Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Des. Nagib Slaibi Filho, Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Portaria nº 27/2017

Magistrados Auxiliares da Coordenação: Juiz Luiz Roberto Ayoub, Juiz Álvaro Henrique Teixeira de Almeida; Juiz Carlos Gustavo Vianna Direito; Juíza Adriana Ramos de Mello; Juíza Daniela Bandeira de Freitas; Juíza Raquel Santos Pereira Chrispino, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juiz Ricardo Lafayette Campos; Juiz Antônio Abi Ramia Duarte.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

▮ PRESIDENTE

Desembargador Milton Fernandes de Souza

▮ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

▮ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

▮ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Celso Ferreira Filho

▮ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

▮ DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

▮ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Mauro Dickstein

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.

Execução Administrativa e Pesquisa: Marcella Augusta Costa da Costa.

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ.

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ.

Programação Visual: Rafaelle Rego Neves

Fotografia: Marcelo Melim

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Sergio Silvaes e Lígia Diogo.

Sumário

9 | Apresentação

Juiz de Direito Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

11 | A Embriaguez Alcoólica e a Teoria da *Actio Libera In Causa*

Gabriele da Costa Frias Ambrosio

50 | A Importância da Cláusula de Mediação

Cristiane Dias Carneiro

64 | Algumas Reflexões sobre Mudança de Mentalidade e Atuação Ética daqueles que Atuam na Seara Judicial

Adolpho Corrêa de Andrade Mello Junior

68 | As Controvérsias em Torno da Guarda Compartilhada

Livia Teixeira Leal

95 | As Incursões do Novo CPC na Lei de Locações - *The Impacts of the New Civil Procedure Code on the Real Estate Law*

Marcelo Mazzola

121 | As Remoções Forçadas na Cidade do Rio De Janeiro à Luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Eleonora Mesquita Ceia

Raphael Cautchs de Queiroz Vasques

143 | Considerações Jurídicas sobre a Ditadura Republicana Romana

Carlos Gustavo Direito

159 | Conversa sobre Processo; Elogio ao Art. 942 do CPC; O Uso Saudável da Técnica

José Roberto de Albuquerque Sampaio

**181 | Da Interpretação do Direito Segundo Hans Kelsen:
Uma Proposta de Controle de Sua Lacuna Jus-Interpretativa**

João Alves Bastos

**204 | Honorários Sucumbenciais no Novo Código de
Processo Civil**

Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho

**217 | O Contraditório Participativo como Traço Distin-
tivo do Processo no Estado Democrático de Direito**

Anderson de Paiva Gabriel

**242 | O Encarceramento e a Via Restaurativa para uma
nova Abordagem da Execução Penal**

Márcia Maciel Quaresma

248 | O Estado Intervém para Quem?

Allen dos Santos Pinto da Silva Filho

**263 | O Movimento Internacional da Cruz Vermelha e
do Crescente Vermelho**

João Marcos de Castello Branco Fantinato

**309 | Por uma Teoria Pura dos Princípios (A Farsa do
Neoconstitucionalismo, os Limites de uma Teoria sobre
o Direito e o Caminho para uma Prática Jurídica Consis-
tente) - *Towards A Pure Theory of Principles (The Lies of
Neoconstitutionalism, Limits of a Legal Theory, and the
Path to a Consistent Legal Practice)***

Rodrigo Borges Valadão

**348 | *Third-Party Contracts, Legal Retroactivity, And Pu-
nitive Damages: From Europe To Latin America***

Ángel R. Oquendo

377 | Vedação à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Homens: Constitucional ou Inconstitucional?

André Moreira Baiseredo

398 | Verdade Real: Os Paradigmas da Reconstrução dos Fatos pelo Juiz como Mecanismo de Alcance da Efetividade da Tutela Jurisdicional no Processo Civil Moderno

Igor Ferreira dos Santos

Apresentação

Recebi, com profunda alegria, a missão de apresentar o Volume 20, número 79 (referência maio/agosto) da Revista da EMERJ, a nossa revista, a revista do Juiz.

Após bem-sucedida gestão do querido Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca, o Diretor-Geral, Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, assumiu empenhado em manter a excelência e tradição da Escola, procurando sempre enaltecer e valorizar cada vez mais a EMERJ no concorrido cenário nacional. Portanto, motivação e trabalho não faltam e não faltarão.

Sob a batuta do Desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto, Coordenador da revista, uma jovem que completa seus vinte anos, vivemos o entusiasmo de coletar artigos acadêmicos que proporcionem farta informação e riqueza de conhecimento aos nossos leitores.

Para tanto, buscamos dialogar com díspares campos da produção jurídico-científica nacional, objetivando trazer ao leitor enfoques diversos. Assim, colhemos olhares dos nossos julgadores, de professores, advogados, etc. Enfim, nossa matéria-prima foi a diversidade de pensamento, com absoluta liberdade criativa.

Nesta edição, contamos com a colaboração do fraternal amigo e professor Ángel R. Oquendo, Mestre, Doutor e PhD em Filosofia pela Universidade de Harvard, Mestre em Direito pela Universidade de Yale e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Connecticut e da *Free University of Berlin*, que nos brinda com seu sempre agudo exame, fruto do pensamento filosófico e jurídico de um profundo conhecedor da realidade da América Latina.

Não posso encerrar sem agradecer a confiança do nosso Diretor-Geral e do Coordenador da Revista, bem como a parceria e dedicação da nossa equipe, formada pelos colegas Ayoub, Álvaro, Gustavo, Adriana Ramos, Daniela Bandeira, Raquel Chrispino, Daniela Barbosa e Ricardo Lafayette.

Por fim, pedindo a Deus que continue iluminando nossos caminhos, vale sempre recordar os conselhos de Isaac Newton: “Tenho a impressão de ter sido uma criança brincando à beira-mar, divertindo-me em descobrir uma pedrinha mais lisa ou uma concha mais bonita que as outras, enquanto o imenso oceano da verdade continua misterioso diante de meus olhos.”

Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte

Juiz de Direito

Professor e Conferencista da EMERJ

A Embriaguez Alcoólica e a Teoria da *Actio Libera In Causa*¹

Gabriele da Costa Frias Ambrosio

Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Ciências Jurídico-Criminais. Pós-Graduada em Direito da Investigação Criminal e da Prova pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis- 2011.

RESUMO: A punição aos atos ilícitos praticados por pessoas embriagadas sempre foi discutida nas sociedades pela história. Elementos bibliográficos, entre outros, ensinam o conhecimento acerca do estudo e da punibilidade do consumo do álcool pelo homem antes da era cristã. Apesar da constante transformação e evolução da sociedade, esta problemática não deixou de existir com o aumento de uma crise financeira mundial, muito pelo contrário. O que se vê é o crescimento do consumo de álcool ou de substâncias de efeitos análogos na sociedade, desencadeando diversos fatores ligados à degradação humana, principalmente concernentes à violência, visto que o álcool está presente na maioria dos casos de violência doméstica, acidentes de trânsito, entre outras formas de ilícitos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez alcoólica. Imputabilidade penal. *Actio libera in causa*. Inimputabilidade. Responsabilidade penal.

ABSTRACT: The punishment for illicit acts committed by intoxicated people was always a debated item by societies throughout history. Bibliographical studies, among others elements, intend to provide knowledge about the matter and the punishability of alcohol consumption by mankind since Christian age. Although in constant transformation and society evolution, this situation never ceased, quite the opposite, with the increase of financial world crisis. It is noticeable that the rise of alcohol consumption (and other

¹ O presente artigo refere-se, com algumas alterações, ao relatório apresentado no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

products of similar effects) unleashes several factors linked to human degradation, specially concerning rage, as alcohol is involved in many domestic violence cases, traffic collisions, among other forms of criminal offenses.

KEYWORDS: Alcoholic drunkenness. Criminal responsibility. *Actio libera in causa* theory. Imputability. Punishability. Alcohol.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A embriaguez e a teoria da *actio libera in causa*; 1.1. Breve retrospectiva histórica do tratamento penal da embriaguez; 1.2. Origem técnica do conceito da teoria da *actio libera in causa*; 1.3. Referência aos modelos dogmáticos da *actio libera in causa*; 1.4. A *actio libera in causa* e a autoria mediata; 1.5. *Actio libera in causa* culposa; 1.6. *Actio libera in causa* dolosa; 2. Problema médico-legal dos efeitos do alcoolismo e da embriaguez; 2.1. Conceito de alcoolismo; 2.1.1. Fases do alcoolismo; 2.1.2. Classificação do alcoolismo; 2.1.3. Alcoolismo crônico e psicoses alcoólicas; 2.2. Conceito de embriaguez sob a ótica médico-legal; 2.2.1. Embriaguez simples; 2.2.2. Embriaguez patológica ou complicada; 3. Embriaguez e a imputabilidade penal; 3.1. Imputabilidade e o elemento biológico (psiquiátrico-psicológico), perturbações da vida mental provocadas por psicoses alcoólicas; 3.2. Imputabilidade penal e o elemento normativo; 3.3. A imputabilidade e a embriaguez no ordenamento jurídico penal brasileiro; 3.3.1. Embriaguez punível; 3.3.2. Embriaguez como excludente de culpabilidade; 3.3.3. Embriaguez como causa de diminuição de pena; 3.3.4. Embriaguez preordenada e a teoria da *actio libera in causa* no ordenamento jurídico penal brasileiro; 3.4. A imputabilidade e a embriaguez no ordenamento jurídico penal português; Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por escopo trazer a lúmen a compreensão e a solução dada pelo ordenamento penal jurídico português e brasileiro, acerca da punibilidade do agente nos casos de embriaguez, que busca o controle dessa crescente problemática para a qual a sociedade exige soluções.

Nesse sentido, buscou-se no primeiro capítulo realizar uma abordagem histórica sobre o consumo de álcool e o crime ao longo do tempo decorrente deste fator. Constatou-se que tal problemática já tinha previsibilidade bem antes da era cristã, representada pelo Código de Hammurabi, texto oriundo da Mesopotâmia.

Ainda no primeiro capítulo, desenvolveremos o estudo da *actio libera in causa*, a sua raiz histórica, compreensão desta teoria e as várias vertentes doutrinárias acerca do assunto, buscando demonstrar a desconsideração da situação de inculpabilidade em que se encontra o agente embriagado, tomando por base o momento antecipado em que o agente colocou-se voluntariamente no estado de inimputabilidade, com o fim de imputá-lo à prática da conduta delituosa. Serão expostos, ainda, os dois modelos dogmáticos que visam a compatibilizar a punibilidade das situações abarcadas pela teoria.

Abordaremos, no segundo capítulo, o problema médico-legal dos efeitos do alcoolismo e da embriaguez, esmiuçando os efeitos biológicos do álcool sobre a saúde psíquica e neurológica do indivíduo e as importantes alterações de comportamento e controle da vontade dimanado de dita intoxicação.

Por fim, no último capítulo, realizaremos um estudo em relação à imputabilidade, observando a responsabilidade jurídico-criminal do indivíduo que pratica um delito sob o estado de embriaguez, à luz do ordenamento jurídico penal português e brasileiro, apresentando a solução dada por cada sistema.

A finalidade deste trabalho, como o título sugere, é verificar o embasamento da imputabilidade nos casos de embriaguez alcoólica, seja através da história ou por questões de política criminal, buscando um bem maior que é a exigência de proteção empírica da sociedade.

1. A EMBRIAGUEZ E A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

1.1 Breve retrospectiva histórica do tratamento penal da embriaguez

Ao procedermos a uma análise perfunctória histórica acerca do tratamento penal dos crimes cometidos em estado de embriaguez, verificamos que, desde sempre, há um liame entre o consumo de álcool e o crime ao longo da história, mas é impossível estabelecer historicamente a origem da embriaguez.

O Código de Hammurabi, promulgado entre os anos de 1825 e 1787 A.C., considerado como um dos códigos de lei mais antigos da humanidade, já previa no §110 – “Se uma (sacerdotisa) *naditum ugbabtum*, que more em um convento, abriu uma taberna ou entra na taberna para (beber) cerveja, queimarão essa mulher”. Punia-se severamente (morte com fogo) mulheres da classe superior do clero babilônico que consumissem bebidas alcoólicas. Destaca-se que tal punição não era aplicada aos homens de quaisquer classes ou às mulheres de classes inferiores².

² BOUZON, 1986: 126.

O filósofo Aristóteles faz, em sua principal obra sobre ética, “Ética a Nicômaco”, considerações sobre ser justa a aplicação da pena dobrada ao criminoso que pratica a ação em estado de embriaguez. Aduz o filósofo que o homem seja punido pela sua própria ignorância quando o julga responsável por ela, ou seja, no caso da embriaguez, em que as penas são dobradas para os delinquentes, uma vez que o princípio motor está no próprio agente, pois estava em seu alcance não ficar embriagado e, por isso, torna-se responsável pela sua ignorância³. Entende-se que o agente dava causa à ignorância e ao crime e, sendo assim, a ignorância do ébrio não eximiria o caráter volitivo das suas ações, porque sua ignorância é absolutamente voluntária.

Na Idade Média, o Direito Canônico se concentrava na doutrina de Santo Agostinho, que era adepto de castigar apenas a embriaguez, ou seja, a embriaguez por si mesma era delito merecedor de punição como forma exemplar, haja vista entender-se que a embriaguez era o único ato voluntário praticado nesse contexto de acontecimentos, reprovável em si mesmo, sendo a causa final da conduta delitiva⁴.

No Direito Canônico, o agente era inimputável pela ausência de vontade em relação à prática criminosa, mas era culpável pelo estado de embriaguez voluntária. Todavia, se a embriaguez não foi voluntária, mas acidental, não havia sanção. Sob a perspectiva do Direito Canônico, se a embriaguez que resulta do ato não envolve pecado, o pecado subsequente está desculpado. Como exemplo, trazemos a lúmen o caso de Ló (Gênesis 19, 32-38). Ló fora viver para a montanha, habitando numa caverna com as suas duas filhas. Estas, preocupadas por não terem filhos e acreditarem que seu pai era o único homem da Terra, com *animus* de perpetuar a descendência, resolveram embriagar o pai e dormir com ele. Assim fizeram duas noites seguidas sem que ele percebesse, pois agia inconscientemente. Dessa forma, o pecado de Ló é escusado porque deriva de um ato precedente de que está também ausente o pecado⁵.

São Tomás de Aquino, ao realizar um assomo teológico e filosófico, traduz compreensões medievais sobre a embriaguez e as concepções bíblicas à luz das influências aristotélicas.

3 ARISTÓTELES, 1991: 56.

4 BUSATO, 2009: 156.

5 CAMELO, 2001: 51.

O filósofo considera o homem capaz de agir em liberdade ou de se condicionar e classifica como “atos humanos” os vícios e as virtudes⁶, e é neste contexto que São Tomás aborda as questões suscitadas pelo consumo do vinho, especificamente acerca da punição dos ébrios que neste estado perpetram delitos.

Na seara dessa argumentação, Aquino questiona se a embriaguez não será um pecado mortal quando o indivíduo tem consciência do consumo imoderado e inebriante, e discute a natureza ilícita da embriaguez e das suas consequências⁷.

O conceito adotado pelo Direito Canônico serviu de base para os criminalistas práticos, tomando como seguimento de que a vontade e o discernimento seriam pré-requisitos essenciais à caracterização da imputabilidade. Assim, Bártolo de Sassoferrato, juriconsulto e analista da filosofia Aristotélica (1313-1357), e Baldo, seu principal discípulo (1327-1406), defendiam a absoluta responsabilidade pelo delito praticado em estado de embriaguez. Porém, Bártolo fazia uma distinção entre a embriaguez habitual e acidental⁸.

Bártolo e Baldo firmavam posição no sentido de que, ocorrido o evento de ato voluntário, a responsabilidade do agente não se determinaria pela ação principal, ou seja, o ilícito praticado, mas pelo ato antecedente, causa mediata do evento. A partir dos estudos desses eminentes criminalistas práticos italianos, foram lançadas as bases iniciais da teoria das *actiones liberae in causa*⁹.

Saliente-se que, durante o século XVI, com o Absolutismo, impõe-se um critério diverso, no sentido de uma punição mais severa da embriaguez¹⁰. Carlos V de Alemanha (1531) publicou uma ordem para que castigasse severamente os ébrios que cometiam delitos, e Francisco I de França (1536) estabeleceu que o ébrio fosse castigado, na primeira vez, com pena de prisão com direito apenas a pão e água; na segunda vez, seria açoitado em confinamento; na terceira, açoitado em praça pública e, por último, tinha suas orelhas amputadas e era levado ao exílio. Se o ébrio cometesse algum delito, as penas posteriores se agravariam de acordo com os delitos praticados¹¹.

Crítérios similares ocorriam na Inglaterra e Escócia, onde a embriaguez era tratada como uma “demência”, punida com multa e, se dela resul-

⁶ CARAMELO, 2001: p. 45.

⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁸ ZAFFARONI, 1965: 330.

⁹ SILVA, 2011: 76.

¹⁰ ZAFFARONI, 1965: 330.

¹¹ *Ibidem*, p. 331.

tasse algum crime, além de o indivíduo ser castigado, a pena seria agravada, em casos de embriaguez voluntária¹².

Adentrando num Direito Penal contemporâneo, já no século XIX, Francesco Carrara, jusnaturalista italiano, ostentou o posicionamento de que a pena tinha uma concepção retributiva. Cabe trazer a lúmen a definição de delito apontada por Carrara: “Delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”¹³. Nesse contexto, podemos observar a cristalina concepção acerca dos crimes cometidos sob o estado de embriaguez, tendo em vista que a imputabilidade moral baseia-se no livre arbítrio, que, por conseguinte, designa as ações humanas de um ser moralmente livre, podendo este apresentar um comportamento ativo de um delito¹⁴.

Não se pode olvidar que Carrara entendia que a embriaguez devia ser compreendida conforme o grau (completa ou incompleta) e a sua causa (acidental, culposa, voluntária e preordenada)¹⁵.

De acordo com o entendimento do penalista italiano, nos casos de embriaguez preordenada, o ébrio era visto com um agente secundário do ilícito, mero instrumento de um indivíduo consciente, com plena capacidade de imputabilidade. Nesses casos, a imputabilidade não era excluída nem se admitia atenuantes, pois a imputação retroagiria ao instante consciente do agente e o que vem depois é consequência de um ato doloso; não se imputa o que fez o ébrio, mas o que fez o homem¹⁶. Por sua vez, nos casos de embriaguez voluntária ou culposa, Carrara entendia que os elementos da culpa poderão ser observados, mas não pode aparecer o dolo na ação posterior que não tenha sido guiado por vontade consciente¹⁷.

Por fim, ainda analisando os ensinamentos do penalista Francesco Carrara, ele concluiu que, quando a embriaguez for completa e acidental, exclui a imputabilidade e, sendo incompleta, entende-se que há dolo, mas com possibilidades de atenuantes¹⁸.

12 ZAFFARONI, 1965: p. 331.

13 CARRARA, 2002: 236-247.

14 *Ibidem*, p. 55.

15 *Ibidem*, p. 236-247.

16 *Ibidem*, p. 236-247.

17 *Ibidem*, p. 236-247.

18 *Ibidem*, p. 236-247.

Não se pode olvidar eminentes penalistas alemães como Ernst Von Beling e, tempos após, o neokantista Edmund Mezger, que ratificaram o pensamento de Carrara, convergindo num mesmo entendimento de que o sujeito, ao obter o resultado, já o realizava como um mero instrumento de uma vontade anterior¹⁹.

Beling, ao debruçar-se sobre a teoria da *actio libera in causa*, expressa que a essência da ação mediata tornará compreensível as ações livres em sua causa²⁰. Segundo o mencionado autor, o próprio corpo do agente funciona como instrumento. Da mesma forma, Mezger sustentou a ideia de que o agente, ao atuar sob uma situação de a.l.i.c., está a agir como instrumento de si mesmo²¹.

Diante do exposto, observamos que a teoria da a.l.i.c. teve seu alicerce construído pelos canonistas e os pós-glosadores, que a utilizaram para justificar a exigência de responsabilidade dos sujeitos inimputáveis no momento da realização do ato criminoso, e consiste em considerar imputável o agente que livremente se colocou numa situação de inimputabilidade²².

1.2. Origem técnica do conceito da teoria *actio libera in causa*

A título introdutório do tema, devemos nos referir à a.l.i.c. como um momento antecipado, que se denomina provocação anterior ao momento da lesão do bem jurídico. Essa provocação, entendemos como ação livre e deliberada, anterior ao resultado do fato típico ilícito penal. Consiste dizer que, então, o dolo ou a culpa que tem o agente na fase inicial, ainda imputável, prolonga-se por todo o processo causal por ele provocado, alcançando o fato praticado em estado de perturbação da consciência. A ação pela qual o agente se põe voluntariamente em condição de incapacidade já constitui ato de execução do fato típico visado, sendo suficiente para justificar a punibilidade²³.

A a.l.i.c. é em si uma teoria que aparece com o único objetivo de justificar uma imputação que não é condizente com o grau de imputabilidade do sujeito no momento da ação²⁴. Em apoio a essa conclusão, Cezar Roberto

19 SILVA, 2011: 76.

20 ZAFFARONI, 1965: 345.

21 BERTI, 2010: 438.

22 LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ, 2013: 367.

23 SILVA, 2011: 90.

24 BUSATO, 2009: 152.

Bitencourt diz que tal teoria trata de uma construção que guarda um sentido político criminal, e não dogmático.

Quanto ao conceito de a.l.i.c, não existe um consenso quanto à sua origem. Todavia, nas diversas doutrinas investigadas sobre o assunto, observou-se que o problema da embriaguez originou o estudo da teoria, conforme visto *ab initio*.

Antes do século XVII, já existia certo posicionamento dos teólogos e juristas acerca dos delitos cometidos em estado de embriaguez, apesar de ainda não existir o termo técnico da teoria. A título elucidativo, podemos mencionar dois casos, sendo um já referido anteriormente, sobre o personagem bíblico Ló, analisado pelos teólogos São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, que concluíram pela necessidade de punir a embriaguez, e não o crime praticado no estado de embriaguez²⁵. O segundo caso é sobre os progenitores que, mesmo sabendo que tinham um sono agitado, dormiam na mesma cama com os seus filhos e, inconscientemente, um dos pais, por motivos dessa inquietude durante o período hibernal, acaba por matar um dos filhos. Listz, ao se manifestar sobre determinada casuística, orienta no sentido de conferir uma a.l.i.c. imprudente, ou seja, culposa²⁶.

Em relação à origem técnica do conceito da a.l.i.c, existe uma divergência, tendo em vista que os juriconsultos italianos atribuíram a origem e a forma à escola italiana, ao aduzirem que o ébrio não pode ser castigado pelo delito cometido, salvo nas hipóteses de embriaguez voluntária. Porém, se o sujeito costuma praticar delitos quando se encontra ébrio e não evita embriagar-se, voltando a cometê-los, deve-se impor uma pena a ele, seguindo as orientações dos juriconsultos italianos Bonifácio Vitalinis e Farinaccio²⁷. Em contrapartida, foram os penalistas alemães que se debruçaram sobre o estudo da teoria. Conforme mencionado por Claus Roxin, a denominação da teoria no sentido do uso moderno da linguagem advém com os estudos empreendidos pelo penalista alemão Kleinschrod (1794)²⁸. Frisa-se, à luz da doutrina alemã, que a a.l.i.c. classifica-se em alguns conceitos: restrito, intermediário e amplo.

O eminente professor Joachim Hruschka, defensor do conceito restrito, entendia que há ausência de liberdade no agente ao praticar o delito,

25 BALBINO, 2015: 30.

26 *Ibidem*, p. 30.

27 *Ibidem*, p. 23.

28 ROXIN, 2008: 850.

portanto não é imputável. Entretanto, na origem dessa autoprovocação de inimputabilidade, o agente era livre. Essas “ações livres em sua causa” justificariam a responsabilidade penal²⁹.

Dessa forma, constata-se que esse conceito divide-se em dois momentos fundamentais: 1º) o agente em sua plena liberdade provoca a incapacidade de culpabilidade ou de ação; este momento intitula-se de livre na causa e 2º) momento de ausência de liberdade, quando o agente pratica o delito; momento este denominado de não livre em si³⁰. Nesse ínterim, o sujeito não é livre no ato, mas na causa.

Por sua vez, os defensores do conceito intermediário, partilhado por Neumann, Hans Jescheck e outros penalistas, defendem que, para fundamentar a punição de crimes de a.l.i.c., deve-se compatibilizar a culpabilidade com a moderna dogmática penal, política criminal e, sobretudo, justificar a punibilidade nas reais consequências desses crimes sobre a sociedade³¹.

Por fim, para os doutrinadores partidários do conceito amplo, basta que a imputabilidade (o dolo e a culpa) se apresente num dos momentos do *iter criminis*, ocorrendo isso no campo da a.l.i.c., e se posicionam afirmando que o conceito adotado por eles apresenta uma estreita ligação com o âmbito que a ele se atribui³². Conforme os ensinamentos de Joshi Jubert, quanto mais amplo seja o conceito adotado, maior será o espaço regulado pelo Direito Penal³³. E o que é mais relevante para esta doutrina a respeito da a.l.i.c não é a ação precedente, a saber, mas o processo hermenêutico amplo ofertado ao termo “momento do crime”³⁴.

De igual modo opinava Mezger, no sentido de que, mesmo havendo necessidade de coincidência entre a imputabilidade e o momento da ação, defendia que isso não impede o castigo das chamadas *actiones liberae in causa*, tendo em vista que as ações que o sujeito estabelece a causa decisiva em um momento são imputáveis, enquanto que, ao contrário, sua conduta física só se desenvolve em um tempo em que sua imputabilidade está ausente³⁵.

De acordo com o que foi analisado, observamos três posicionamentos acerca do entendimento de elaboração conceitual da teoria da *actio*

29 HRUSCHKA, 2005: 27.

30 BALBINO, 2015: 24.

31 *Ibidem*, p. 24.

32 BUSATO, 2009: 154.

33 *Ibidem*, p. 154.

34 BALBINO, 2015: 24.

35 BUSATO, 2009: 154.

libera in causa. Nesse caso, vejamos alguns conceitos condizentes com o Direito Penal hodierno.

Narcélio de Queirós conceitua a *actio libera in causa* como “casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever³⁶.”

Entendemos que o conceito desenvolvido por Narcélio de Queirós demonstra dois momentos distintos, em que a ocorrência se faz necessária à aplicação da teoria. O primeiro momento é anterior à prática do delito, em que o agente se coloca em estado de inimputabilidade com o intuito de cometer o ilícito penal ou podendo e prevenido que o cometeria; o segundo momento, o da prática do delito, em estado de inimputabilidade.

De igual compreensão, a Professora Mercedes Alonso Alamo aduz que a a.l.i.c é o fenômeno delitivo caracterizado ao tempo do fato, pois o autor se encontra em estado de inimputabilidade ou é incapaz de ação, mas esta situação pode referir-se a um momento anterior (*actio praecedens*), em que era plenamente capaz³⁷.

Adotando uma postura restritiva do conceito, com o qual coadunamos, Cezar Roberto Bitencourt, ao se referir ao instituto da a.l.i.c, postula que “se o dolo não é contemporâneo à ação é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Como o dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal, deve o agente responder pelo resultado que produzir³⁸.”

Seguindo ainda as orientações de Cezar Bitencourt, quando há imprevisibilidade, não se pode falar em a.l.i.c. perante a impossibilidade de se abeirar esse fato a uma formação de vontade contrária ao Direito³⁹.

Diante do exposto, podemos observar que não existe uma precisão conceitual quanto ao instituto da *actio libera in causa*, apesar de ter suas raízes históricas entrelaçadas ao passado. Por consequência, a doutrina até hoje não é uníssona sobre tal questão.

³⁶ QUEIRÓS, 1963: 37.

³⁷ ALONSO ALAMO, 1989: 155.

³⁸ BITENCOURT, 2009: 92.

³⁹ *Ibidem*, p. 94.

1.3 Referência aos modelos dogmáticos da *actio libera in causa*

A discussão em torno da punibilidade da a.l.i.c. se fundamenta no delito praticado pelo sujeito, que, no momento da realização do fato típico, se encontrava em estado de inimputabilidade, e a questão divergente suscitada é se o agente que atua nesse estado, poderá ser culpado, tendo em vista que no momento anterior era imputável, agindo, então, dolosamente ou de forma imprudente a causar o resultado⁴⁰.

Hodiernamente, os doutrinadores entram em divergência quanto ao momento em que se inicia o instituto da *actio libera in causa* e o fundamentam em dois modelos: “modelo de tipo”, também denominado de antecipação (Tatbestandsmodell), e o “modelo de exceção” (Ausnahmemodell).

Segundo o modelo do tipo, sustentado por Roxin, Schunemann e Jakobs, o ato pelo qual o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade já constitui o início da ação típica, como, por exemplo, quando o sujeito inicia a execução do homicídio ao beber para matar⁴¹. Então, para esta posição doutrinária, o momento é caracterizado a partir do instante em que o agente se tenha colocado em estado de incapacidade.

Ressalte-se que este modelo tende a retomar a análise da infração à norma de cuidado a um momento no qual o sujeito não tenha realizado a prática efetivamente perigosa para o bem juridicamente protegido.

A professora Teresa Quintela de Brito menciona que o modelo de tipo antecipa o início da tentativa e, juntamente, a tipicidade, para o momento em que o autor realiza a atuação desresponsabilizante⁴². E interpreta a produção da incapacidade de culpa como a própria provocação dolosa ou negligente do resultado típico⁴³.

À luz dos ensinamentos de Roxin⁴⁴, para fundamentar a punição da a.l.i.c, só há uma via a seguir, que seria pelo modelo de tipo, cujas dificuldades construtivas são superáveis. O penalista compreende que o agente faz de si próprio um instrumento inimputável quando tem ainda sua plena capacidade.

Em sentido semelhante, Hans Joachim Hursch⁴⁵ entende que o modelo da tipicidade tem uma similitude maior com a dogmática penal, observando,

40 ROXIN, 2008: 850.

41 LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ, 2013: 367.

42 BRITO, 1991: 142.

43 *Ibidem*, p. 142.

44 ROXIN, 2008: 851.

45 HURSCH, 2001: 71.

principalmente, o princípio da culpabilidade. Aduz que o instituto da *actio libera in causa* deve ser tratado de acordo com as regras da autoria mediata e que no momento antecipado, ou seja, o da provocação no estado de inimputabilidade, é a ação livre praticada pelo autor do delito, em que transfere a realização do resultado para o momento posterior, no estado de inimputabilidade.

A crítica fundamental a esse modelo, segundo Velasco⁴⁶, opera-se pela dificuldade em considerar que a ação típica começa quando o agente adota as medidas necessárias para cair na situação de insanidade.

Por outro lado, adeptos do modelo de exceção, como Hruschka e Neumann, abdicam a concomitância entre a ação típica e a culpa, retirando da atuação desresponsabilizante uma culpabilidade antecipada no sentido de que o agente será responsabilizado por um fato típico e ilícito, ocorrido num momento de incapacidade de culpa⁴⁷. Entendemos que a formação da culpa se encontra em estado defeituoso na prática do fato.

Velasco justifica a idoneidade e a cobertura legal no ordenamento jurídico espanhol como modelo da exceção, pois ainda que considere como regra geral a imputabilidade no momento da execução do fato punível, por motivos de política criminal e justiça material, deve-se excepcionar o instituto das *actiones liberae in causa*⁴⁸.

Os adeptos do modelo da exceção apoiam-se no preceito jurídico ordinário pelo qual se poderia fazer uma exceção ao princípio de que a imputabilidade deve estar presente no momento da execução do fato. O agente tem a intenção de agir no momento em que proceda à conduta perigosa para o bem jurídico, ainda que o agente não tenha capacidade de entender seu ato e de se autodeterminar.

Para Roxin⁴⁹, o modelo da exceção é insustentável, uma vez que viola o princípio *nullum crimen sine lege*. Ademais, atenta contra o princípio da culpabilidade, pois, se considerarmos a conexão causal da conduta anterior com o resultado como base para alegar imputabilidade, o dolo e a negligência perdem a sua conexão com o fato, ocorrendo, em seguida, disposições incorretas e defeituosas.

Devido a essas controvérsias doutrinárias, entendemos que ambas as correntes não conseguem preencher completamente os pré-requisitos de afir-

46 LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ, 2013: 367.

47 BRITO, 1991: 142.

48 LANDECHO VELASCO; MOLINA BLÁZQUEZ, 2013: 368.

49 ROXIN, 2008: 851.

mação do princípio da culpabilidade. O modelo do tipo, por buscar antecipar o início da execução do fato típico para uma fase, na qual é impossível demonstrar qualquer perigo de lesão ao bem jurídico, e o modelo de exceção, por guiar-se pelo momento de execução do delito em estado de incapacidade.

Insta observar, hodiernamente, que o Código Penal brasileiro expõe que, por mais dominadora que seja a paixão, não se extermina totalmente o discernimento do agente. Por sua vez, a doutrina portuguesa majoritária objeta tanto o modelo do tipo quanto o da exceção para fundamentar as questões em torno da teoria da *actio libera in causa* e conduz no sentido de que o Direito Penal português tem regras próprias e distintas de solução de culpabilidade da a.l.i.c.⁵⁰.

1.4. A *actio libera in causa* e a autoria mediata

Não podemos nos esquecer de confrontar as figuras da autoria mediata e a teoria da *actio libera in causa*. Grande parte da doutrina adverte sobre o paralelismo entre esses dois institutos, entendendo que a partir da perspectiva do injusto material não existem diferenças⁵¹, por exemplo, quando alguém se utiliza de um inimputável para cometer um delito e o sujeito que provoca a inimputabilidade em si mesmo para cometer o delito. Se o executor é um instrumento do autor mediato, na a.l.i.c. o sujeito incapaz ao tempo do fato é um instrumento de si mesmo.

Dessa forma, quem considera que a autocolocação da incapacidade já é o início da execução estabelece uma analogia entre quem coloca e se utiliza de outra pessoa em estado de incapacidade e quem se serve de si mesmo. Compreender-se-á, então, que é igualmente designado por quem delimita claramente a *actio precedens* no momento da realização da culpa⁵².

Na mesma linha de raciocínio, Jakobs aduz que a a.l.i.c. resolve de acordo com a autoria mediata, sendo a teoria uma forma abditiva da autoria mediata que oculta a autoria direta⁵³. Jakobs assinala que a pessoa normativamente responsável se torna irresponsável ao curso da natureza, de forma a fazer de si um instrumento inábil deflagrador da norma jurídica⁵⁴. Assim, o autor posiciona-se no sentido de que a pessoa é normativa

50 BALBINO, 2015: 136.

51 ALONSO ALAMO, 1989: 64.

52 *Ibidem*, p. 64.

53 BALBINO, 2015: 128.

54 *Ibidem*, p. 128.

e juridicamente irrelevante à sua segunda ação, tendo em vista a falta de comunicação com o sistema⁵⁵.

Finalmente, o autor Hans Joachim Hirsch comenta que o paralelismo com a autoria mediata significa que sujeito, ao embebedar-se num bar, criando coragem para cometer o delito, já constituiria uma tentativa acabada, por ser ação tipicamente relevante, haja vista, nessa primeira ação, que o sujeito transfere o resultado para momento posterior e realiza todos os atos necessários para que a ação ocorra. No momento seguinte, representa o curso cogitado pelo agente, utilizando-se como instrumento para executar o crime⁵⁶. Para Hirsch, não existe diferença nos casos em que alguém coloca um terceiro em estado de embriaguez plena para usá-lo como instrumento na realização de um injusto ou quando o agente utiliza-se de si mesmo, colocando-se nesse estado de suposta inimputabilidade, a fim de produzir um resultado típico⁵⁷.

Nesse caso, suscitamos a seguinte dúvida: se há realmente uma similitude entre a teoria da a.l.i.c e a autoria mediata, pois na primeira existe apenas um agente, ao passo que na segunda, à luz da doutrina majoritária, são necessários dois agentes: o autor mediato e o “outro”, o instrumentalizado.

1.5. A *actio libera in causa* culposa

Compreende-se como a.l.i.c. culposa o agente que tenha tido, no momento de imputabilidade, a previsibilidade do evento; quer dizer, à luz da teoria, será viável a imputação se o agente, pelas circunstâncias, caso houvesse a previsibilidade de que, vindo a embriagar-se, possa dar causa ao resultado lesivo⁵⁸.

Discute-se se o agente, ao causar o estado de incapacidade, já está a criar um perigo não permitido, violando o dever objetivo e subjetivo de cuidado, temporalmente separado da verificação do resultado⁵⁹.

Coadunamos com o entendimento da Professora Teresa Quintela⁶⁰, quando aduz que, em sede de a.l.i.c., é necessário sempre que, no momento da conduta desresponsabilizante, seja previsto ou previsível um determinado fato

55 BALBINO, 2015: 131.

56 HIRSCH, 2001: 73.

57 *Ibidem*, p. 73.

58 SILVA, 2011: 86.

59 BRITO, 1991:155.

60 *Ibidem*, p. 156.

típico. Nesse sentido, “a realização da incapacidade da culpa deve relacionar-se negligentemente com a subsequente produção de resultado típico”⁶¹.

De acordo com Ujala Joshi Jubert, são vários os entendimentos da *actio libera in causa* culposa. Os adeptos do modelo do tipo e da exceção posicionam-se da seguinte forma: no modelo da exceção, quando a pessoa se coloca no estado de inimputabilidade e se o fato ilícito penal já integra o crime culposo, o autor do delito responde por esse crime. Todavia, no momento preliminar da ação, não constitui a figura do crime culposo, então amolda-se na estrutura da a.l.i.c. culposa⁶². Já os partidários do modelo da tipicidade posicionam-se de forma que a provocação do estado de inimputabilidade é ação típica ilícita penal e se insere ao crime culposo, isto é, a própria autocolocação no estado de inimputabilidade, por si só, ofende o dever de cuidado objetivo/subjetivo e outorga a culpabilidade conforme as regras gerais de imputação⁶³.

No delito culposo, a conduta não é individualizada pela finalidade, porque o agente, para atingir essa finalidade, viola um dever de cuidado, ou seja, dá causa ao evento por imprudência, negligência ou imperícia⁶⁴. Por outro lado, para que exista o delito culposo, o agente deverá prever o resultado e, não havendo essa previsibilidade, não há de se falar em dever de cuidado nem da violação deste. Parafraseando Zaffaroni⁶⁵: “a previsibilidade condiciona o dever de cuidado; quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de cuidado e não pode violá-lo”. Não obstante, Zaffaroni afirma que não tem sentido falar de *actio libera in causa* culposa, devendo o âmbito desta teoria reduzir-se ao dolo⁶⁶.

Diante do exposto, compreendemos que o ato de pôr-se em estado de inimputabilidade não configura ato executório do resultado criminoso como alguns doutrinadores interpretam. Acreditamos que o simples ato de se colocar em estado inimputável constituiria um simples ato preparatório, não sendo punível nem a título de tentativa se ocorrer uma interrupção. O elemento subjetivo de embriagar-se é livre, contudo, esta não é a causa do delito.

Assim, à luz da teoria da a.l.i.c, somente será viável a imputação se o agente tiver querido ou previsto, ou que fosse previsível pelo sujeito quando

61 BRITO, 1991: 157.

62 BALBINO, 2015: 129.

63 BALBINO, 2015: 139.

64 SILVA, 2011: 85.

65 ZAFFARONI, 2011: 460.

66 *Ibidem*, p. 460.

ainda imputável, o resultado lesivo, pois o elemento subjetivo na fase da imputabilidade é indispensável para configurar a teoria.

1.6. A *actio libera in causa dolosa*

No que concerne à a.l.i.c. dolosa, a Professora Teresa Quintela⁶⁷ refere-se à exigência de um duplo dolo. O primeiro seria dirigido à realização da situação de inculpabilidade e o outro um dolo subsequente, que seria a prática do fato típico. Verifica-se que o dolo no momento da prática do fato não apresenta conteúdo de culpabilidade, de forma que o princípio da culpa impõe que o dolo esteja presente ao tempo e na atuação desresponsabilizante⁶⁸.

Deve-se reconhecer a a.l.i.c dolosa quando o agente tiver se colocado de forma dolosa em estado de incapacidade e, ainda, que a execução do fato ilícito esteja relacionada dolosamente.

Assim, se o agente incapaz de culpa cometer um fato ilícito de modo negligente, só poderá ser punido por um crime negligente⁶⁹. Então, a doutrina majoritária exige um momento de culpabilidade (dolo ou culpa), na fase de imputabilidade, em relação ao resultado típico, e não só em referência ao ato correspondente ao momento antecipado de tornar-se inimputável.

Insta observar, apesar da discordância doutrinária existente entre o modelo de tipo e o modelo da exceção, que os partidários de ambos os modelos concordam que o ilícito praticado em situação de inculpabilidade constitui, por si só, o fundamento para a atribuição de uma pena ao sujeito voluntariamente incapaz de culpa⁷⁰.

2. O PROBLEMA MÉDICO-LEGAL DOS EFEITOS DO ALCOOLISMO E DA EMBRIAGUEZ

Inicialmente, devemos salientar que a embriaguez compreende-se como uma intoxicação alcoólica. Dessa forma, traremos o conceito genérico no que concerne ao alcoolismo, suas fases e classificação, bem como o liame existente entre justiça criminal, violência e alcoolismo para, então, adentrarmos no estudo específico da embriaguez.

67 BRITO, 1991: 149.

68 *Ibidem*, p. 149.

69 *Ibidem*, p. 151.

70 *Ibidem*, p. 154.

2.1. Conceito de alcoolismo

Desde os tempos mais remotos, a definição de alcoolismo está associada ao status social, uma espécie de “alicerce” entre as relações e interações sociais. Todavia, o termo alcoolismo proposto pelo médico suíço Magnus Huss, em 1849, como “o conjunto de manifestações patológicas do sistema nervoso, nas esferas psíquica, sensitiva e motora”, é definido como uma doença mental⁷¹.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu, oficialmente em 1956, a doença do alcoolismo como “qualquer forma de ingestão de bebidas alcoólicas que ultrapasse em quantidade as habituais tradições dietéticas ou os costumes socialmente aceites na globalidade duma comunidade, sem deixar de considerar os fatores etiológicos conducentes a determinados comportamentos, e também na medida em que determinados fatores etiológicos estão dependentes da hereditariedade, constituição, ou foram adquiridos por influências fisiopatológicas e metabólicas”⁷².

Dessa forma, o alcoolismo é o termo que determina as anomalias clínicas procedente de intoxicações exógenas, pelo consumo excessivo e continuado de bebidas alcoólicas⁷³, desencadeado principalmente por fatores biológicos, sociológicos ou psicológicos.

O Professor Dias Cordeiro⁷⁴ refere-se ao alcoolismo como “uma patologia multifactorial que não se pode resumir à interação de uma molécula química (C₂H₅OH/Etanol) com o cérebro, mas que compreende também dimensões comportamentais e sociais inscritas no ciclo da vida de um ser humano”.

O termo alcoolismo não consta mais na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID) publicada pela OMS. Atualmente, é definido como transtornos mentais e do comportamento decorrentes do uso de álcool.

O uso excessivo do álcool foi definido pela 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), da OMS, como “um conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após o uso repetido de álcool, tipicamente associado”⁷⁵.

⁷¹ RAMOS; BERTOLOTE, 1997: 240.

⁷² CORDEIRO, 2011: 322.

⁷³ CROCE, 2012: 135.

⁷⁴ CORDEIRO, 2011: 314.

⁷⁵ Centro de Informações sobre Saúde e Álcool (CISA). Disponível em: <<http://cisa.org.br/artigo/4010/-que-alcoolismo.php>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

A causa real dos transtornos mentais e do comportamento decorrentes do uso de álcool é desconhecida, porém, existem algumas teorias que tentam explicar a causa dessa dependência. A primeira teoria (biológica) refere-se a causas biológicas inatas, ocorrendo uma perda de controle provocada por uma quantidade inicial de álcool e esse descontrole seria involuntário e também estaria ligado a causas genéticas⁷⁶.

A segunda teoria (psicológica) refere-se a um comportamento inadequado que foi adquirido. O indivíduo faz uso do álcool para atenuar a ansiedade, o medo e a insegurança, por exemplo. Constituiria um fenômeno consecutivo a um distúrbio psicológico subjacente⁷⁷.

Por sua vez, a terceira teoria (social) aduz que as causas interpessoais, como família e amigos, teriam um efeito na influência do alcoolismo. Uma das fundamentações seria que o alcoolismo atinge todas as classes sociais, assim como as normas culturais têm papel decisivo no desenvolvimento do alcoolismo⁷⁸.

Não obstante, é difícil explicar a causa da dependência do uso de álcool, mas é certo afirmar que o álcool é de uso universal e que seu uso atinge o homem em vários aspectos, como familiar, econômico e social.

2.1.1. Fases do alcoolismo

O efeito do alcoolismo se processa, de acordo com os Relatórios Técnicos da Organização Mundial de Saúde e dos Comitês Técnicos da Saúde Mental e sobre o Álcool e Alcoolismo, em quatro fases, seguindo a análise feita por Jellinek, que utilizou as letras do alfabeto grego para classificar os níveis de alcoolismo: 1^o) Fase pré-alcoólica sintomática ou fase *alfa*: dura de meses a dois anos. Inicia-se pelo uso social, é utilizado como fator desinibitório das relações interpessoais e os sintomas são pura e exclusivamente físicos⁷⁹; 2^o) Fase prodrômica ou *beta*: nesta fase, instalam-se complicações físicas, como gastrites e cirroses, mesmo que não haja dependência física ou psicológica. Geralmente, o indivíduo tem o hábito de beber escondido acompanhado de alguns sentimentos, como culpa e vergonha, além da possibilidade de ocorrer perdas de consciência, com períodos de amnésia consecutiva⁸⁰; 3^o) Fase crucial ou *gama*: é nesta categoria que se caracterizam

76 WOELFERT, 2003:134.

77 *Ibidem*, p. 134.

78 WOELFERT, 2003:134.

79 CROCE, 2012:135.

80 *Ibidem*, p. 135.

os alcoólicos crônicos, tendo em vista que o consumo de álcool se torna exagerado e o comportamento agressivo. Ainda, existe um aumento à tolerância de álcool e a perda de controle sobre o consumo⁸¹; 4º) Fase crônica ou *delta*: o indivíduo entra num processo degradatório físico, psíquico e social, podendo desenvolver psicose alcoólica, com apresentação do *delirium tremens* e de alucinações visuais e, ainda, inabilidade de abstinência⁸².

A compreensão de alcoolismo como doença é vital para que haja interação entre o sistema legal com os modelos médicos da doença-dependência do álcool.

2.1.2. Classificação de alcoolismo

A reação concreta ao álcool depende de uma multiplicidade de fatores individuais e externos, como, por exemplo, fatores anátomo-patológicos e bioquímicos do organismo que geram diversas reações ao álcool consoante as pessoas ou até no mesmo indivíduo em tempos diferentes⁸³.

Deste modo, o álcool ingerido em porções variáveis, sob influência de determinadas condições, flui no organismo, de forma prejudicial, ocasionado desde a simples embriaguez até a psicose alcoólica⁸⁴.

Como veremos a seguir, a intoxicação alcoólica compreende: embriaguez normal, dividindo-se em três fases (excitação, confusão e sono); alcoolismo como forma de embriaguez patológica; e o alcoolismo crônico, que apresenta as psicoses alcoólicas. Analisaremos, primeiramente, o alcoolismo crônico, para então, em seguida, entrarmos no estudo específico da embriaguez.

2.1.3. Alcoolismo crônico e psicoses alcoólicas

O alcoolismo crônico, causado pelo o abuso prolongado de bebidas alcoólicas, pode conduzir a perturbações mentais permanentes. Caracteriza-se pela presença de sintomas neurológicos e somáticos, juntamente com anomalias ou manifestações psíquicas anormais permanentes⁸⁵.

O fato de ingerir grandes quantidades de bebida alcoólica diariamente não define o alcoolismo crônico. É necessário haver a presença de sintomas nervosos e psíquicos permanentes para diagnosticar a doença. Alguns

81 CROCE, 2012: 136.

82 *Ibidem*, p. 136.

83 SANTOS, 1968: 27.

84 CROCE, 2012: 141.

85 LOPES SAIZ; CODÓN, 1951: 267.

dos sintomas aparentes são: dilatação das veias do nariz, a faringe fica irritada e seca, e desconforto estomacal. Todavia, o órgão que mais sofre lesões é o fígado, apresentando uma hipertrofia típica, que muitas vezes termina em uma degeneração ocasionando atrofia do órgão⁸⁶. Entre os transtornos neurológicos, aparece o tremor, a imprecisão dos movimentos, contrações musculares, dores variáveis, zumbido no ouvido, entre outros sintomas.

Saliente-se que o viciado no álcool é caracterizado por um empobrecimento moral e irritabilidade doentia⁸⁷. Torna-se desconfiado, egoísta, mentiroso, passa rapidamente da maior exaltação à mais profunda depressão⁸⁸.

Insta observar que o alcoolismo crônico muitas vezes ligado à mendacidade pode dar início a um estado de “defeito” da personalidade que influencia um alcoólico que cometeu um delito em uma situação de inimputabilidade parcial, como veremos no capítulo seguinte⁸⁹. É importante destacar que o alcoolismo crônico por si só não é uma infração, visto que a transgressão repõe a ideia de desobediência⁹⁰.

A natureza da delinquência muda conforme o caráter do alcoolismo, podendo questionar-se a situação de perigosidade em 20% dos casos⁹¹.

O alcoolismo crônico pode ainda conduzir a vários tipos de perturbações mentais agudas. As principais são: **1) Delírio alcoólico**: se subdivide em subagudo, agudo e superagudo. Ocorre em consequência de copiosos excessos e, ao contrário, pela supressão do álcool⁹². A fase subaguda, mais frequente à noite, reveste-se de periculosidade porque o paciente tem insônia, gerando uma irritação, possuído por um delírio assustador, reagindo com violência; a fase aguda é menos intensa, também ocorre insônia e ideias delirantes, mas nesta fase o que pode ocorrer é o suicídio; na fase superaguda, o paciente apresenta um estado de desagregação mental, estado de insensibilidade ao meio em que vive e confusão mental⁹³; **2) Alucinoses alcoólicas**: igualmente cognominadas loucura alucinatória dos bebedores (Kraepelin) e alucinação aguda alcoólica (Wernicke), aparecem em consciência vigil ou com uma leve alteração da consciência, acompanhada de alucinações auditivo-

86 LOPES SAIZ; CODON, 1951:267.

87 SANTOS, 1968: 33.

88 *Ibidem*, p. 34.

89 CORDEIRO, 2011:331.

90 *Ibidem*, p. 331.

91 *Ibidem*, p. 329.

92 CROCE, 2012: 150.

93 *Ibidem*, p. 151.

-verbais e visuais, guardando relação com as psicoses endógenas, como a esquizofrenia⁹⁴; **3) Depressão alcoólica aguda:** surge após um período prolongado de intensa intoxicação pelo álcool, autodepreciação, instabilidade emocional exagerada, podem levar o alcoólatra ao suicídio⁹⁵; **4) Delírio de ciúmes:** é a psicose mais perigosa apresentada pelo alcoolista crônico com frequente risco de homicídio, apontando um comportamento agressivo, exteriorizado pela associação de ideias de perseguição com o ciúme; é a origem próxima de crimes violentos de agressão. Neste tipo de psicose, é justificável um tratamento compulsivo⁹⁶; **5) Psicose de Korsakow:** caracteriza-se por uma amnésia sempre intensa, desencadeada pelo consumo abusivo e crônico do álcool em pessoas mal alimentadas. O vazio mnésico muitas vezes é substituído por confabulações⁹⁷. Nestes casos, a delinquência é diminuta. **6) *Delirium tremens*:** ocorre normalmente depois de um prolongado abuso de bebidas alcoólicas e o motivo desencadeante é muitas vezes a subalimentação ou abstinência completa⁹⁸. Os sintomas característicos deste estado de autêntica loucura são: excitabilidade, insônias e alucinações pavorosas⁹⁹. Depois da crise, os pacientes entram num estágio de completa amnésia. O *delirium tremens* constitui a mais séria das complicações do alcoolismo crônico e é a síndrome clínica alcoólica mais comum¹⁰⁰. **7) Demência alcoólica:** o portador desta psicose tem um alto grau de degradação humana. Não possui um julgamento lógico, liberdade de apreciação e decisão, o vício torna-o violento e ameaçador com o afã de conseguir dinheiro¹⁰¹. Sob análise genérica, podemos dizer que na sua maioria são frequentadores assíduos de prisões, hospitais e hospícios, sendo necessário, em determinados casos, a aplicação de medidas de segurança.

Nesse diapasão, é fundamental realizar uma separação cautelosa entre pessoas que sofrem de alcoolismo e aquelas que visivelmente não são responsáveis pelos seus comportamentos em virtude de possuírem uma anomalia psíquica¹⁰². Não pode existir *mens rea* caso o estado mental do infrator, no momento da prática do ato, seja tão diminuto, “defeituoso” ou doente

⁹⁴ CROCE, 2012:151.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁹⁶ CORDEIRO, 2011: 331.

⁹⁷ LOPES SAIZ; CODON, 1951:268.

⁹⁸ CROCE, 2012: 155.

⁹⁹ SANTOS, 1968: 34.

¹⁰⁰ SILVA, 2011: 62.

¹⁰¹ CROCE, 2012: 155.

¹⁰² CORDEIRO, 2011: 328.

psiquicamente a ponto de tê-lo privado da capacidade de uma intenção racional, não compreendendo a natureza e a consequência dos seus atos.

2.2. Conceito de embriaguez sob a ótica médico-legal

Para que se compreenda a exclusão de imputabilidade, como veremos à frente, e a aplicação da *actio libera in causa*, fazem-se necessárias considerações sobre o conceito de embriaguez e suas classificações.

À luz da Medicina Legal, parafraseando Delton Croce Junior: “[é] o conjunto de manifestações psicossomáticas resultantes da intoxicação etílica aguda, de caráter episódico e passageiro”¹⁰³.

Sob a análise da Psiquiatria Forense, o Professor Dias Cordeiro aduz que o estado de embriaguez constitui uma intoxicação alcoólica aguda e os sintomas de intoxicação aguda têm uma ampla variação individual, a depender do sexo, estado físico, ingurgitação no estômago, bem-estar ou mal-estar psíquico do indivíduo¹⁰⁴. Diversas manifestações comportamentais podem surgir devido à ação do etanol nas células cerebrais.

Assim, a intoxicação aguda produzida no corpo humano pelo álcool ou por substâncias de efeitos análogos assinala uma síndrome psicorgânica, caracterizando um elenco de perturbações resultante do uso imoderado de bebidas alcoólicas, que, por sua vez, realça manifestações físicas, neurológicas e psíquicas.

Por questões médico-didáticas, a doutrina aparta a embriaguez em simples e complicada (patológica), baseando-se no grau de alcoolemia e nos sintomas clínicos.

2.2.1. Embriaguez Simples

A embriaguez simples é dividida em três fases conforme a sua intensidade. Isso porque, do ponto de vista médico, existe uma dificuldade em reconhecer limite nítido de separação entre os períodos da embriaguez.

A primeira fase, de excitação psicomotora, conhecida também pela doutrina como a fase do macaco, é a ebriedade subaguda ou incompleta¹⁰⁵, com 1-2 g. de álcool no sangue¹⁰⁶. Manifestam-se apenas alterações psíquicas, ou seja, o indivíduo torna-se falante, eufórico, loquaz, mas ainda existe uma certa consciência frenando-lhe os atos e determinando ainda comportamento social¹⁰⁷.

¹⁰³ CROCE, 2012: 141.

¹⁰⁴ CORDEIRO, 2011: 323.

¹⁰⁵ CROCE, 2012: 142.

¹⁰⁶ CORDEIRO, 2011: 323.

¹⁰⁷ WOELFERT, 2003: 140.

Na segunda fase, de confusão, aguda ou do leão, ocorre uma descoordenação motora com depressão cerebral, com mais de 2 g. de álcool no sangue¹⁰⁸. Começam a surgir sinais de comprometimento neurológico: disartria, perturbação da coordenação motora, diminuição dos reflexos, etc.¹⁰⁹. Nesta fase, que constitui periculosidade, o indivíduo torna-se insolente e agressivo, e produz ofensas morais a terceiros. Os atos reflexos estão precocemente prejudicados e reduz-se a capacidade de condução de automóveis¹¹⁰.

Por último, a terceira fase é a chamada período do sono, do porco ou superaguda, caracterizada por coma alcoólico, e com nível de álcool superior a 3 g.. O indivíduo torna-se sonolento, insensível a todas as excitações motoras ou sensoriais. Aumenta a frequência cardíaca, baixa a pressão arterial, ocorre coma e morte por parada respiratória¹¹¹. A saída do coma após algumas horas tem como consequência a amnésia lacunar. Saliente-se, segundo a opinião médica, que o ébrio que se encontra nesta fase é incapaz de delinquir, tornando-se potencial vítima de um crime devido ao seu estado físico e mental.

Em resumo, a sintomatologia característica da embriaguez (alcoolicismo agudo simples), varia de um sujeito para outro, de acordo com a sua forma ou em sua intensidade. A importância jurídica que tem a comprovação da embriaguez é essencial, observando os sintomas descritos em cada uma das fases, bem como através de outros métodos mais objetivos, como a determinação da quantidade de álcool no sangue pelo ar aspirado e também através do exame de sangue¹¹².

2.2.2. Embriaguez Patológica ou Complicada

A embriaguez patológica reveste-se de importância médico-legal porque se manifesta nos descendentes de alcoólatras, em indivíduos predispostos com personalidade psicopata, arremetendo acessos furiosos e atos de extrema violência¹¹³, degradação ética e social favoráveis a roubo e vadiagem. A embriaguez patológica pode ser secundária ao alcoolismo crônico, podendo ser diagnosticadas alterações orgânicas (início de deterioração intelectual, traumatismos cranianos e epilepsia) por meio da imagiologia cerebral¹¹⁴.

¹⁰⁸ CORDEIRO, 2011: 324.

¹⁰⁹ WOELFERT, 2003: 140.

¹¹⁰ CORDEIRO, 2011: 324.

¹¹¹ WOELFERT, 2003: 140.

¹¹² LOPES SAIZ; CODON, 1951: 263.

¹¹³ CROCE, 2012: 142.

¹¹⁴ CORDEIRO, 2011: 325.

Trata-se de uma forma especial de intoxicação alcoólica aguda complicada, criadora de transtornos psíquicos manifestados por formas que se estendem desde a excitação eufórica até o estupor e o coma alcoólico¹¹⁵.

A embriaguez patológica ou complicada compreende quatro tipos: 1) embriaguez agressiva e violenta: o ébrio torna-se agressivo e violento, apresenta um quadro psicótico¹¹⁶. A violência exacerbada leva estes indivíduos a um comportamento brutal, imprevisto, impulsivo, etc. e pode ser desencadeada por motivos externos de total insignificância¹¹⁷; 2) embriaguez excito-motora: o alcoólatra é acometido de um acesso de raiva destrutiva seguido de amnésia lacunar; outra evolução é a resolução através do coma¹¹⁸; 3) embriaguez convulsiva: arrebatamento assolador seguido de crises epileptiformes¹¹⁹; 4) embriaguez delirante: atividade psíquica que surge sob forma de delírios, com ideias de autoacusação e de autodestruição, sobrevivendo tendência ao suicídio, essencialmente internalizado no contexto de uma culpabilidade delirante¹²⁰.

Ressalte-se que a embriaguez patológica configura verdadeira psicose e, portanto, deve ser tratada como doença mental, aplicando-se medida de segurança quando necessário.

Em suma, a embriaguez e o alcoolismo são fenômenos sociais comuns a todos os países e em todos eles revela-se a preocupação do abrigo jurídico dos comportamentos individuais, socialmente relevantes, condicionados por tais fenômenos. O álcool é um dos fatores ambientais que mais influencia e favorece na prática de delitos. Existe uma relação causal entre a ingestão do álcool e o comportamento criminoso¹²¹.

3. EMBRIAGUEZ E A IMPUTABILIDADE PENAL

Ultrapassada a análise dos efeitos do álcool no organismo sob a ótica médico-legal, daremos continuidade ao estudo em relação à imputabilidade, observando a responsabilidade jurídico-criminal do indivíduo que pratica um delito em estado de embriaguez.

Ab initio, trazemos a lúmen a noção de imputabilidade, à luz dos ensinamentos do Professor Eduardo Correia, como sendo um “conjunto de

115 CROCE, 2012: 143.

116 *Ibidem*, p. 143

117 LOPES SAIZ; CODON, 1951: 266.

118 CORDEIRO, 2011: 325.

119 CROCE, 2012: 143.

120 *Ibidem*, p. 143

121 CORDEIRO, 2011: 327.

qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura ao agente por ele não ter agido doutra maneira”¹²². Eduardo Correia refere-se ao aspecto endógeno do crime, levando em conta os efeitos na vida psíquica.

Verifica-se no ordenamento penal em geral que, para haver imputabilidade, exige-se normalidade psíquica do agente no momento da prática do crime para que ele possa ser objeto de sanção penal¹²³. Todavia, a embriaguez é um estado transitório de anomalia psíquica, ocorrendo vários graus e tipos de embriaguez, sendo em algumas vezes considerada causa de exclusão de culpabilidade. Por outro lado, em algumas legislações, pondera-se se tal anomalia, além de ser transitória, é, na maioria dos casos, devida à culpa do agente¹²⁴.

É apropriado dizer que não existe uma dicotomia entre o termo “anomalia psíquica” e “doença mental”. Sobre tal questão, Carlota Pizarro de Almeida aduz que o legislador português, ao consagrar no artigo 20º, nº 1 do Código Penal, o termo “anomalia psíquica”, quis abarcar qualquer alteração da mente, inclusive devido à intoxicação induzida por estupeficientes, desde que ocasione os efeitos invocados, ou seja, a incapacidade de avaliar a ilicitude ou de determinar-se de acordo com essa avaliação¹²⁵ ou, conforme Curado Neves define, seria uma falta de capacidade de motivação¹²⁶. Prosseguindo o entendimento da eminente professora, é indiferente que se trate de uma “doença mental” ou de uma perturbação provocada por substâncias exógenas ainda que dolosamente, com a única exceção em relação ao fato ilícito praticado (*actio libera in causa*) de acordo com o art. 20º nº, do Código Penal¹²⁷.

Assim sendo, seguindo a orientação do Professor Eduardo Correia¹²⁸, a própria natureza da imputabilidade exige um critério misto, constituído pelo elemento biológico, nominado também de psicopatológico ou psiquiátrico-psicológico¹²⁹, e o elemento normativo ou valorativo da imputabilidade, trivialmente citado pela doutrina como psicológico, que abarca a capacidade de motivação. A junção desses dois elementos é denominado biopsicológico pela doutrina.

122 CORREIA, 2015: 331.

123 SANTOS, 1968: 35.

124 *Ibidem*, p. 35.

125 ALMEIDA, 2003: 109.

126 NEVES, 2008: 24.

127 ALMEIDA, 2003: 109.

128 CORREIA, 2015: 337.

129 BALBINO, 2015: 80.

3.1. Imputabilidade e o elemento biológico (psiquiátrico-psicológico) – perturbações da vida mental provocadas por psicoses alcoólicas

O elemento da imputabilidade psiquiátrico-psicológico – doenças mentais ou anomalias psíquicas – refere-se aos fenômenos psicopatológicos, ou seja, ao estudo das doenças mentais nos seus mais variados aspectos. Sobre a análise da imputabilidade do ponto de vista biológico, devemos considerar os tipos de alcoolismo, o grau e a intensidade, conforme visto no capítulo anterior, como exigências postas à afirmação da imputabilidade.

O que está em causa nos fenômenos psicopatológicos é distinguir o homem anômalo e o não anômalo, acima de tudo quanto ao aspecto da regeneração e da desagregação cerebral. Nas psicoses alcoólicas, como *delirium tremens*, que ocorrem habitualmente em consequência do abuso crônico e contínuo do álcool, independentemente de existir dependência ou não, como todas as psicoses agudas, não há imputação¹³⁰. As psicoses alcoólicas são psicoses exógenas, ou seja, alterações na mente do indivíduo que se desenvolvem a partir de causa exterior, por meio da ingestão de substâncias tóxicas¹³¹.

Logo, essas manifestações como alucinações ou perturbações paranoides podem corresponder a manifestações de demência, isto é, assumem, para efeitos de inimputabilidade, o mesmo relevo que teriam se tivessem advindo, por exemplo, de uma psicose endógena¹³².

Assim, o indivíduo/autor do crime que for considerado toxicod dependente e, por força dessa dependência causada pelo consumo prolongado de álcool, incluindo outras substâncias tóxicas, tenha ou possa ter as suas capacidades afetadas, deve ser encarado como inimputável, à luz do regime previsto para as anomalias psíquicas permanentes ou duradouras¹³³, conforme artigo 20º, números 1 e 2 do Código Penal português, e artigo 26º do Código Penal brasileiro.

O Professor João Curado consagra a inimputabilidade como causa de exclusão da culpa quando o sujeito apresenta uma condição psíquica anormal, ao menos no momento da prática do fato, fazendo jus ao princípio de que só indivíduos plenamente responsáveis pelos seus atos

¹³⁰ CORDEIRO, 2011: 330.

¹³¹ BALBINO, 2015: 84.

¹³² NEVES, 2003: 147.

¹³³ ALMEIDA, 2003: 116.

podem ser criminalmente sancionados¹³⁴. Insta alegar que a inimputabilidade só aparece quando a intoxicação alcoólica é de tal amplitude que estimula uma desordem no campo mental do indivíduo, havendo uma similitude à doença mental grave e, nesse aspecto, é que pode surgir a prática de crimes sem motivo visível e sem ligação com a situação em que o agente se encontra¹³⁵.

Visto isso, vale dizer que a inimputabilidade em razão da anomalia psíquica está intimamente ligada à condição em que o sujeito se encontrava no instante da prática do fato e, nos casos de crimes praticados por indivíduos alcoolizados, seguindo os ensinamentos do Professor Curado Neves, não há razões para crer que o indivíduo em tais circunstâncias perca por completo a capacidade de compreensão, já que o indivíduo simplesmente alcoolizado não sofre essa mudança brusca em sua estrutura mental¹³⁶.

3.2. Imputabilidade penal e o elemento normativo

O elemento normativo ou psicológico compreende-se como entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, nos casos em que o sujeito apresente alguma anomalia psíquica transitória causada pela embriaguez, faz-se mister, ainda, que exista prova de que o transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (elemento intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (elemento volitivo) à época do fato típico penal.

Deveras, o sistema de provas, tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento luso, incumbe o juiz de ofertar exclusivamente a decisão acerca da inimputabilidade e imputabilidade, não estando o julgador adstrito ao laudo pericial. Portanto, não é ao acaso que a norma aduz o termo “inteiramente incapaz”, indicando valoração normativa e delimitando a inimputabilidade¹³⁷. Cabe assim afirmar que nem todas as doenças mentais ou anomalias psíquicas são capazes de subtrair a imputabilidade normativa.

Ainda que o juízo negativo da imputabilidade - inimputabilidade dependa da colaboração das diversas áreas da Medicina, é imprescindível que adicione complemento normativo por motivos de o transtorno mental

134 NEVES, 2003: 135.

135 *Ibidem*, p. 140.

136 *Ibidem*, p. 141.

137 BALBINO, 2015: 110.

conceituado na ciência médica não corresponder ao conceito de inimputabilidade normativa nem doença mental em sentido estrito¹³⁸.

Neste diapasão, a valoração da inimputabilidade não se assenta na perspectiva biopsíquica naturalística¹³⁹. O laudo pericial servirá ou não para auxiliar na formação do juízo valorativo do julgador, uma vez que este poderá fundamentar a sua decisão com base no elemento normativo da imputabilidade.

3.3. A imputabilidade e a embriaguez no ordenamento jurídico penal brasileiro

Adentrando nas questões acerca da organização do sistema de inimputabilidade e imputabilidade do Código Penal brasileiro, analisaremos o problema da embriaguez quando esta for completa ou incompleta na modalidade voluntária ou culposa, punível, bem como nos casos de embriaguez completa não punível. Subsequentemente, discorreremos também sobre a imputabilidade da embriaguez preordenada (*actio libera in causa*), apesar de a doutrina não questionar a sua punibilidade.

No âmbito do Direito Penal brasileiro, podemos analisar a embriaguez na seguinte ordem: a embriaguez punível; a embriaguez excludente de culpabilidade; e, por último, como causa de diminuição de pena. Distintamente do Código Penal português, o Código Penal brasileiro fraciona a embriaguez em várias espécies, quais sejam: não acidental, acidental (fortuita ou força maior), patológica ou preordenada.

3.3.1. Embriaguez punível

Constante no art. 28, inciso II, do Código Penal brasileiro, a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal. A norma não proíbe a ingestão de bebidas alcoólicas, mas indica que, caso ocorra a prática de crime no estado “anomalia psíquica” transitória, não se alterará o grau de responsabilidade penal do agente.

Há embriaguez voluntária ou intencional (dolosa) quando o agente ingere bebidas alcoólicas com a intenção de embriagar-se. A sua intenção não é cometer um ilícito penal, mas ânimo de descomedir-se aos limites permitidos para a ingestão do álcool¹⁴⁰. Por outro giro, será culposa a embria-

¹³⁸ BALBINO, 2015: 107.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 113.

¹⁴⁰ MASSON, 2012: 467.

guez quando decorrer do consumo imprudente do álcool, ou seja, a vontade do agente é somente beber, e não embriagar-se¹⁴¹.

Insta observar que os tribunais brasileiros, muitas vezes, adotam uma postura equivocada, haja vista não observarem se houve ou não previsibilidade do fato anteriormente à embriaguez, punindo-se da mesma forma, sem qualquer reflexão¹⁴². A atitude de alterar de maneira voluntária ou culposa o biopsíquico com bebidas alcoólicas não corresponde à inimputabilidade penal.

3.3.2. Embriaguez como excludente de culpabilidade

É uma forma de embriaguez que pode excluir a culpabilidade por inimputabilidade por apresentar-se no momento da ação como genuína anomalia psíquica.

Analisando as questões que excluem a culpabilidade, podemos salientar, dentro da órbita penal brasileira, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, de acordo com o artigo 28, parágrafo 1º, do Código Penal.

Na hipótese de caso fortuito, o fundamento da impunibilidade reside na imprevisibilidade do resultado. Incorre por acidente, não há negligência, culpa ou imprudência¹⁴³. O sujeito não percebe ser tomado pelo álcool ou desabe uma condição fisiológica que o torna subordinado às consequências da ingestão do álcool. Exemplo doutrinariamente consagrado de embriaguez acidental por caso fortuito é o do sujeito que mora ao lado de uma destilaria de aguardente e aos poucos acaba embriagado pelos vapores da bebida que inala sem saber¹⁴⁴.

O ilícito praticado por caso fortuito não implica uma vontade e, por isso, não existe crime, tendo em vista que o mal causado ocorreu por acidente¹⁴⁵.

Por sua vez, a embriaguez oriunda de força maior prevê uma força externa ao agente, que lhe obriga o consumo. Advém da inevitabilidade do resultado danoso, independe do controle ou da vontade do agente. Em suma, a punibilidade de um fato típico é afastada diante de um impedimento impossível de evitar, caracteriza-se pela inevitabilidade, embora previsível.

141 BITENCOURT, 2009: 93.

142 *Ibidem*, p. 94.

143 ALVES, 2014: 825.

144 MASSON, 2012: 467.

145 ALVES, 2014: 825.

Relativamente à força maior, distinguem-se as hipóteses que decorrem da coação física ou moral irresistível (ameaça e medo), o indivíduo é forçado a ingerir uma substância tóxica de qualquer natureza¹⁴⁶ ou o agente é amarrado e injetam em seu sangue grande quantidade de álcool¹⁴⁷.

Cabe ressaltar que se a embriaguez accidental for completa, capaz de ao tempo da conduta ilícita tornar o sujeito inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, acarretará em irresponsabilidade penal. A distinção entre essas duas subespécies da embriaguez accidental não trará qualquer relevante consequência, de tal sorte que o real interesse jurídico-penal residirá na compreensão da hipótese como de embriaguez accidental.

Nessas circunstâncias, o juiz absolve e não aplica a medida de segurança se for comprovado que o agente estava impossibilitado de cumprir o dever e autodeterminar-se conforme a lei¹⁴⁸.

3.3.3. Embriaguez como causa de diminuição da pena

Os casos de embriaguez accidental incompleta, provenientes de caso fortuito ou força maior, de acordo com o art. 28º, parágrafo 2º, do CP brasileiro, preveem causa de diminuição da pena no caso de transtorno mental parcial e inesperado que restringe a capacidade de motivação.

Nessas situações, o julgador reduzirá a pena de acordo com todo o conjunto probatório e prova confirmatória de que a imprevisibilidade e a inevitabilidade foram determinantes para restringir a capacidade de motivação.

Destacam-se três formas probatórias para comprovação da embriaguez: exame laboratorial, que revela a quantidade de álcool presente no organismo (urina, sangue, saliva, etc.), ressaltando-se que o agente não é obrigado a produzir prova contra si mesmo; exame clínico, que constitui a análise pessoal do sujeito, comprovando dados da embriaguez que permite ao legista evidenciar os efeitos do álcool sobre a capacidade de julgamento e de autodeterminação do agente, por meio do hálito, controle emocional, equilíbrio físico, etc.; e a prova testemunhal, constituída de pessoas que deponham acerca da alteração de comportamento do agente ao tempo da ação. Essa prova, apesar de precária, é confiável e admissível¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BITENCOURT, 2009: 94.

¹⁴⁷ MASSON, 2012: 467.

¹⁴⁸ BALBINO, 2015: 93.

¹⁴⁹ MASSON, 2012: 468.

A inimputabilidade deriva de duas circunstâncias cumulativas, quais sejam: no momento do fato, o agente está acometido de alguma anomalia psíquica e essa anomalia produz efeitos sobre determinadas capacidades do agente, ou seja, essa perturbação mental dever ter aniquilado a capacidade para entender o caráter ilícito do fato (elemento intelectual) ou a capacidade para decidir não praticar o fato (elemento volitivo)¹⁵⁰. Neste caso, o agente será considerado inimputável quando este se encontrar privado de um ou de ambos os elementos (intelectual e/ou volitivo) em decorrência de uma anomalia psíquica¹⁵¹, englobando todas as formas de perturbação mental, derivadas tanto de fatores endógenos quanto exógenos.

3.3.4. Embriaguez preordenada e a teoria da *actio libera in causa* no ordenamento penal brasileiro

Amplas controvérsias têm-se permeado sobre o assunto, que é o das *actiones liberae in causa* (ações livres na sua causa). Como visto anteriormente, a embriaguez preordenada ou dolosa é aquela em que o agente propositadamente se embriaga para cometer uma infração penal, quer dizer, a embriaguez funciona como fator encorajador para a prática do delito.

A solução para a maioria da doutrina é aceita no sentido de que há plena responsabilidade do agente que pratica uma *actio libera in causa*. Todavia, alguns pensadores contestam tal responsabilidade, sustentando que o sujeito executa o ato lesivo com ausência de dolo, sendo impossível reconhecer a inimputabilidade nesses casos¹⁵². De igual modo, Zaffaroni afirma que a teoria da a.l.i.c. rompe com o princípio da legalidade, tendo em vista que a punição a título de dolo de qualquer indivíduo que se embriague para cometer um ilícito violaria o princípio mencionado¹⁵³.

Inferese ainda, contrariamente ao que defendemos, que Zaffaroni revela uma distinção entre “embriaguez preordenada” e “embriagar-se para cometer um crime”. Com a devida *venia*, para nós, os termos se fundem: o indivíduo propositadamente se embriaga para cometer um crime. Não existe um sentido diferente, como defendido pelo autor. Coadunamos com essa ideia ao tratarmos da embriaguez voluntária culposa ou dolosa, mas não nos casos de embriaguez preordenada, hipótese de *actio libera in causa* por excelência.

150 NEVES, 2003: 136.

151 *Ibidem*, p. 136.

152 GARCIA, 2010: 535.

153 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011: 465.

O Código Penal brasileiro em seu art.61, II, “I”, prevê a embriaguez preordenada como uma circunstância agravante genérica. Para aferir-se a imputabilidade penal nesses casos, a doutrina invoca a teoria da a.l.i.c., considerando-a como marco da imputabilidade no momento anterior à embriaguez.

Sendo assim, o *animus* de delinquir do agente é preexistente à prática da ação delituosa. O sujeito encontra na bebida alcoólica a coragem necessária para a prática do ilícito penal ou até a escusa que pensa ser devida para não acometer culpabilidade diante de sua ação.

Inobstante a exposição de motivos do Código Penal de 1940, ratificado quanto à questão da embriaguez na reforma de 1984, manifesta-se cristalinamente na aceção total da aplicabilidade da *actio libera in causa*.

Ademais, a jurisprudência dos tribunais brasileiros posiciona-se favoravelmente pela adoção da teoria da *actio libera in causa* nos casos de embriaguez preordenada, aduzindo que, para agravar a pena, não basta que o agente pratique o crime em estado de embriaguez, sendo necessário que tenha se colocado nesta condição de forma planejada (teoria da *actio libera in causa*), com o fim precípuo de praticar o delito.

3.4. Imputabilidade e a embriaguez no ordenamento jurídico penal português

Ao analisarmos perfunctoriamente a evolução legislativa do Direito Penal português acerca das questões relacionadas a crimes praticados em estado de inimputabilidade autoprovocada pelo consumo de bebidas alcoólicas, veremos que o Código Penal de 1886 previa a configuração do ilícito típico, perpetrado em estado de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída autoprovocada, como *actio libera in causa*: a.l.i.c preordenada, a.l.i.c. dolosa e a.l.i.c. negligente, diferenciando-se a responsabilidade penal conforme a embriaguez acontecesse antes ou após a decisão da prática do ilícito¹⁵⁴.

Diante da insatisfação das soluções consagradas pelo CP/86 a respeito da pluralidade do tratamento legal dos diversos crimes praticados sob a influência de bebidas alcoólicas, e também da impiedosa crítica doutrinária sobre a ideia de haver uma responsabilidade objetiva de punibilidade, pois a presunção de negligência evidenciava a noção do *versare in re illicita* como princípio de imputação¹⁵⁵, a Comissão Revisora do CP de 1982 aprovou a proposta de Eduardo Correia (autor do Anteprojeto) “da criação de um tipo

154 CARVALHO, 1999: 1108.

155 BRITO, 1991: 21.

de crime autônomo para o caso de o agente colocar em estado de completa inimputabilidade e nesse estado praticar um fato criminalmente ilícito”¹⁵⁶.

Por tais motivos, o CP de 1982 criou um tipo autônomo para os casos de o agente se autocolocar em incapacidade de culpabilidade, conforme era previsto no art. 282º e números. Contudo, tal artigo revelou-se de difícil interpretação, apresentando interpretações doutrinárias contraditórias¹⁵⁷ diante dos demais institutos legais vigentes à época.

Por essas razões, a Comissão Revisora do CP de 1982 decidiu esclarecer a situação, consagrando o atual art. 295 do Código Penal português, que trata de um tipo penal autônomo (crime de perigo abstrato concreto) e expõe de forma clara e objetiva seu conteúdo¹⁵⁸.

Na seara do Direito Penal português hodierno, a solução adotada pelo legislador acerca da embriaguez e a imputabilidade é a de que o ilícito típico reside na mera autocolocação em estado de inimputabilidade.

Assim, o legislador português tratou a imputabilidade do agente que pratica um delito em estado de perturbação mental transitória provocada pelo consumo do álcool, nos casos de embriaguez, sob a égide de duas hipóteses de *actio libera in causa*: forma dolosa, conforme a redação do art. 20º, nº 4, que consiste na ação voluntária do sujeito de provocar a exclusão da imputabilidade propositadamente para a prática do tipo penal; e na forma negligente, descrição típica do art. 295º, casos em que o sujeito se priva, dolosa ou negligentemente, da própria imputabilidade e neste estado de incapacidade de culpa realiza um ilícito penal. Destaca-se que a realização da incapacidade de culpa deve estar atrelada, de modo negligente, com a posterior produção de um resultado típico¹⁵⁹.

Preliminarmente, ao analisarmos a forma ampla do tipo penal autônomo previsto no artigo 295º do CP, veremos que o ilícito típico reside na mera autocolocação em estado de inimputabilidade por dolo (eventual) ou negligente, quer dizer, o que se pune é a “embriaguez”, e não a prática do ilícito criminal. O que se observa é que a embriaguez em inúmeras vezes está intimamente ligada a uma perigosidade que na atual conjuntura social já não é mais suportável¹⁶⁰.

156 CARVALHO, 1999: 1108.

157 Ibidem. p. 1108.

158 Ibidem, p. 1110.

159 BRITO, 1991: 157.

160 GARCIA; CASTELA RIO, 2014: 1108.

De acordo com Taipa de Carvalho, o crime de embriaguez e intoxicação que reside no art. 295º do CP é crime de perigo abstrato-concreto “cuja ilicitude é constituída, exclusivamente, pelo desvalor da (perigosidade) da conduta”¹⁶¹. Para constituir a imputação, exige-se uma condição objetiva de punibilidade, em que não existe qualquer ligação entre o agente, ao provocar a sua inimputabilidade, e o fato típico praticado nesse estado¹⁶².

Não se pode olvidar que o regime que dispõe o artigo 295º por vezes é criticável. João Curado aduz: “caso se quisesse abranger aqui todos os casos de embriaguez significativa, conduziria a uma atenuação injustificada da responsabilidade criminal em número muito significativo de crimes”¹⁶³. Ainda expõe um outro lado discutível, que, se restringir a inimputabilidade pela ingestão de substâncias tóxicas, a embriaguez assume um número restrito no âmbito de dimensões psicóticas¹⁶⁴. Além disso, é quase impossível compreender o significado do ato do sujeito que pratica um fato típico em estado de total embriaguez.

Ainda na mesma esfera de discussão acerca do art. 295º, a Professora Teresa Quintela trata como um caso de responsabilidade objetiva, renunciando completamente ao princípio da culpa, ferindo frontalmente o art. 1º da CRP em virtude da essencial ligação entre o princípio da culpa e a dignidade¹⁶⁵.

Por outro lado, José Henrique Pierangeli elogia a solução adotada pela legislação lusitana em relação ao tratamento dado à embriaguez e à imputabilidade. O autor evidencia duas soluções: de um lado, impede o *versari in re illicita* e, de outro, opta pela punição que a política criminal está a reclamar.

A respeito da a.l.i.c. preordenada, o direito penal português traz claramente no art. 20º, nº 4, uma a.l.i.c. em seu âmbito restrito. O crime de embriaguez é acessório em relação à ação livre na causa. O que se esclarece no presente artigo é que a inimputabilidade não será excluída quando esta tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o fato, havendo uma plena culpabilidade do sujeito em relação ao fato criminoso que veio praticar¹⁶⁶.

Assim, o agente, no momento da tomada de decisão (ação, preordenada), ao autoprovocar o estado de anomalia psíquica, encontra-se livre

161 CARVALHO, 1999: 1112.

162 Ibidem, p. 1112.

163 NEVES, 2003: 143.

164 Ibidem, 2003: 144.

165 BRITO, 1991: 8.

166 CARVALHO, 2008: 477.

para determinar a prática do fato ilícito posterior, momento este que se encontrará em plena incapacidade de culpa, inimputável. Sob esse contexto, observamos que a culpa se extrai da deliberação de autocolocar em estado de inimputabilidade.

Trata-se de uma exceção ao mandamento da coincidência temporal entre a inimputabilidade e o fato delituoso, tendo em vista que o agente utiliza-se de si mesmo, instrumentalizando-se, com o fim de realizar um fato almejado pela sua vontade¹⁶⁷, tornando-se mais verossímil esta compreensão ao realizarmos uma analogia com a autoria mediata, conforme visto antes.

A conclusão que se impõe é que o real pensamento do legislador foi o de reservar o art. 20º n.º 4 para as situações de a.l.i.c. dolosa e a responsabilidade que rege a realização desse ato só importará quando o inimputável executar, também dolosamente, o fato perpetrado. Além disso, a todas as outras hipóteses em que o sujeito se autocoloca em estado de inimputabilidade (distintas da a.l.i.c. dolosa prevista pelo artigo 20º n.º 4), e neste estado comete um tipo de ilícito, aplicar-se-á a norma prevista no art.295º do CP e, nesses casos, o agente não é punido pela infração cometida durante o estado de embriaguez, mas sim pelo fato da embriaguez culpável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pudemos constatar que o liame existente entre o uso de bebidas alcoólicas e a provocação de um crime sempre foi objeto de preocupação ao longo dos séculos, buscando-se um tratamento penal para essa situação.

No que tange ao estudo sobre a teoria da a.l.i.c., concluímos que seu alargamento para incluir as hipóteses de embriaguez voluntária e culposa cria uma situação de atribuição de responsabilidade objetiva dentro de um ordenamento baseado em um Direito Penal da culpabilidade. O desejo do agente de embriagar-se, ou sua imprudência, não pode se confundir com a designação criminosa.

Do ponto de vista da embriaguez alcoólica sob a ótica médico-legal, o que realmente importa para o ordenamento jurídico criminal é a relação do estado de imputabilidade ou inimputabilidade do agente que pratica um crime sob os efeitos de alguma espécie de embriaguez.

Por fim, no âmbito da imputabilidade penal nos casos em que o agente esteja possuído por uma intoxicação alcoólica, verificamos que a doutrina dominante adota o critério misto biopsicológico ou psiquiátrico-

¹⁶⁷ ALBUQUERQUE, 2008: 1152.

-psicológico normativo. O elemento biológico (psiquiátrico-psicológico) é uma aferição da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado; já o elemento normativo (psicológico) versa sobre a compreensão do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, devido a uma intensa alteração nos processos psíquicos de decisão, cabendo ao julgador a valoração das provas e a conclusão quanto à inimputabilidade normativa.

Em conclusões finais, expusemos sobre o tratamento jurídico penal da embriaguez tanto no ordenamento português quanto no brasileiro. Constatamos, no âmbito do Direito Penal brasileiro, que a embriaguez alcoólica é tratada nas seguintes hipóteses: embriaguez punível; a embriaguez excludente de culpabilidade; e, por último, como causa de diminuição de pena. Distintamente do Código Penal português, o Código Penal brasileiro fraciona a embriaguez em várias espécies, as quais são: não acidental, acidental (fortuita ou força maior), patológica ou preordenada e, neste último caso, aplica-se o instituto da *actio libera in causa*, ou seja, despreza-se o momento em que o crime foi praticado, considerando como marco da imputabilidade o período que antecede à embriaguez.

Por sua vez, o tratamento penal da embriaguez em Portugal é tratado sob dois aspectos: *actio libera in causa dolosa* e *actio libera in causa negligente*. Na primeira hipótese, a responsabilidade que rege a realização desse ato só importará quando o inimputável executar, também dolosamente, o fato perpetrado. Em todas as outras hipóteses em que o sujeito se autocoloca em estado de inimputabilidade, e neste estado comete um tipo de ilícito, o agente não será punido pela infração cometida durante o estado de embriaguez, mas sim pelo fato da embriaguez culpável.

Em suma, nosso entendimento é de que a opção lusitana demonstra uma evolução do ordenamento jurídico penal, sem deixar de observar exigências necessárias de uma política criminal. ❖

BIBLIOGRAFIA

ALAMO, Mercedes Alonso. La accion libera in causa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo XLII. Valladolid: Ministerio de Justicia, 1989.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ALMEIDA, Carlota Pizarro. Toxicodependência e inimputabilidade. In: MOURA, Vicente Dário (Coord.) **Problemas jurídicos da droga e da toxicodependência**. Lisboa: Editora Coimbra, 2003.

ALVES, Silva. **Punir e humanizar – o direito penal setecentista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. II. Tradução de Eudoro de Souza. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

BALBINO, Edilene Dias Virmeiro. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

BERTI, Natália. *Actio libera in causa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 900, p. 429-466, out. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. Petrópolis: Vozes, 1986.

BRITO, Teresa Quintela de. **Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada por via do consumo do álcool ou drogas (contributo para uma análise do artigo 282 do Código Penal à luz do princípio da culpa)**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.

BUSATO, Paulo César. Valoração Crítica da actio libera in causa a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal-Modernas tendências do sistema criminal**. Curitiba: FAE Centro Universitário, v.1, n. 2, jul./dez., 2009.

CARAMELO, Francisco. **As reflexões de São Tomás de Aquino sobre a embriaguez e as concepções bíblicas acerca do consumo do vinho**. v. VI. Douro: Estudos & documentos, 2001.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. v.1. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial**. Tomo II. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

CORDEIRO, José Carlos Dias. **Psiquiatria Forense**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

CROCE JUNIOR, Delton. **O alcoolismo e a lei**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Basileu. **Instituições – Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, M. Miguez; CASTELA RIO, J.M. **Código Penal. Parte Geral e Especial**. Lisboa: Almedina, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HURSCH, Joachim Hans. Acerca de la actio libera in causa. **Revista Penal Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica**. Toledo: La Ley, número 7, jan. de 2001.

_____. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Ed.). **Imputación Y Derecho Penal estudios sobre la teoría de la imputación**. Tradução: Francisco Baldó Lavilla. Navarra: Thomson, 2005.

LANDECHO VELASCO, Carlos Maria; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. **Derecho Penal Espanol**. Parte General. 8 ed. Madri: Tecnos, 2013.

LOPES SAIZ, Ignacio; CODON, José Maria. **Psiquiatria Jurídica Penal e Civil**. Burgos: Imprenta de Aldecoa Burgos, 1981.

MASSON, Cleber. **Direito Penal parte geral – esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

NEVES, João Curado. **A problemática da culpa nos crimes passionais**. Lisboa: Editora Coimbra, 2008.

_____. **Toxicodependência e inimputabilidade**. Vicente Dário Moura (Coord.) **Problemas jurídicos da droga e da toxicodependência**. Lisboa: Editora Coimbra, 2003.

QUEIRÓS, Narcélio. **Teoria da actio libera in causa e outras teses**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro Parte Geral**. 6 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crimes cometidos em estado de embriaguez**. v.1. Coimbra: Coimbra editora, 1968.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Sérgio de Paula; BERTOLOTE, José Manoel. **Alcoolismo hoje**. 3 ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte Geral**. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena *et al.* Madri: Thomson Civitas, 2008.

WOELFERT, Alberto Jorge Testa. **Introdução à Medicina Legal**. Porto Alegre: ULBRA, 2003.

ZAFFARONI, Raúl E. La embriaguez en El Derecho Penal. **Revista Criminalia**, ano XXXI, México: Ediciones Botas, junho de 1965.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A Importância da Cláusula de Mediação

Cristiane Dias Carneiro

Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getulio Vargas. Advogada no Rio de Janeiro. Autora de artigos sobre arbitragem e mediação. Palestrante e professora dos cursos de MBA e Pós-Graduação da FGV e da PUC-RJ. Mediadora certificada pelo ICFML - Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos.

RESUMO: Este artigo trata da mediação extrajudicial e da cláusula de mediação inserida em contratos. O Princípio da Autonomia de Vontade das Partes ganha destaque na cláusula de mediação. A participação da Administração Pública também é analisada do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação extrajudicial. Cláusula de Mediação e espécies. Princípio da Autonomia de Vontade. Administração Pública.

ABSTRACT: This article analyses the mediation clause written in contracts and its consequences. The parties' willingness is very important in this process. The Public Administration's participation in a mediation process is also studied.

KEYWORDS: Mediation. Mediation clause and its types. Voluntary Principle. Public Administration.

INTRODUÇÃO

A escolha por este tema decorre da necessidade em demonstrar a importância da cláusula de mediação no cenário brasileiro e as suas consequências, principalmente diante da nova Lei de Mediação (nº 13.140/2015), publicada em junho de 2015.

Partiu-se do pressuposto de que o leitor já está familiarizado com o instituto da mediação. Em alguns momentos, são feitas comparações entre os institutos da mediação e arbitragem, mas, quando necessário, esclarecimentos sobre este último instituto são prestados.

A Lei de Mediação faz menção expressa à cláusula de mediação e à sua finalidade. Alguns princípios da mediação também foram estudados para identificar a importância da cláusula de mediação e suas consequências.

O presente trabalho foca somente na mediação extrajudicial, pois na mediação judicial, conforme a Lei da Mediação, em alguns casos, como, por exemplo, direito de família, mesmo que não haja cláusula de mediação firmada pelas partes, o processo terá mediação judicial. O cenário analisado foi a cláusula prevendo mediação extrajudicial inserida em um contrato firmado entre particulares e/ou entes públicos.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES

Pode-se dizer que este é o princípio fundamental dos meios adequados de solução de controvérsias. Ninguém pode ser obrigado a participar de um meio se, em algum momento, com ele não concordou. Até mesmo na mediação obrigatória, este princípio prevalece, pois a obrigatoriedade está no comparecimento à primeira sessão/reunião, mas as partes escolhem se desejam permanecer ou não^{1 2}.

Destaca Fernanda Rocha Lourenço Levy³:

1 **TJ/RJ - 0035588-44.2015.8.19.0000** - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 16/07/2015 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS À CENTRAL DE MEDIAÇÃO. - A mediação é instrumento que visa evitar a judicialização dos conflitos, porque a solução não decorre de decisão imposta por um terceiro, mas é alcançada de forma autônoma e consensual pelas partes, sendo da própria essência do instituto que as partes estejam interessadas na solução pela via da autocomposição. - Neste âmbito, se alguma das partes não tem interesse na mediação a composição não será possível, como ocorre no caso em tela, em que a agravante manifesta expressamente sua discordância prévia a tentativa de solução alternativa para o conflito instaurado em face do agravado. - É importante notar que, embora a mediação seja desejável e deva ser estimulada pelo Poder Judiciário como mecanismo de resolução dos conflitos, não pode jamais ser imposta de forma obrigatória às partes. - Portanto, manifestada a discordância da agravante quanto à proposta de resolução da demanda por mediação, forçosamente reconhecer que a remessa dos autos à Central de Mediação apenas retardaria o feito, resultando em prejuízo para a parte, e ferimento dos princípios da celeridade e da economia processual. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO

2 **TJ/RJ - 0027507-09.2015.8.19.0000** - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 26/06/2015 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Demanda ajuizada em razão de problemas decorrentes da instalação de programa operacional de computador. Determinação de remessa da lide mediação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos. Resolução nº 19/2009 deste Tribunal determina a vontade como pressuposto para o procedimento. Inconformismo da Autora que deve ser acolhido para determinar o retorno dos autos ao Juízo a quo. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO.

3 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas – A mediação comercial no contexto da arbitragem**. Ed. Saraiva. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: 2013. p. 177.

A vontade das partes em tentar resolver o conflito no qual estão envolvidas, por meio do diálogo amigável facilitado pelo mediador, é a força matriz e motriz da mediação. (...), a mediação pode ocorrer tanto no âmbito estatal como no privado, mas em todos os casos, sempre lastreada no princípio da autonomia privada dos mediandos.

Conforme definição de Francisco dos Santos Amaral Neto⁴:

Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional....

Complementa Vivien Lys Porto Ferreira da Silva⁵:

A liberdade contratual para garantir segurança jurídica nos negócios jurídicos precisa estar limitada na ordem da supremacia da ordem pública.

Esta limitação transformou o princípio da livre manifestação da vontade no princípio da autonomia privada, segundo o qual as partes têm o poder de criar normas jurídicas individuais desde que haja respeito às normas que tutelam a esfera jurídica do próximo e na função social do contrato. Em outras palavras, as cláusulas contratuais estabelecidas entre sujeitos de direito devem sempre preservar as condições mínimas de uma existência digna para todas as partes contratantes e para os efeitos externos que todo e qualquer contrato causa.

A recente lei brasileira, publicada em junho de 2015, dispondo sobre a mediação (Lei nº 13.140/2015) determinou como princípios:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

⁴ *Apud* RICHE, Cristina Ayoub. **Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001. p. 127.

⁵ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. **A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais – Efetividade privada versus judicialização**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 46. ano 12. p. 177. São Paulo: Ed. RT, jul.-set.2015.

- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;**
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. **(grifo nosso)**

A manifestação do princípio da autonomia de vontade das partes costuma ser demonstrada, para a participação em um processo de mediação, pela via da cláusula de mediação.

Diferentemente da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015), a Lei de Mediação não fez diferenciação do tipo de convenção (dependendo do momento de sua assinatura) e nem da sua formalidade. Dispõe a Lei de Arbitragem:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Assim, a cláusula compromissória é a convenção de arbitragem assinada antes do surgimento do litígio. Enquanto o compromisso arbitral é a convenção de arbitragem firmada após o surgimento do litígio.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy⁶:

A convenção de mediação privada, em relação ao momento da estipulação e ao surgimento do conflito, se subdivide em cláusula de mediação, inserta no início da relação contratual, prevendo a possibilidade de surgimento de um conflito futuro, a ela relacionado, e compromisso de mediação, diante de um conflito contratual ou extracontratual já existente entre as partes.

A configuração da convenção de mediação nos remete à ideia da convenção de arbitragem, em suas modalidades cláusula arbitral e compromisso arbitral, aliás, subdivisão superada nos ordenamentos jurídicos que conferem eficácia idêntica às duas previsões, ou seja, instituir a arbitragem e afastar a jurisdição estatal.

Prossegue a autora⁷:

Também em relação à função desempenhada pela cláusula e pelo compromisso, podemos apontar um elemento diferenciador. Se pela cláusula de mediação, as partes objetivam construir a solução de eventual conflito de maneira independente e autônoma, evitando que a decisão seja proferida por terceiro (árbitro ou juiz togado), no contexto do compromisso, quando o conflito já está judicializado (e pode não estar), o objetivo é a retomada do poder das partes na condução do processo decisório. Assim, enquanto a previsão de mediação pela cláusula conduz a prevenção da jurisdicionalização do conflito, o compromisso tem função restauradora ao representar uma mudança de rumo no sentido da pacificação do conflito.

A Lei de Mediação simplesmente adotou o termo “Cláusula de Mediação”, mas observa-se que a lei se refere à manifestação em um contrato, antes do surgimento da controvérsia. A lei não faz a diferenciação do tipo

⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 171.

⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 185.

de convenção de mediação, como fez a Lei de Arbitragem, porém observa-se também que não há impedimento para a assinatura da convenção depois do surgimento da controvérsia.

A cláusula de mediação é a forma como as partes exercem a sua autonomia e manifestam a sua vontade em participar da mediação. Para participar da mediação, pouco importa se a manifestação foi demonstrada antes ou depois do surgimento da controvérsia.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy⁸:

Entende-se por convenção de mediação privada a previsão contratual realizada entre duas ou mais pessoas capazes, na qual fica estabelecido que as partes se comprometem a participar de um procedimento de mediação para tentarem resolver amigavelmente um conflito que verse sobre direito transacionável, existente, ou que venha existir entre elas, precedentemente à tutela jurisdicional estatal ou arbitral.

Ao contrário da cláusula de cortesia que estabelece deveres genéricos de entabular conversações de maneira amigável, como acima referido, a convenção de mediação prevê uma obrigação específica de solucionar o conflito existente ou futuro por meio da mediação.

Como a Lei de Mediação não exigiu, diferentemente da Lei de Arbitragem, que a cláusula fosse por escrito e expressa, nosso entendimento é que a cláusula de mediação pode estar presente, inclusive, em um contrato verbal, uma vez que, conforme previsto no artigo 107 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002):

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Tendo em vista que a Lei de Mediação não exigiu forma específica, não poderá o intérprete da lei fazê-lo.

Desta forma, o Plano de Mediação deverá delimitar os tópicos a serem tratados pelas partes e outras questões para o bom andamento da mediação. Conforme identifica Tania Almeida⁹:

⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 171.

⁹ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. p. 42.

A pauta de negociação se constrói a partir da identificação de interesses (manifestos e ocultos), necessidades e valores trazidos durante os relatos. São objetivos nesse momento: (i) tornar claros os temas objetivos e subjetivos que carecem de consenso – o recurso visual para elenca-los costuma ser de muito auxílio (quadro branco, negro ou *flipchart*); (ii) agrupar os diferentes assuntos e eleger sua ordem de abordagem no trabalho de ampliação de alternativas e escolha de opções.

O impacto esperado indicado pela autora é que¹⁰

Os mediandos reconhecem seus interesses, necessidades e valores retratados na pauta de negociação, em linguagem positiva, o que possibilita um maior distanciamento de sentimentos negativos que embasavam muitos de seus relatos na etapa anterior.

No entanto, Cristina Ayoub Riche¹¹ observa que o princípio da vontade sofre algumas limitações, dentre elas, os preceitos de ordem pública e bons costumes, e as imposições legais (por exemplo, com relação ao objeto. Conforme art. 3º da Lei de Mediação, só pode ser objeto de mediação os direitos disponíveis ou direitos indisponíveis, mas transigíveis. Mesmo que as partes queiram e exerçam o princípio da autonomia de vontade, elas não podem mudar).

ESPÉCIES DE CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO

A cláusula compromissória que prevê a arbitragem pode ser cheia ou vazia. Cheia é aquela que contém todos os elementos necessários para que as partes possam iniciar o processo de arbitragem. Vazia é aquela que não contém todos estes elementos.

Esta diferenciação também pode ser utilizada para a mediação. Assim, a cláusula de mediação cheia seria aquela que já oferece às partes a possibilidade de iniciar a mediação assim que surja a controvérsia. Por outro lado, a cláusula de mediação vazia é aquela que demanda que as partes, após o surgimento da controvérsia, se reúnam para definir os elementos necessários.

A espécie de cláusula de mediação também é uma decorrência direta do princípio da autonomia de vontade das partes. Cabe às partes, e somente a elas,

¹⁰ ALMEIDA, Tania. *op. cit.* p. 43

¹¹ RICHE, Cristina Ayoub. *op. cit.*, p. 128.

escolher como gostariam de fazer a cláusula de mediação. As partes podem escolher o idioma, o local das reuniões, a quantidade de mediadores, ou seja, todos os elementos necessários para iniciar a mediação, quando necessário.

As partes podem, inclusive, escolher uma cláusula modelo de uma Câmara/Instituição que tenha mediação em seu regulamento. O objetivo desta cláusula-modelo é orientar e facilitar a indicação de uma Câmara e, conseqüentemente, seu regulamento. Todavia, não há obrigatoriedade em sua utilização. A redação da cláusula é livre.

As partes podem, também, indicar se, sendo infrutífera a mediação, elegerão outro meio adequado de solução de controvérsia, como, por exemplo, a arbitragem ou se acionarão diretamente o Poder Judiciário. Em virtude do princípio da autonomia de vontade das partes, elas podem escolher mais de um meio de solução de controvérsias, desde que haja compatibilidade com esta eleição.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy¹²:

Cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios.

Eis o modelo de cláusula prevendo mediação e arbitragem indicado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA:

“Todas as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão encaminhadas ao CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem para que sejam resolvidas, primeiramente, por mediação, nos termos do respectivo Regulamento. Não logrando êxito a mediação, a controvérsia será resolvida por arbitragem, nos termos do Regulamento do CBMA, por um ou mais árbitros nomeados nos termos do referido Regulamento.”

A Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá possui dois modelos de cláusulas:

“Qualquer conflito originário do presente contrato será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio

¹² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 173.

Brasil-Canadá (“CAM/CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM/CCBC, indicados na forma das citadas normas.”

“Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM/CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM/CCBC, indicado na forma das citadas normas.

O conflito não resolvido pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM/CCBC, de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento.”

A clara redação da cláusula de mediação merece atenção especial quando uma das partes for a Administração Pública. Segundo a Lei de Mediação (art 1º) a Administração Pública poderá participar de mediação, todavia, como se trata de órgão público, devemos observar princípios constitucionais que são específicos, dentre eles, o Princípio da Legalidade (Constituição Federal, art. 37). Conforme José dos Santos Carvalho Filho¹³:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei.

Ademais, devemos analisar outras leis que tratam da Administração Pública, dentre elas, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que no parágrafo único do art. 60 prevê que a Administração Pública não pode fazer contrato verbal:

Art. 60 parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, 17.

de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei¹⁴, feitas em regime de adiantamento.

Assim, para a Administração Pública participar de mediação, a cláusula deve ser expressa e escrita, caso contrário, não será possível obrigar a Administração Pública a participar da primeira sessão/reunião de mediação.

FORÇA DA CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO

Quando a Lei de Arbitragem foi publicada, trouxe uma importante alteração para o instituto, qual seja: a força obrigatória e vinculante da cláusula compromissória. Antes da Lei de Arbitragem, a parte conseguia evitar que a arbitragem tivesse início. Com o advento da lei específica sobre arbitragem, havendo cláusula compromissória, as partes deverão ir para a arbitragem, não podendo se socorrer do Poder Judiciário para analisar a questão indicada na cláusula compromissória (seja para o exame ou reexame da matéria).

A Lei de Mediação não trouxe esta alteração para o instituto da mediação, até mesmo porque, pela própria natureza da mediação, não caberia. O § 2º do artigo 2º da Lei de Mediação reforça esta característica da mediação (“Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”). Todavia, trouxe a obrigatoriedade em participar da primeira sessão/reunião de mediação se houver cláusula de mediação. Dispõe o § 1º do artigo 2º da Lei de Mediação:

Art. 2º § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

Assim, a alteração que a Lei de Mediação trouxe foi sobre o início do processo de mediação, ou seja, a mediação deve ser iniciada. Pode ser que ela seja infrutífera, mas a primeira sessão/reunião deve ocorrer.

A cláusula de mediação também não tem a força de excluir da apreciação do Poder Judiciário a matéria ali indicada, como ocorre com a convenção de arbitragem. A Lei de Arbitragem já foi declarada constitucional

14 R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)

(Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206¹⁵). A cláusula de mediação não tem essa força, pois o resultado da mediação é um título executivo extrajudicial onde são as próprias partes que celebram o acordo. Ademais, conforme visto nos modelos de cláusula padrão de algumas Câmaras, é possível, primeiro, utilizar a mediação e, em sendo infrutífera, depois, recorrer ao Poder Judiciário ou à arbitragem para que haja uma decisão por terceiro daqueles pontos que foram discutidos na mediação.

Apesar de não ter a força de exclusão do Poder Judiciário, em sendo iniciado um processo judicial, é possível a suspensão deste para sessões de mediação. Em agosto de 2016, houve a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). Neste evento, foram aprovados enunciados que “visam aprimorar aspectos normativo-jurídicos e estimular políticas públicas e privadas para a mediação, a conciliação e a arbitragem”¹⁶. Dispõe o Enunciado nº 21¹⁷:

15 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Nêr). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declararam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, pará. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

16 Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em 02.04.2017, as 20h.

17 Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 02.04.2017, as 20h.

21 É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação, conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015.

Em junho de 2012, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 485 com o seguinte teor:

A lei da arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição.

Com isto, houve um reforço da obrigatoriedade e vinculação da cláusula compromissória. O Superior Tribunal de Justiça ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre a obrigatoriedade na participação na primeira sessão/reunião de mediação nos contratos que contenham cláusula de mediação.

Antes da Lei de Mediação, a parte que não quisesse comparecer à primeira sessão/reunião de mediação, mesmo que o contrato contivesse cláusula de mediação, não seria obrigada. Com o advento da Lei de Mediação, vimos que há a obrigatoriedade em comparecer, mas não em permanecer.

No caso da arbitragem, antes da Lei de Arbitragem havia a necessidade de dois instrumentos para iniciar a arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi que a autonomia de vontade da parte foi manifestada na cláusula compromissória inserida no contrato, logo, esta cláusula teria força obrigatória e vinculante para iniciar a arbitragem. Não sendo mais necessária a assinatura do compromisso arbitral.

O mesmo pode ser entendido no caso de contratos que contenham cláusula de mediação, ou seja, a Lei da Mediação deveria ser aplicada a estes contratos, ainda que eles tivessem sido celebrados antes da edição da Lei de Mediação. O principal motivo é que houve manifestação de vontade das partes neste sentido e o § 1º do artigo 2º dispõe que “Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.”

O objetivo desta interpretação seria evitar que a parte que estivesse de má-fé, ou que tivesse qualquer outro motivo ou interesse para não iniciar a mediação, não lograsse êxito. Com isso, preserva-se a segurança jurídica dos contratos, os princípios da boa-fé na fase contratual e *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos).

CONCLUSÃO

Observa-se que a Lei de Mediação não utilizou o termo genérico de “convenção de mediação”, mas menciona a cláusula de mediação. Como definição indicada, a diferença entre os tipos de convenção é o momento da assinatura.

O princípio da autonomia da vontade das partes é a mola propulsora da mediação, pois as partes precisam convencionar a utilização da mediação.

A cláusula de mediação tem força suficiente para obrigar a instauração da mediação e a presença das partes na primeira reunião/sessão. A permanência decorre diretamente do princípio da autonomia da vontade das partes, mas com a Lei de Mediação a cláusula de mediação ganhou força.

É importante que o contrato traga inserido em seu texto a previsão da cláusula de mediação, pois assim a instauração será obrigatória. Os Tribunais Superiores ainda não decidiram sobre a prevalência da cláusula de mediação inserida nos contratos firmados antes da publicação e vigência da Lei de Mediação, mas seguindo o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a arbitragem, a força da cláusula de mediação para iniciar o processo deve prevalecer.

A previsão da cláusula de mediação no texto é vital para a instauração da mediação, caso não haja, as partes terão que, futuramente, no momento em que a controvérsia se instalar, optar pela mediação.

A redação da cláusula de mediação é livre, apesar de algumas Instituições indicarem modelos, mas as partes devem se preocupar para que ela seja cheia, contendo todos os elementos necessários para a sua instauração. Caso não tenha os elementos necessários, as partes terão dificuldades para iniciar a mediação no momento da controvérsia. ❖

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: A mediação comercial no contexto da arbitragem**. 1^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

RICHE, Cristina Ayoub. **Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais – Efetividade privada *versus* judicialização. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 173-195, jul./set. 2015.

WATANABE, Kazuo. GABBAY, Daniela Monteiro. O Pacto de Mediação Empresarial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 12, n. 46, p. 7-19, abr./jun. 2015.

Algumas Reflexões sobre Mudança de Mentalidade e Atuação Ética Daqueles que Atuam na Seara Judicial

Adolpho Corrêa de Andrade Mello
Junior
Desembargador do TJRJ

RESUMO: O ponto nodal repousa na problemática do processo judicial. Demos atenção redobrada para a necessária mudança de mentalidade dos sujeitos do processo.

PALAVRAS-CHAVES: Lealdade e boa-fé. Função social e o dever do juiz.

ABSTRACT: The core of this research rests on the judicial proceeding issue, aiming at contributing to its change into an instrument capable of administering justice. With an identical purpose, we rendered redoubled attention to the need of change in the minds of the subjects in the proceeding.

KEYWORDS: Loyalt and good faith. The social function and duty of the judge.

Talvez sejam dois, os pontos nodais da efetividade e de um julgamento justo: nova postura mental e aguçamento dos valores profissionais, no desempenho do mister voltado para a causa da justiça.

Procuraremos centrar a análise e discussão nas figuras do juiz e do advogado, até porque, o primeiro é o sujeito principal do processo e o segundo assume o direito de falar em nome e na defesa dos interesses das partes litigantes, também sujeitos principais, mas, parciais.

Ativismo, imparcialidade e equidistância são requisitos ao exercício da judicatura. Como ressaltamos, lealdade e boa-fé representam qualidades

de comportamento que se impõem na representação e patrocínio processual. Trata-se de responsabilidades políticas indeclináveis para que se concretize a responsabilidade para com o processo judicial, devido e apto a possibilitar julgamento efetivo e justo.

O preclaro magistrado José Renato Nalini, analisando o acesso à justiça pela perspectiva do juiz, ressalta: *Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções, a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da justiça.* (NALINI, op. cit. p. 83)

Na verdade, as exigências, cada vez maiores, das sociedades ditas de massa, não mais admitem um juiz passivo e neutro na direção dos processos judiciais, mormente de julgamento. De juiz politicamente engajado com a causa da justiça, espera-se dinamismo, empenho de cooperação até para minimizar as desigualdades entre os litigantes. Juiz operoso, que bem compreenda o problema da igualdade de tratamento que deve assegurar às partes, não como mera recomendação, e, sim, como dever atrelado a um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB).

Outrossim, espera-se, mais que isto, exige-se um juiz inserido no contexto social dos jurisdicionados, com memória, história, tradição e conceitos claros e assumidos. A Carta Política, Lei Fundamental, não define neutralidade como atributo para conduzir o processo judicial e julgar os conflitos individuais e coletivos. Ao se preconizar o juiz natural como garantia de justiça, o que se consolida como dogma, é o afastamento dos tribunais de exceção e imposição de imparcialidade e equidistância do órgão jurisdicional.

O juiz não pode ser neutro, tal como acentua Plauto Faraco de Azevedo, quando em sua obra, *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, aborda a problemática da politicidade do Direito e função judicial. Afirma o ilustre autor: *Nem a imparcialidade, nem a independência necessariamente a supõem. A imagem de um juiz “asséptico”, à margem da sociedade, supõe um ente que, “quando se apresta a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, desinteressando-se do mundo fora do tribunal”. Não existindo a neutralidade, sua proclamação opera como “encobrimento consciente ou inconsciente de uma parcialidade ideológica” e “não há maior*

arbitrariedade do que daqueles que pretendem ser “objetivos”. Todas as intorências são produtos desses discursos. (AZEVEDO, 2000, p. 51)

O imparcial não age com preconceito, movido por paixões e comoções que lhe precipitem julgamentos, com desprezo ao devido processo judicial, legal e justo. O equidistante, como resultado de comportamento objetivo, é o que se coloca no meio, capaz de não propender, tender para qualquer dos interesses contrapostos. José Carlos Barbosa Moreira, com toda autoridade que dispensa comentários, ao refletir sobre o papel judicial do juiz, pontifica: *Projetado ao plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das regras do jogo e, no fim, proclamar o vencedor.* (MOREIRA, 1984, p. 51)

A marcha processual é marcadamente pontuada pela divisão de tarefas. Cada personagem tem as atribuições pessoais e do ofício; mas, diante da função social do processo, a tarefa de concretizar as garantias constitucionais é de todos os participantes. Aí reside, fundamentalmente, a importância da imparcialidade, equidistância, lealdade e boa-fé.

Pois bem, na condução da tarefa de atuar a função social do processo, definido pelo ideal de instrumento de julgamento justo, compete ao juiz laborar para minorar as desigualdades entre os litigantes. Não há como se conceber julgamento justo, sem a correspondente justiça no processo e isso só pode ocorrer quando os sujeitos parciais atuam em igualdade de condições, igualdade material, *par conditio*.

Apesar de utópica a plena igualdade, o juiz ativo, imparcial e equidistante, pode agir, com forte expectativa de resultado, informando às partes sobre os seus direitos, deveres e ônus, além de, efetivamente, exercer os poderes instrutórios. Como dito pelo festejado professor Barbosa Moreira: (...) *também a iniciativa instrutória do próprio órgão judicial pode representar aqui fator importante de correção de desigualdades.* (MOREIRA, 1984, p. 46)

Ainda acerca da instrução probatória, atuação do juiz para mitigar a desigualdade entre os contendores, é de valia aludir à importância da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, como base legal para o juiz agir, encurtando as distâncias das partes na trama processual.

É certo que o documento referido trata das relações de consumo e de suas normas de índole processual, que, por razão óbvia, só incidem diretamente nas pendengas entre fornecedores e consumidores e aqueles a esses equipa-

rados. Apesar de restrita a um segmento, forte e intensa a transformação que enraizou, máxime em relação à problemática do ônus da prova. O denominado CODECON, Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 6º, inciso VIII, positiva ser direito básico do consumidor: (...) *a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.* Agora, na generalidade, dos casos ocorrentes, veja-se o art. 373 do novo CPC.

A inversão do ônus da prova, por dicção judicial e em decisão fundamentada, é um importante expediente para mitigar a desigualdade entre as partes litigantes.

Derivamos do exposto que a necessária mudança de postura mental não se restringe ao juiz, pois alcança as partes e os advogados. O advogado é indispensável à administração da justiça, revela o Art. 133 da CRFB. O art. 31 da Lei 8.906/94, diz que: (...) *O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.* Já o art. 32 da mesma Lei, diz: (...) *O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.*

Lealdade e boa-fé é dever das partes e dos advogados, mormente destes, posto que exercem o ofício de patrocínio das partes. A lei processual estabelece *sanctio iuris* a ser imposta ao litigador que não agir com probidade. O rol das contraveniências é extenso, desde opor resistência infundada ao andamento do processo, até alterar a verdade dos fatos.

O objetivo da lei é coibir a chicana processual, tão deletéria para o tempo do processo, sua efetividade, confiança e estabilidade. O fato é grave.

Em suma, a compenetração dos sujeitos do processo e o empenho em compor suas responsabilidades são elementos imperiosos para que o processo judicial atenda a finalidade. Cooperação com atividade e responsabilidade: eis o binômio para um processo judicial devido e justo. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. 144 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual:** nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso a justiça.** 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. 183 p.

As Controvérsias em Torno da Guarda Compartilhada

Livia Teixeira Leal

Mestranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Advogada.

RESUMO: A guarda compartilhada constitui, hoje, o modelo que melhor contempla os princípios que regem as relações familiares, sobretudo a igualdade no âmbito das relações conjugais e parentais. No entanto, ainda há uma série de controvérsias e obstáculos que desafiam a sua aplicabilidade na prática. Nesse sentido, o presente estudo busca pontuar as principais divergências que a envolvem, visando a uma compreensão do instituto capaz de traduzir o melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a agregar a mediação como instrumento potencialmente transformador nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Guarda compartilhada. Mediação.

ABSTRACT: Joint custody is today the model that best contemplates the principles that guide family relationships, especially equality in the context of conjugal and parental relationships. However, there are still several controversies and obstacles that challenge its applicability in practice. In this sense, the present study seeks to point out the main divergences that involve this topic, seeking to present an understanding of the institute capable of translating the best interest of the child and adolescent, in order to present mediation of conflicts as a potentially transformative instrument in this process.

KEYWORDS: Family. Joint custody. Mediation.

SUMÁRIO: 1. O instituto da guarda no contexto do Direito Civil-Constitucional. 2. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. 2.1. Guarda

compartilhada e a distribuição do tempo de convívio entre os pais - Desafios práticos. 2.2. Guarda compartilhada e o dever de pagar alimentos. 2.3. Guarda compartilhada diante do dissenso entre os pais. 2.4. Guarda compartilhada como forma de prevenir a alienação parental. 3. A mediação como forma de compatibilização. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. O INSTITUTO DA GUARDA NO CONTEXTO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Se, até a Constituição de 1967, a única configuração familiar reconhecida pelo Estado era aquela selada pelo matrimônio, a Constituição Federal de 1988, refletindo a realidade plural que se apresenta na nova modernidade, admite a formação de um “mosaico de formas de relacionamentos complexos, multiformes, multifacetados”,¹ trazendo como bases a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

O modelo familiar mais comum no Ocidente correspondeu, durante muito tempo, ao da “família nuclear”, composta por pai, mãe e filhos, apoiando-se na ideia de família procriativa, fundada no fato biológico, a princípio, incontestável.

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a família patriarcal foi aos poucos se esfacelando, passando a esposa a também contribuir financeiramente com as despesas do lar e o marido a auxiliar nas tarefas domésticas, o que representou um verdadeiro rearranjo das funções conjugais e parentais.

Neste sentido, aponta Silvio de Salvo Venosa que, a partir do momento em que o centro de produção deixa de ser a família, para ter como foco a perspectiva do consumo, passando o homem e a mulher a realizar atividades fora do convívio familiar e os filhos sendo educados para integrar um ambiente de trabalho competitivo, fora da autoridade parental, ambos os pais “passam a ter papel semelhante na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade exclusivamente marital”. A família passa, então, a “gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca e mútua compreensão”.²

Assim, a visão restritiva de família foi sendo alterada com o tempo, passando essa a adquirir um caráter não mais apenas patrimonial ou biológico, mas, sobretudo, uma feição existencial, baseada na solidariedade, na dignidade humana e no afeto.

¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 27.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 247.

Essa mudança de paradigma reflete-se tanto no âmbito das relações conjugais, sendo estabelecida a igualdade entre homens e mulheres na ordem jurídica e, conseqüentemente, entre marido e mulher na ordem familiar, quanto nas relações parentais, sendo reconhecida a igualdade entre os filhos, com a superação da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.³

Conferindo às entidades familiares especial proteção do Estado, o Constituinte, no art. 226 da Carta Magna, contempla tal igualdade, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, estabelecendo o exercício igualitário dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, e prevendo o planejamento familiar como livre decisão do casal.

Na nova ordem constitucional, a família passa a existir em função dos seus membros, e não o contrário, passando a ter a função de permitir, “em uma visão filosófico-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização de seus projetos pessoais de vida”.⁴

Luiz Edson Fachin, na mesma linha capitaneada por Pietro Perlingieri,⁵ ressalta que, com a passagem da predominância da racionalidade do Estado para a priorização das razões da sociedade, ocorre uma releitura dos três principais institutos do Direito privado: a propriedade, a família e o contrato, que passam a ser (re)interpretados a partir da centralidade da Constituição. Há um redirecionamento desses conceitos “de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa”, como efeito da constitucionalização do Direito privado.⁶

Nesse contexto, o “Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada”,⁷ de modo que, hoje, é a partir dos valores e princípios constitucionais que se constrói a unida-

3 “Antes da enunciação constitucional de igualdade, os filhos costumavam ser classificados de acordo com a situação de seus pais. Poderiam ser denominados de naturais quando nascidos de pessoas não casadas, mas que não tinham qualquer impedimento para a realização de tal ato. Poderiam ainda ser adúlterinos ou incestuosos, os primeiros oriundos de relacionamentos extraconjugais, portanto, filhos de pessoas impedidas de casar, eis que pelo menos um dos genitores já seria casado, e os segundos, filhos de parentes próximos, também impedidos para o ato do matrimônio.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 189).

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62/63.

5 “No plano das relações civilísticas, a matriz personalista e solidarista do projeto constitucional impõe a revisitação dos tradicionais institutos (propriedade, autonomia privada, família, formações sociais) em função do pleno desenvolvimento e da dignidade da pessoa”. (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 162).

6 FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 51.

7 *Ibidem*, p. 62/64.

de do ordenamento jurídico, em questões privadas, que devem se pautar, sobretudo, no princípio da dignidade humana, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro na esteira do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Maria Celina Bodin de Moraes destaca que “o descompasso existente entre os conceitos essenciais do Direito civil [...] e o contexto, inteiramente diferente, em que tais conceitos permaneciam sendo invocados, gerou uma crise de identidade, ou melhor, uma crise de paradigmas”, que provocou, junto a outros processos, a despatrimonialização e a publicização do direito civil, com a reconstrução do direito privado.⁸

No âmbito do Direito de Família, essa crise não atingiu a família em si, mas sim teve como alvo o “modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder”.⁹

A família passa, portanto, a ter uma função instrumental, qual seja, a de permitir que seus membros se desenvolvam e realizem seus projetos individuais de vida, restando superada a visão da família enquanto instituição, protegida em si mesma. Além disso, o aumento do número de divórcios, como reflexo da crescente autonomia dos indivíduos para realizarem suas próprias escolhas pessoais, provocou uma importante mudança de eixo: a centralidade da família, outrora atribuída ao casamento, passa a ser pautada pela filiação.¹⁰

Além disso, a ótica da dignidade humana impacta também a visão a respeito das crianças e adolescentes, passando a Constituição de 1988 a consagrar a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, em substituição à Doutrina da Situação Irregular que era a base do Código de Menores, de 1979 (Lei n. 6.697/79). Nesse contexto, as crianças e adolescentes são reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direito, privilegiando-se as soluções que melhor contemplem e protejam seus interesses.

O princípio do melhor interesse da criança (*best interest of the child*), embora não encontre positividade expressa no ordenamento brasileiro, decorre da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/9, que prevê, em seu art. 3.1,

8 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 72.

9 MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

10 Ibidem.

que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O reconhecimento das crianças e dos adolescentes - e, portanto, dos filhos - como sujeitos de direitos gerou impactos, sem sombra de dúvidas, na configuração da filiação, de modo que resta de vez sepultada a visão dos filhos como propriedade do pai.¹¹

Como reflexo da nova visão eudemonista de família, o afeto passa a ser caracterizado como o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesse que se estabelecem nessa seara,¹² passando a constituir, ao lado do critério biológico, importante parâmetro para o reconhecimento de situações jurídicas.

Neste contexto, o poder familiar é, também, ressignificado, na medida em que passa a ser exercido em razão e em prol dos interesses dos filhos, assim como o instituto da guarda, como um dos deveres atinentes ao poder familiar. A palavra guarda tem origem no antigo alemão *Warren*, da qual se formou a palavra francesa *garde*, empregada para exprimir proteção, vigilância.¹³

No Direito brasileiro, o instituto da guarda recebeu regulamentação, inicialmente, pelos arts. 325 a 329 do Código Civil de 1916, apresentando-se como prerrogativa inerente ao então pátrio poder (hoje poder familiar) em seu art. 384, III. Com o advento da Lei n. 6.515 (Lei do Divórcio), em 1977, os referidos dispositivos foram revogados, e a nova lei “cuidou, especialmente, da guarda dos filhos menores em face da separação dos cônjuges”.¹⁴

A regra de fixação da guarda era pautada na ideia de culpa, de modo que ficava com a guarda do filho aquele que não tivesse dado causa à separação, ou seja, aquele considerado “inocente”. Em caso de culpa recíproca, a preferência da guarda era da mãe.¹⁵

11 No direito romano, “um menino permanecia sob a autoridade paterna e só se tornava inteiramente romano, ‘pai de família’, após a morte do pai; ainda mais: este era seu juiz natural e podia condená-lo à morte por sentença privada”. (ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*. Vol. I: Do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 38).

12 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6: Famílias. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 71.

13 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 393.

14 *Ibidem*, p. 393.

15 Lei n. 6.515/77, Art. 10: “Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges e da proteção integral da criança, sob o manto da dignidade da pessoa humana, a guarda passa a estar vinculada muito mais aos vínculos de afeto entre o infante e o guardião.

No Código Civil de 2002, a guarda foi tratada no Capítulo XI, intitulado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, tendo sido também prevista pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Na visão de José Fernando Simão, a guarda representaria um conceito unitário, não havendo que se falar em espécies de guarda. No entanto, o próprio autor reconhece que a guarda prevista pelo Código Civil e aquela regulada pelo ECA possuem causas distintas e efeitos próprios.¹⁶ Além disso, a maior parte da doutrina vem apresentando duas formas pelas quais a guarda pode ser compreendida no ordenamento jurídico: como modalidade de colocação em família substituta e como dever decorrente do exercício do poder familiar.¹⁷

Considerada como forma de colocação em família substituta, a guarda se destina a regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente, sendo medida provisória, que será determinada se for descumprido o dever de guarda, decorrente do exercício do poder familiar dos pais. É prevista pelo Código Civil, em seu art. 1.584, § 5º, e pelo ECA, em seus arts. 33 a 35.

Ressalta-se que o Código Mello Mattos, de 1927, já previa, em seu art. 49,¹⁸ a entrega de menores a pessoas particulares que não fossem pais ou tutores, como uma espécie de antecipação do exercício do então pátrio poder, tendo o Código de Menores de 1979 também previsto a guarda como

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”.

O Código Civil de 1916 previa, em seu art. 326, que “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente”.

16 “O fato de a guarda do Código Civil ter por causa o poder familiar, e a do estatuto a proteção da criança, significa que existem duas guardas? A resposta é negativa, pois o conteúdo da guarda é único: ter o menor em sua companhia, cuidado, convivência”. (SIMÃO, José Fernando. Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 set. 2016).

17 Neste sentido: PEREIRA, op. cit. e FARIAS; ROSENVALD, op. cit.

18 Decreto n. 17.943-A/27, Art. 49: “Quando o menor for entregue por ordem da autoridade judicial a um particular, para que fique sob a sua guarda ou a soldada, não ha necessidade de nomeação de tutor, salvo para os actos da vida civil em que é indispensavel o consentimento do pae ou mãe, e no caso do menor possuir bens: podendo, então, a tutela ser dada á mesma pessoa a que foi confiado o menor ou a outra”.

forma de colocação em lar substituto,¹⁹ obrigando o seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional ao infante.²⁰

Tânia da Silva Pereira aponta formas pelas quais a guarda prevista pelo ECA pode se apresentar: (i) para regularizar a posse de fato (art. 33, § 1º, ECA); (ii) como medida liminar ou incidental nos processos de tutela e adoção (art. 33, § 1º, ECA); (iii) como medida excepcional, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis (art. 33, § 2º, ECA).²¹

Já a guarda como dever decorrente do exercício do poder familiar é prevista pelo Código Civil, nos arts. 1.566, IV; 1.583; 1.584; e 1634, II, e pelo ECA, em seu art. 22.

Rolf Madaleno define a guarda enquanto atributo do poder familiar como a “convivência propriamente dita, constituído de direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho”.²²

Difere-se a guarda do poder familiar, na medida em que, enquanto a guarda consiste “no direito-dever de ter consigo, cuidar, acompanhar, vigiar e orientar no dia-a-dia o filho menor”, o poder familiar traduz “o conjunto de atributos sobre a pessoa e bens do filho, a serem exercidos exclusivamente no interesse deste”, incluindo “o sustento, a educação e a criação, mesmo quando não se tem a guarda”.²³ Ou seja, pode haver poder familiar sem guarda ou vice-versa (nos casos de colocação em família substituta).

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. O art. 1.566, IV, do Código Civil de 2002 prevê a guarda como um dever de ambos os cônjuges, estabelecendo o art. 1634, II, que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que envolve o exercício do dever de guarda.²⁴ Ao prever que o dever de guar-

19 Lei n. 6.697/79, art. 24: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.

§ 1º Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes.

§ 2º A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários”.

20 PEREIRA, Tânia da Silva, op. cit., p. 403.

21 Ibidem, p. 405.

22 MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 454.

23 TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 172.

24 Estabelece o art. 1.632 do Código Civil que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. O art. 1.579 determina, também, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

da compete a ambos os pais, o Código contempla o princípio constitucional da igualdade, refletindo a nova ótica do exercício dos deveres parentais.

Importa notar que a guarda sofreu mudanças significativas nos últimos anos, de modo que os dispositivos do Código Civil atinentes à disciplina do instituto, também buscando adaptar a sistemática da guarda à nova realidade da família, sofreram alterações substanciais em 2008 (Lei n. 11.698/08) e em 2014 (Lei n. 13.058/14).

Na redação original do Código Civil de 2002, estabelecia o art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

Historicamente, a guarda unilateral e a guarda alternada eram os modelos mais utilizados. A guarda geralmente cabia a um só dos genitores, pretendendo-se diminuir os riscos de ambivalência do filho.²⁵ A guarda alternada era o modelo caracterizado por períodos isolados e exclusivos de guarda, que se sucediam entre os pais. Ou seja, enquanto um dos pais estivesse exercendo o dever de guarda, caberia ao outro o direito de visitação.²⁶

No entanto, os estudos interdisciplinares começaram a avaliar os prejuízos da alternância da guarda, ressaltando a importância de a criança conviver com ambos os pais. O psicólogo Evandro Luiz Silva destaca que, quando não há essa convivência com os dois genitores, ou quando esse convívio ocorre em intervalos irregulares e espaçados de tempo, geralmente a imagem daquele que não detém a guarda é formada com a interferência de quem a detém, podendo ser influenciada por sentimentos de rancor e pelas desavenças existentes. Além disso, a ausência de um dos pais - a falta psíquica/afetiva provocada por ela - pode trazer consequências psicológicas graves à criança.²⁷

Waldyr Grisard Filho aponta que, historicamente, foi o Estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos, em 1957, que pela primeira vez

25 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 106.

26 Apesar de pouco utilizada, há, ainda, a chamada guarda de nidadação ou aninhamento, modelo no qual o filho permanece em uma única casa, e são os pais que se mudam alternadamente a esta casa. É prevista em alguns países europeus. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 609)

27 SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos: aspectos psicológicos**. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 20/21. O mesmo autor destaca que “é preciso sublinhar que a percepção psicológica que tem a criança da passagem de tempo é notavelmente diferente da percepção que tem um adulto. (...) A guarda exclusiva, com visitas quinzenais, pode trazer diversos problemas para a criança. Se esta tiver até por volta de cinco anos de idade, quinze dias podem significar a sensação de passagem de tempo de dois meses. Tempo este suficiente para manifestar o medo de abandono e o desapego com quem não tem a guarda”. (Ibidem, p. 27).

legislou sobre a guarda conjunta. No direito francês, a reforma promovida pela Lei 305, de 2002, definiu que a autoridade parental deveria “repousar em uma coparentalidade, consagrando no Código Civil um direito comum centrado no princípio de *l'exercice conjoint de l'autorité parentale*, qualquer que seja o estado dos pais”, inserindo-se no mesmo contexto a legislação italiana.²⁸

No Brasil, já em 2006 a doutrina apontava a importância de se buscar a implementação da guarda compartilhada. Na IV Jornada de Direito Civil do CJF, foi aprovado o Enunciado 335, com a seguinte redação: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Em 2008, a Lei n. 11.698/08 alterou os arts. 1.583 e 1.584, passando a trazer expressamente a guarda compartilhada, ao lado da guarda unilateral, como modelo de atribuição da guarda.

Conforme definido pela lei, a guarda unilateral é aquela exercida por apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua, enquanto a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583, § 1º).²⁹

A Lei n. 11.698/08 estabeleceu que a atribuição da guarda unilateral deveria ser feita ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, levando-se em conta o afeto, a saúde, segurança e a educação, obrigando o pai ou a mãe que não a detivesse a supervisionar os interesses dos filhos (art. 1.583, §§ 2º e 3º).

O legislador de 2014, por sua vez, trouxe a necessidade de o tempo de convívio com os filhos ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai na guarda compartilhada, considerando-se como cidade base de moradia dos filhos aquela que melhor atender aos seus interesses.

O art. 1.584 originalmente previa a atribuição da guarda ao genitor que tivesse melhores condições para seu exercício, passando a determinar, após a alteração realizada pela Lei n. 11.698/08, que a guarda unilateral ou

28 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do Judiciário.** In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.* Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 78/80.

29 Observa-se, por fim, que não apenas a guarda como dever decorrente do poder familiar, mas também a guarda como forma de colocação em família substituída pode ser compartilhada. Em 2010, a 4ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1147138/SP, concedeu a guarda compartilhada de uma criança ao tio e aos avós paternos, considerando o melhor interesse da criança e a existência de uma situação fática já existente. (STJ, 4ª Turma, REsp 1147138/SP, Min. Aldir Passarinho Júnior, Julg: 11/05/2010, DJe 27/05/2010).

compartilhada poderia ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, ou decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Trouxe a lei, ainda, o dever do magistrado de informar, na audiência, aos pais o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, contando com o auxílio da equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada.

Outra alteração substancial diz respeito ao § 4º do art. 1.584 que previa, sob a égide da Lei n. 11.698/08, que “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, *inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho*”.³⁰

A Lei n. 13.058/14 retirou essa possibilidade de redução do número de horas de convivência, justamente porque o maior prejudicado seria o filho, não sendo compatível com o melhor interesse da criança que o convívio com o pai ou a mãe fosse reduzido em razão do descumprimento de cláusula de guarda.

Além disso, reforçou a necessidade da oitiva de ambas as partes perante o juiz nos casos em que se pretenda uma decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória. Ressalta-se que a oitiva será afastada nos casos em que a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

Nota-se que o ordenamento jurídico foi modificado para se adaptar à nova realidade da filiação, que se apresenta, hoje, como um reflexo da igualdade entre os pais, e como um meio para a implementação do melhor interesse da criança, sendo a função parental exercida em razão do interesse dos filhos.

No entanto, alguns desafios ainda são observados na prática. Neste sentido, o presente estudo busca abordar algumas controvérsias que ainda persistem na implementação do instituto da guarda compartilhada.

30 Grifos nossos.

2. AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA GUARDA COMPARTILHADA

Apesar das mudanças legislativas, muitas controvérsias ainda existem em torno da guarda compartilhada. A definição de seu conteúdo e a forma de seu exercício ainda constituem verdadeiros desafios para os juristas, sobretudo considerando que a realidade fática pode, muitas vezes, escapar das previsões feitas pelo legislador.

Além disso, não se pode esquecer que a família se encontra em constante processo de mutação, exigindo uma análise que considere as peculiaridades de cada caso concreto, buscando-se sempre o melhor interesse da criança. Não obstante essa individualização necessária, certo é que alguns balizadores são necessários para que se chegue à solução que melhor contemple a preservação dos laços familiares, sendo certo que “a convivência familiar, seja qual for a sua forma, é um referencial significativo na vida de qualquer pessoa”.³¹

2.1. Guarda compartilhada e a distribuição do tempo de convívio entre os pais - desafios práticos

Uma das controvérsias que se destacam em relação à determinação da guarda compartilhada é a distribuição do tempo de convívio entre os pais.

Inicialmente, é preciso observar que a guarda compartilhada não significa livre visitação. Dessa forma, a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência,³² que será o meio balizador para delinear o convívio do filho com os pais.

Em relação a esse aspecto, passou o § 3º do art. 1.584 a determinar, com as alterações da Lei n. 13.058/14, que, “para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”, buscando a divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Prevê o Enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil que a distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada não deve “representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva, *op. cit.*, p. 410.

³² Cf. Enunciado 605 da VII Jornada de Direito Civil - CJF.

No entanto, o que significa, na prática, uma divisão equilibrada do tempo de convívio? Trata-se de uma pergunta para a qual não há respostas definitivas, dependendo da análise da situação fática apresentada, que deve buscar efetivar o melhor interesse da criança e do adolescente.

O que se pretende, em última análise, é que essa divisão do tempo não importe uma guarda alternada na prática.³³ Deve-se, assim, avaliar a possibilidade de cada genitor em se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades de sua vida privada.³⁴

Para Rolf Madaleno, “o exercício do poder familiar não passa pela necessidade de repartição equilibrada do tempo dos filhos entre seus pais, mas presuppõe, sim, níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais”.³⁵

Deve-se buscar, assim, não uma repartição matemática do tempo, e sim uma divisão que considere as individualidades dos sujeitos envolvidos, de modo a tornar a convivência saudável para todos, sobretudo para a criança ou o adolescente.

2.2. Guarda compartilhada e o dever de pagar alimentos

Outro ponto a ser destacado é que a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.³⁶ Euclides de Oliveira ressalta que os alimentos consistem no “encargo daquele que não detenha a guarda física, para contribuição nas despesas domésticas, estudo, saúde e outras essenciais à criação do filho”. No entanto, a determinação da guarda compartilhada pode gerar uma alteração no valor e na forma de pagamento da pensão.³⁷

Havia um debate na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de o alimentante exigir prestação de contas do alimentando, restando os Tribunais essa prática, fosse pela ilegitimidade ativa do alimentante ou pela falta de interesse processual.³⁸

33 Cf. Enunciado 604 da VII Jornada de Direito Civil - CJE: “A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho”.

34 Enunciado 606 da VII Jornada de Direito Civil - CJE: “O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um”.

35 MADALENO, op. cit., p. 470.

36 Cf. Enunciado 607 da VII Jornada de Direito Civil - CJE.

37 OLIVEIRA, Euclides. **Alienação parental e as nuances da parentalidade - Guarda e convivência familiar**. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 332.

38 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE DESPESAS ALIMEN-

A Lei n. 13.058/14 incluiu o § 5º ao art. 1.583, passando a prever que, para supervisionar os interesses do filho, “qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”.

Dessa forma, o legislador trouxe expressamente a possibilidade da ação de prestação de contas em sede de alimentos, dirimindo, ao que parece, a controvérsia existente.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apontam que “a prestação de contas está vocacionada para compor conflitos em que a pretensão esteja centrada em esclarecer situações decorrentes, no geral, da administração de bens alheios”, o que se molda à situação de gestão pelo genitor-guardião da verba alimentar paga ao filho pelo outro.³⁹

Além disso, a não comprovação de despesas e a má administração dos recursos financeiros do filho podem ocasionar a modificação da guarda, a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar, sendo a prestação de contas mecanismo que melhor contempla o melhor interesse da criança.⁴⁰

2.3. Guarda compartilhada diante do dissenso entre os pais

Mesmo antes da alteração de 2014, o STJ já vinha decidindo pela determinação da guarda compartilhada mesmo nos casos em que não houvesse consenso entre os pais.⁴¹ Trata-se de questão que apresenta controvérsias até

TÍCIAS. DEMANDA QUE OBJETIVA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. AÇÃO INADEQUADA AO FIM COLIMADO. 1.- Segundo a jurisprudência desta Corte, o alimentante não detém interesse de agir quanto a pedido de prestação de contas formulado em face da mãe do alimentando, filho de ambos, sendo irrelevante, a esse fim, que a ação tenha sido proposta com base no art. 1.589 do Código Civil, uma vez que esse dispositivo autoriza a possibilidade de o genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, sem, contudo, permitir a sua ingerência na forma como os alimentos prestados são administrados pela genitora. 2.- Agravo Regimental improvido. (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1378928/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Julg.: 13/08/2013, DJe 06/09/2013).

39 FARIAS; Rosenvald, op. cit., p. 917.

40 Ibidem, p. 919.

41 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança

hoje, em virtude das peculiaridades fáticas que, muitas vezes, inviabilizam o compartilhamento da guarda pelos pais.

O § 2º do art. 1.584 do Código Civil de 2002 passou a determinar, com o advento da Lei n. 11.698/08 que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

A expressão sempre que possível parecia indicar que estariam afastados os casos em que não houvesse acordo entre os pais, na medida em que a guarda compartilhada depende da participação e colaboração de ambos os pais em relação aos cuidados com o filho.

A Lei n. 13.058/14 alterou o referido dispositivo, passando a estabelecer que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.⁴² Ou seja, a lei estabeleceu um dever de aplicação da guarda compartilhada, que só será afastada na hipótese de declaração expressa de um dos genitores de que não deseja a guarda.

Assim, a princípio, deve haver a determinação da guarda compartilhada como regra, mesmo nos casos em que haja dissenso entre os pais.⁴³

sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.251.000 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 18/08/2011, DJe: 31/08/2011).

42 Grifos nossos.

43 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOCTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14. 2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema. 3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.560.594/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julg.: 23/02/2016, DJe: 01/03/2016).

Neste sentido, a Recomendação do CNJ n. 25, de 22 de agosto de 2016, orienta os Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, quando não houver acordo entre os pais, considerem a guarda compartilhada como regra. Além disso, ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 da Código Civil.

Contudo, esse entendimento não passa incólume a críticas. Rolf Madaleno apresenta uma posição contrária à determinação da guarda compartilhada em caso de dissenso entre os pais. Para o autor, “existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial da guarda compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais”.⁴⁴

Sem dúvida, apesar da alteração legislativa, ainda há muitos obstáculos à implementação da guarda compartilhada na falta de consenso entre os pais. Não se pode negar que há casos em que os conflitos entre os genitores são tão intensos que o compartilhamento da guarda sem um acompanhamento adequado pode representar uma violação maior ao melhor interesse da criança.

A utilização da mediação como forma de conscientizar os genitores sobre a importância do convívio dos filhos com ambos os pais, buscando-se incentivar o diálogo e a composição pacífica dos conflitos, pode ser um caminho para proporcionar efetividade ao modelo. A realização de oficinas de pais⁴⁵ e outros programas que dialoguem com a sociedade civil a respeito da relevância do exercício saudável das funções parentais também parece ser uma alternativa para que o modelo compartilhado da guarda não fique apenas na intenção legislativa ou se restrinja à sentença judicial, sem que repercuta na prática das relações.

Contudo, em casos nos quais o modelo compartilhado seja comprovadamente prejudicial para o filho, deve-se privilegiar o seu melhor interesse, buscando-se alternativas que lhes sejam benéficas, ainda que isso possa significar a adoção de um modelo de guarda diverso.

44 MADALENO, op. cit., p. 474.

45 Neste sentido, importa destacar que o Conselho Nacional de Justiça já vem desenvolvendo Oficinas de Pais e Mães online, a fim de orientar e auxiliar os membros da família após o divórcio. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/course/index.php?categoryid=65>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

2.4. Guarda compartilhada como forma de prevenir a alienação parental

A consagração constitucional da liberdade e da igualdade entre homem e mulher com a Carta de 1988 reafirmou uma tendência que já vinha sendo estabelecida na sociedade brasileira, que, somada com a valorização cada vez mais crescente dos vínculos de afeto, possibilitou o desenvolvimento de uma família unida muito mais pelo desejo e pela solidariedade do que pelos dogmas sociais da “família nuclear”.

Essa mudança de paradigmas proporcionou reflexos significativos na forma com que os indivíduos se relacionam, possibilitando que muitos casais, diante de uma união malsucedida, seguissem suas vidas de forma autônoma, sem que tal decisão fosse interpretada como um fracasso ou como decorrência da culpa de um deles.

No entanto, há, ainda, muitos resquícios das relações de dominação e subjugação que moldaram o relacionamento humano, que fazem com que a aplicação efetiva dos princípios da solidariedade e da liberdade, sobretudo na esfera familiar, seja vista como um fim a ser alcançado, como um processo de transformação social.

A falta de paridade entre os indivíduos pode gerar disfuncionalidades significativas nas relações familiares, afetando a própria comunicação e o convívio entre os membros da família e causando prejuízos para o desenvolvimento dos filhos. Dessa forma, além do mal causado pelo pai ou pela mãe que exerce o poder familiar de forma autoritária e abusiva, uma relação de desigualdade entre os pais pode agravar ainda mais esse desequilíbrio, sobretudo diante de uma ruptura como o divórcio.

Foi justamente a partir da observação da reação das crianças aos casos de separação e divórcio dos pais, nos quais o litígio era fortemente presente, sobretudo em casos de disputa de guarda, que o psiquiatra americano Richard Alan Gardner começou a perceber a existência, em alguns casos, de uma desordem que envolvia uma alienação obsessiva de um dos pais, aliada a um processo de lavagem cerebral, *brainwashing*, conjugada com outros fatores.⁴⁶ Gardner cunhou o termo “Síndrome da Alienação Parental” (SAP) para designar essas situações.

Com efeito, “os pais, numa disputa judicial, muitas vezes imputam condições que desqualifiquem ou fragilizem o outro, demonstrando, as-

46 GARDNER, Richard A. *Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces*. Court Review, Vol. 28, n. 1, 1991. p 14-21. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

sim, que suas qualidades são superiores”, o que acaba por gerar uma crise de lealdade no filho, que acaba se vendo diante da situação de ter que escolher um ou outro.⁴⁷

Gardner aponta que, na programação perpetrada na SAP, há a implantação de informações que destoam do que a criança de fato viveu com o genitor alienado. A SAP envolveria, então, a programação do filho por um dos genitores para que repudie, odeie o outro genitor, aliada à própria contribuição deste filho, que dá suporte à campanha de degradação.⁴⁸ Nos casos em que ocorre a referida síndrome, os ataques ocorrem sem qualquer justificativa, sem que o genitor alienado tenha qualquer comportamento que levasse a tal repúdio.

A SAP configura-se uma forma de abuso emocional, na medida em que tal prática ocasiona não apenas uma alienação continuada de um dos pais, mas também uma perturbação psicológica da criança.⁴⁹ A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, em seu art. 4º, II, b, elenca a alienação parental como uma forma de violência psicológica contra a criança e o adolescente.⁵⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, a desqualificação da conduta do outro genitor, a omissão de informações importantes acerca da vida do filho, a mudança de domicílio para local distante sem justificativa, e até a apresentação de falsa denúncia contra o genitor não guardião, buscando dificultar o exercício da autoridade parental e o contato do filho com aquele que não detém a guarda, são exemplos clássicos de atos que promovem a alienação parental, sendo destacados pelo art. 2º, parágrafo único da Lei nº 12.318/10.

Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno destacam que as vítimas dessa prática desenvolvem uma linguagem não verbal bem clara, como “ausência de contato visual, manutenção de uma distância excessiva do pai alienado”, de modo que sequer tiram o casaco nas visitas, não havendo espaço para o diálogo, sendo constante uma conversação circular, na qual os filhos “respondem as perguntas com outras perguntas, interrompem o genitor com queixas acerca de seu tom de voz, do calor

47 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39.

48 GARDNER, Richard A. **Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?**. *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):93-115, (2002). Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

49 *Ibidem*.

50 BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ou do frio, desvirtuam e descontextualizam seu diálogo, aproveitando-se literalmente de suas palavras”.⁵¹

Para Kátia Maciel, a alienação parental viola o direito da personalidade ao vínculo de pertencimento do filho a um núcleo familiar, que “possui caráter absoluto, indisponível, imprescritível, inalienável e está relacionado à identidade da pessoa humana”, de modo que o alienador impede que a identidade da criança, definida em função de sua memória familiar, se forme plenamente.⁵²

A Lei nº 12.318/10, conhecida como “Lei de Alienação Parental” foi resultante do Projeto de Lei nº 4.053/08, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, definindo como ato de alienação parental “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (art. 2º).

O art. 6 da Lei nº 12.318/2010 prevê as sanções para este tipo de prática, que vão desde advertência, multa, ampliação da convivência em favor do genitor alienado e determinação de acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, até a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente, culminando com a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão e a suspensão da autoridade parental, com a suspensão do poder familiar, mas não quanto ao direito de alimentar.

Observa-se pelo art. 7º da Lei nº 12.318/10 que a prioridade é a determinação da guarda compartilhada, determinando-se a guarda unilateral nos casos em que aquela seja inviável, quando a guarda será atribuída ao genitor que viabilize a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.⁵³

No entanto, na visão de Rolf Madaleno, a imposição da guarda compartilhada em casos de dissenso entre os pais (como ocorre nos casos de alienação parental) poderia gerar o “acirramento dos ânimos e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo,

51 MADALENO; MADALENO, op. cit., p. 43.

52 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **A alienação da identidade familiar: os filhos do anonimato**. In: SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino (org.). *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

53 Lei n. 12.318/10, Art. 7º: “A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”.

a causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e a comprometer sua estrutura emocional”.⁵⁴

Com efeito, se, por um lado, a criança pode transitar livremente entre os dois lares, ela também estará sendo orientada por duas mentalidades muitas vezes conflitantes, constituindo verdadeiro desafio equalizar essas diferenças sem que haja interferências psicológicas e sociais em seu desenvolvimento, mormente se houver a prática de alienação parental por um dos pais.⁵⁵

Por outro lado, o compartilhamento da guarda, com a conscientização dos pais sobre a importância do convívio do filho com ambos, parece ser uma alternativa eficaz para prevenir a alienação parental. Convivendo com os dois genitores, a criança ou o adolescente pode ter o duplo referencial, tendo a oportunidade de estar próximo deles, dificultando que um dos pais possa iniciar ou desenvolver uma campanha de desqualificação do outro, na medida em que o filho pode perceber mais facilmente as mentiras e criações.

Sob esse aspecto, a mediação também parece ser o caminho para que a guarda compartilhada seja efetiva na prática e atue como um fator de prevenção da ocorrência de alienação parental.

A mediação como forma de compatibilização da legislação com a realidade fática vivenciada pela família será abordada a seguir.

3. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE COMPATIBILIZAÇÃO

Um dos maiores desafios atinentes à guarda compartilhada refere-se à sua implementação na prática. Neste sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira ressalta que, “não obstante a necessidade do instituto, uma vez aprovado e com carga normativa, o papel dos juristas é tentar conferir-lhe uma finalidade factível”, de modo que os pais possam efetivamente cumprir seus papéis no processo educativo dos filhos.⁵⁶

A judicialização excessiva mostrou, com o passar do tempo, ser prejudicial para as partes, sobretudo no âmbito dos processos de Direito de Família, acabando por agravar o conflito ao invés de solucioná-lo.

⁵⁴ MADALENO, op. cit., p. 479.

⁵⁵ SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. **Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 67-82, jan/jun. 2011.

⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 113.

Buscando modificar essa realidade, o Novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105,⁵⁷ de 16 de março de 2015, traz um novo procedimento para os processos de Família, partindo da premissa de que é preciso estabelecer um procedimento para as ações de família, que se compatibilize às particularidades deste tipo de litígio e que traga consigo uma necessidade de solução consensual, considerada a natureza especial do direito envolvido. O Capítulo X do novo CPC traz as especificidades do novo procedimento, que são aplicadas aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Nas ações de família, a fase conciliatória sofre uma modificação, passando-se a ter uma fase de mediação familiar. Nessa fase, o que se pretende é a solução efetiva do problema para médio e longo prazo, de modo que o mediador busca transformar o problema subjacente ao litígio, e não somente resolver o litígio.

A mediação pode ser vista como um instrumento de gerenciamento de diferenças que busca conciliar a diversidade com o desejo de coesão e unificação.⁵⁸ No âmbito da família, diante da existência de vínculos cada vez mais plurais e frágeis, a mediação pode ser um meio eficaz para restituir a integridade das relações que passaram por algum processo de ruptura, sobretudo em razão da dissolução do vínculo conjugal.

Ressalta-se que o Poder Judiciário acaba funcionando como um instrumento de fortalecimento de um posicionamento diante de um conflito familiar, de modo que “cada ator envolvido na disputa judicial se coloca como o detentor da verdade, e aquele que vencer o processo será visto como o que possui a verdade dos fatos”. A mediação busca justamente evitar essa retroalimentação dos conflitos subjetivos por meio do processo judicial, estimulando o diálogo e o consenso entre as próprias partes, com o apoio de profissionais capacitados.⁵⁹

Na verdade, muitas vezes, o processo judicial é um meio utilizado para que uma pessoa, diante da dificuldade de lidar com uma ruptura emocional, perpetue a relação com o outro, ainda que com base em conflito e ressentimentos. Esse desejo de continuidade, não obstante o rompimento

57 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato 2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

58 YAZBEK, Vania Curi. **Mediação de conflitos familiares e o vínculo conjugal**. Revista do Advogado, AASP, ano XXXIV, n. 123, ago. 2014. p. 138.

59 WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 232/233.

vivenciado, é despejado no Poder Judiciário através de processos judiciais intermináveis, com poucas aberturas para o diálogo, nos quais a solução efetiva da situação é a última opção possível.

A inclusão cada vez maior da mediação no âmbito dos tribunais visa, justamente, a desestimular esse tipo de perpetuação do conflito, que acaba sendo encampado, ainda que de forma inconsciente, também pelos profissionais envolvidos. Busca-se uma conscientização de todos os personagens, a fim de que seja superada a clássica visão de ganhador/perdedor do processo, sendo implementada uma verdadeira cultura de paz.

É importante ressaltar que a mediação não substitui a via judicial, mas sim a complementa, buscando conferir eficácia às respostas do Poder Judiciário para as questões que chegam até os tribunais.

De acordo com o art. 694 do novo CPC, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. Há, ainda, a possibilidade de o juiz determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Na ausência de acordo, passam a incidir as normas do procedimento comum, que é aplicado de forma subsidiária.

A audiência de mediação pode se desdobrar em tantas quantas sejam necessárias, buscando-se a efetiva solução do problema, sem prejuízo da concessão de providências de urgência. Um aspecto importante é que o réu receberá o mandado de citação desacompanhado da cópia da petição inicial, nos termos do § 1º do art. 695 do novo CPC, evitando-se que a mediação fique, de algum modo, prejudicada.

A mediação é definida pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015,⁶⁰ como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, tendo como princípios a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Ainda que haja processo judicial em curso, as partes podem submeter-se à mediação. Na mediação judicial, havendo acordo, os autos são

60 BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação.⁶¹

Águida Arruda Barbosa destaca que a mediação não se trata de assistência psicológica ou terapia familiar, não sendo, tampouco, uma negociação. A autora aponta a mediação como um método por meio do qual “uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam, eles próprios, com evidente mudança de comportamento, transformar o conflito”, sendo baseada no estímulo à comunicação.⁶²

Há restrições em relação ao uso da mediação em casos que envolvam, juntamente à ocorrência de violência física ou abuso sexual, riscos de graves danos a algum dos envolvidos, sendo necessária a imposição de medidas coercitivas a fim de proteger aquele que se encontra vulnerável. No entanto, “controlada a violência, é possível promover a mediação entre essas pessoas, principalmente por se tratar de uma metodologia capaz de oferecer aos litigantes a oportunidade de compreensão e entendimento do comportamento de cada um, antecedendo e ativando a violência”.⁶³

É preciso ter a consciência de que o juiz soluciona a demanda, mas a solução do conflito em si cabe às partes. A mediação, ainda que não resulte em acordo, “pode levar os sujeitos a prevenir impasses, facilita e restabelece a comunicação familiar e ajuda também na elaboração psíquica da perda, mágoas e traumas”.⁶⁴

Trata-se, portanto, de instrumento que não se resume à busca pela solução do conflito, sendo um espaço de incentivo à comunicação e de estímulo a uma cultura de paz, que pode ser implementado nos diversos setores da sociedade. No âmbito da família, traduz uma nova tendência de promoção do diálogo e da solução consensual do conflito, buscando a conscientização dos membros acerca de seu papel e responsabilidade, através da superação da visão de que há sempre um culpado.

Nesse sentido, a mediação é um instrumento poderosíssimo de composição dos conflitos, que busca viabilizar na prática o exercício conjunto dos deveres parentais por ambos os genitores, na medida em que estes po-

61 Cf. Art. 28, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

62 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36/37.

63 *Ibidem*, p. 69.

64 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 457.

dem repensar seus papéis parentais após o divórcio e se readequar à nova realidade, conscientes da necessidade de buscar as soluções que privilegiem o bem-estar e o desenvolvimento sadio dos filhos.

Com efeito, vale apontar a crítica feita por Giselle Groeninga e José Fernando Simão de que a promessa de resolver conflitos, e não lides, acaba por ampliar indevidamente uma demanda à qual o Judiciário não pode atender.⁶⁵ No entanto, não se pode perder de vista que a inclusão da mediação no âmbito do Poder Judiciário representa um auxílio necessário para os casos em que o conflito intersubjetivo não se esgota na lide, buscando-se evitar que as partes recorram variadas vezes a processos judiciais intermináveis, que apenas contribuem para o agravamento do conflito, causando sérios prejuízos para os envolvidos, sobretudo para as crianças e adolescentes.

4. CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da igualdade como importante corolário, as relações familiares também passam a contemplar cada vez mais relações paritárias, seja entre marido e mulher, nas relações conjugais, seja entre pai e mãe, nas relações parentais.

Além disso, com a consagração das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e com a implementação da Doutrina da Proteção Integral, tem-se a releitura de institutos referentes à relação entre pais e filhos, como o poder familiar (antes pátrio poder) e também a guarda, que passam a ser exercidos muito mais em razão e em função da pessoa dos filhos.

Nesse contexto, e a partir dos estudos multidisciplinares que já indicavam a importância da convivência do filho com ambos os genitores e os impactos psicológicos e sociais pela ausência de convívio com um dos pais, buscou-se a implementação da guarda compartilhada no Direito brasileiro, inicialmente por movimentos da doutrina e da jurisprudência, culminando com as alterações legislativas de 2008 (Lei n. 11.698/08) e de 2014 (Lei n. 13.058/14).

Não obstante, a guarda compartilhada ainda é alvo de uma série de controvérsias, a maioria relacionada à sua aplicabilidade prática e aos desafios de sua implementação em famílias marcadas por graves conflitos. Se a existência de dissenso entre os pais, a princípio, parecia inviabilizar a instituição dessa modalidade de guarda, hoje se busca o estabelecimento judicial da guarda

65 GROENINGA, Giselle Câmara; SIMÃO, José Fernando. **A judicialização das relações familiares e a psicanálise do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/judicializacao-relacoes-familiares-psicanalizacao-direito>>. Acesso em: 25 set. 2016.

conjunta, para que os pais se comprometam em colaborar para o desenvolvimento sadio dos filhos, o que nem sempre possui aderência na prática.

Nos casos em que haja a prática de atos de alienação parental por um dos genitores, essa questão se torna ainda mais delicada, de modo que, se alguns doutrinadores apontam para os riscos de se acirrar ainda mais os conflitos e rancores, outros destacam a importância do convívio do filho com ambos os pais como forma de justamente se evitar a alienação parental, na medida em que o filho tem a oportunidade de conviver com ambos, o que dificulta a campanha de desqualificação que caracteriza a alienação.

A distribuição do tempo de convívio entre os pais e o pagamento de alimentos também apresentam suas dificuldades na prática, de modo que se busca evitar que a guarda compartilhada não se torne uma guarda alternada mascarada.

Com efeito, a fixação do regime de convivência deve levar em consideração as possibilidades de cada genitor se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades de sua vida privada, buscando-se níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais na prática, sendo a análise feita no caso concreto, com base no melhor interesse da criança.

Além disso, é de se notar que a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia, podendo o alimentante acompanhar a utilização dos recursos destinado ao alimentando, a fim de prezar pelo melhor interesse dos filhos. Apesar das críticas de que essa possibilidade de um dos pais exigir uma prestação de contas do outro pode agravar os desentendimentos entre as partes, é importante que haja o acompanhamento da utilização dos recursos destinados à criança, para que estes sejam realmente utilizados em sua criação, evitando-se o desvirtuamento das verbas alimentares.

Observa-se, por fim, que, dentro desse contexto de desafios práticos, a mediação surge como forma de compatibilização, na medida em que estimula o diálogo entre as partes, que, em última análise, são as responsáveis pelo sucesso ou não do compartilhamento da guarda.

A imposição judicial da guarda compartilhada pode, sim, ser culminada de ineficácia prática do modelo, o que, na maioria das vezes, é consequência da ausência de um acompanhamento interdisciplinar adequado ou da utilização do meio judicial como um instrumento de subjugação e derrota do outro.

A mediação busca justamente um auxílio nos conhecimentos interdisciplinares, sobretudo da Psicologia e da Assistência Social, para que a cultura do litígio seja gradativamente substituída pela cultura do diálogo, reforçando a compreensão de cada indivíduo sobre as suas responsabilidades no seio familiar, e sobre a importância de sua colaboração para que o modelo de guarda dê certo e a criança se desenvolva em um ambiente sadio.

Apesar de não solucionar todos os problemas, a implementação da mediação nas ações de família tem o importante papel de conscientizar as partes envolvidas, que, muitas vezes, promovem o conflito de forma inconsciente. Sem dúvida, o sucesso da guarda compartilhada depende, em diversos casos, de uma orientação interdisciplinar, capaz de fazer com que os pais compreendam o verdadeiro significado de compartilhamento do exercício dos deveres parentais. Dar as ferramentas necessárias para que as próprias partes alcancem um equilíbrio no compartilhamento da guarda parece ser o caminho mais eficaz para o sucesso do modelo. ❖

5. REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. Vol. I: Do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 6: Famílias. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família** – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARDNER, Richard A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces. **Court Review**, Vol. 28, n. 1, 1991. p. 14-21. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. **The American Journal of Family Therapy**, v. 30 n. 2, 2002, p. 93-115. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do Judiciário. In: APASE (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara; SIMÃO, José Fernando. **A judicialização das relações familiares e a psicanalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/judicializacao-relacoes-familiares-psicanalizacao-direito>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. “A alienação da identidade familiar: os filhos do anonimato”. In: SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino (org.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e as nuances da parentalidade - Guarda e convivência familiar. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: APASE (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 set. 2016.

SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 67-82, jan/jun. 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

YAZBEK, Vania Curi. Mediação de conflitos familiares e o vínculo conjugal. **Revista do Advogado. AASP**, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 134-138, ago. 2014.

As Incursões do Novo CPC na Lei de Locações

The impacts of the new Civil Procedure Code on the Real Estate Law

Marcelo Mazzola

Mestrando em Direito Processual na UERJ. Advogado.

RESUMO: O artigo aborda os impactos do novo Código de Processo Civil nos procedimentos regulados pela Lei de Locações, demonstrando a necessidade de compatibilização dos sistemas, bem como os reflexos decorrentes das alterações legais no mercado imobiliário em geral.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Lei de Locações; procedimentos especiais. E reflexões.

ABSTRACT: The text deals with the impacts of the new Civil Procedure Code on the Real Estate Law and the need of harmonization of the systems, including the repercussions of the legal amendments on the Real Estate market.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code. Real Estate Law. Special systems. And considerations

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Breves esclarecimentos. 3. Os procedimentos especiais da Lei de Locações: ainda sobrevivem? 4. Impactos do NCPC na Lei de Locações. 4.1. Procedimentos. 4.1.1 Ação de despejo. 4.1.2. Ação de consignação de aluguel e acessórios da locação. 4.1.3. Ação revisional. 4.1.4. Ação renovatória. 4.2. Outras questões polêmicas. 4.2.1. Tramitação dos processos durante as férias forenses? 4.2.2. Ausência de efeito suspensivo da apelação e imediato cumprimento provisório da sentença. 4.2.3. Despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio x título executi-

vo extrajudicial: cuidados especiais para o locador. 4.2.4. Formas de citação, intimação e notificação. 4.2.5. Negócios jurídicos processuais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 18 de março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil (NCPC). Com 1.072 artigos, o novo diploma legal trouxe inúmeras modificações. Em seu capítulo inaugural – a espinha dorsal do código –, positivou consagrados princípios constitucionais, como, por exemplo, a duração razoável do processo, o contraditório, a isonomia, a dignidade da pessoa humana, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a legalidade, a eficiência, a publicidade e a transparência.

Para resgatar o ideal de uma justiça fraterna e solidária prevista na Carta Magna, o NCPC estimula fortemente os métodos alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) e realça valores como a boa-fé e a cooperação.

Na busca por efetividade e maior fluidez da marcha processual, procedimentos foram desburocratizados, prazos, unificados, recursos, abolidos e hipóteses recursais, reduzidas.

O legislador também se preocupou em assegurar a isonomia e a segurança jurídica, exaltando e valorizando os precedentes judiciais, especialmente com a criação de incidentes para acelerar a sua formação (IRDR e IAC).

Independentemente de algumas críticas, que, aliás, são importantes para o amadurecimento do Direito, não podemos enxergar o novo código com lentes retrospectivas. Devemos respeitá-lo, compreendendo que não é perfeito, mas valorizando suas alterações, fruto da vontade e do envolvimento da sociedade como um todo.

2. BREVES ESCLARECIMENTOS

O longo período de gestação do NCPC (PLS 166/2010 – aprovado pelo Senado em dezembro de 2014) não foi suficiente para que os legisladores pudessem antever os impactos do novo diploma nas legislações extravagantes.

E nem poderiam. Como se sabe, ao legislador não é dado o dom divino da onisciência. Por mais virtuoso que seja, não consegue esgotar a riqueza de possibilidade que a vida, especialmente nas sociedades complexas, constantemente nos apresenta.¹

¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

Tampouco o período de 1 (um) ano de vacância do NCPC permitiu que operadores de direito examinassem todos os reflexos de sua aplicação às leis especiais.

Para os processualistas e operadores do Direito em geral, a discussão sobre a aplicabilidade do NCPC aos microssistemas processuais é terreno muito fértil, mas ainda arenoso, sobretudo nesse período inicial de vigência do código, em que a jurisprudência não se encontra minimamente sedimentada, à exceção, talvez, do processo do trabalho, por força da recente Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste artigo, lançaremos algumas reflexões sobre controvérsias que envolve o NCPC e a Lei de Locações, a famosa lei do inquilinato, que regula as locações de imóveis urbanos e o mercado imobiliário.

A ideia é apresentar algumas questões polêmicas e controvertidas, especialmente em relação à aplicação do NCPC aos procedimentos especiais previstos na Lei de Locações.

Também analisaremos algumas “incurções” do NCPC na legislação em questão e suas repercussões práticas, inclusive na esfera negocial.

Não temos a menor pretensão de exaurir o tema, mas apenas enriquecer o debate com algumas considerações, cientes de que a doutrina e a jurisprudência se encarregarão de assentar as controvérsias ao longo do tempo.

3. OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DA LEI DE LOCAÇÕES: AINDA SOBREVIVEM?

Em quase 25 (vinte e cinco) anos de vigência, a Lei nº 8.245/91 foi alterada pelas Leis nºs 9.256/96, 10.931/04, 11.196/05, 12.112/09 e 12.744/12.

Porém, durante todo esse tempo, manteve-se intacto o artigo 79, que estabelece que, em caso de omissão da lei especial, se aplicam as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.

De acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. Nesses casos, o princípio *lex posterior derogat priori* é mitigado, o que normalmente ocorre quando a incompatibilidade da norma geral posterior for apenas parcial em relação à lei especial anterior.

Nesse particular, convém esclarecer que o NCPC (lei geral) não revogou expressamente nenhum dispositivo da Lei de Locações (lei especial),

o que nos permite afirmar que os procedimentos regulados na lei especial permanecem hígidos.

Todavia, o novo código promoveu profundas alterações que atingem diretamente a legislação extravagante e os respectivos procedimentos, justificando, assim, a compatibilização dos sistemas.

Antes de analisarmos os efetivos impactos do NCPC nos procedimentos regulados pela lei especial, é importante mencionar algumas regras da lei geral que nos ajudarão a desvencilhar aparentes antinomias.

Inicialmente, cumpre observar que o NCPC tem regras de transição. De acordo com o artigo 1.046, as disposições do novo código serão aplicadas “desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Por sua vez, o § 1º do referido dispositivo legal dispõe que as normas relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas pelo NCPC se aplicarão às ações propostas e não sentenciadas até o início de sua vigência, isto é, 18 de março de 2016. Uma espécie de sobrevivida do CPC de 1973, como forma de prestigiar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (artigo 14 do NCPC).

Com isso, os procedimentos especiais previstos na Lei nº 8.245/91 que tramitavam pelo rito sumário (ação revisional, por exemplo) passarão a tramitar pelo procedimento comum², com todas as suas garantias e sem as limitações do rito sumário.

Além disso, demandas que tramitavam pelo rito ordinário (despejo), ou ainda, que não traziam qualquer referência ao procedimento (ação renovatória), deverão seguir o procedimento comum do NCPC (artigos 1.049 c/c 318).³

Por fim, o § 2º do art. 1.046 estabelece que permanecem “em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente” o NCPC.

Não há dúvidas, portanto, de que os procedimentos especiais regulados pela Lei de Locações ainda sobrevivem, devendo-se, inclusive, observar as regras relativas ao procedimento sumário (ação revisional) nos processos ainda não sentenciados (artigo 1.049, § único, do NCPC), quando, então, os

² Art. 1.049, **parágrafo único** - Na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver.

³ Art. 1.049, **caput** - Sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código. **Art. 318** - Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

feitos seguirão normalmente o procedimento comum, com aplicação supletiva do novo código, no que couber.

4. IMPACTOS DO NCPC NA LEI DE LOCAÇÕES

4.1. Procedimentos

Na primeira parte deste capítulo, vamos examinar as repercussões do NCPC nos procedimentos especiais regulados pela Lei de Locações.

Como se sabe, a Lei do Inquilinato regula quatro procedimentos especiais: ação de despejo (arts. 59 a 66); ação de consignação de aluguel e acessórios da locação (art. 67); ação revisional de aluguel (arts. 68 a 70) e ação renovatória (arts. 71 a 75).

Por uma questão de didática e para facilitar a compreensão da temática, vamos analisar individualmente cada uma das ações.

Na segunda parte do capítulo, examinaremos algumas alterações promovidas pelo NCPC que terão impacto direto nas relações locatícias e no próprio mercado imobiliário, não apenas na fase judicial, mas também na etapa contratual.

4.1.1. Ação de despejo

O artigo 59 da Lei de Locações estabelece que “as ações de despejo terão o rito ordinário”. Porém, com a unificação adotada pelo NCPC, a expressão “rito ordinário” deve ser lida como “procedimento comum”.

Antes de avançar, julgamos importante pontuar que, devido às dimensões reduzidas deste artigo, não iremos analisar todas as controvérsias relacionadas à aplicação do NCPC às ações de despejo, concentrando-nos naquelas mais corriqueiras e de aplicação prática.

Pois bem, uma primeira questão diz respeito à possibilidade de despejo liminar, isto é, uma espécie de “tutela provisória”, para prestigiarmos a expressão do NCPC. Nesse particular, o artigo 59, § 1º, da lei especial é muito claro e autoriza o despejo liminar nas hipóteses indicadas nos incisos I a IX.

Importante ter em mente que o referido rol não é taxativo, conforme já assentou o Superior Tribunal de Justiça, podendo a medida ser deferida diante da presença dos requisitos do artigo 273 do antigo CPC⁴:

⁴ Vide artigos 294 e 300 do NCPC. Existe uma nova sistematização.

“LOCAÇÃO. **DESPEJO**. CONCESSÃO DE **LIMINAR**. POSSIBILIDADE. ART. 59, § 1º, DA LEI N.º 8.245/91. **ROL NÃO-EXHAURIENTE**. SUPERVENIÊNCIA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA PROCESSUAL. INCIDÊNCIA IMEDIATA. DETERMINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. 1. O **rol** previsto no art. 59, § 1º, da Lei n.º 8.245/91, não é **taxativo**, podendo o magistrado acionar o disposto no art. 273 do CPC para a concessão da antecipação de tutela em ação de **despejo**, desde que preenchidos os requisitos para a medida. 2. Ainda que se verifique a evidência do direito do autor, para a concessão da tutela antecipada com base no inciso I do art. 273 do CPC não se dispensa a comprovação da urgência da medida, tudo devidamente fundamentado pela decisão concessiva, nos termos do § 1º do mencionado dispositivo. 3. Embora o acórdão recorrido careça de fundamentação adequada para a aplicação do art. 273, inciso I, do CPC, a Lei n.º 12.112/09 acrescentou ao art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato, a possibilidade de concessão de **liminar em despejo** por de «falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação», desde que prestada caução no valor equivalente a três meses de aluguel. Assim, cuidando-se de norma processual, sua incidência é imediata, sendo de rigor a aplicação do direito à espécie, para determinar ao autor a prestação de caução - sob pena de a **liminar** perder operância. 4. Recurso especial improvido.”(REsp 1207161/AL, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 18/02/2011)⁵

Trata-se de prova concreta de que o Código de Processo Civil, há muito, já era aplicado supletivamente à Lei de Locações. Nesse ponto, convém fazer uma rápida distinção entre aplicação subsidiária e aplicação supletiva. Na primeira, a aplicação decorre da omissão da lei, enquanto na segunda, que pode ser expressa ou aberta⁶, a ideia é maximizar a aplicação de determinada previsão já existente.

⁵ No mesmo sentido, o REsp nº 702.205/SO, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006.

⁶ FREIRE, Bruno. O artigo 3º do novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho. Os meios alternativos de solução de conflitos se aplicam nessa seara processual? *Revista do Advogado*, ano XXXV, nº 126, p. 17-19, maio/2015.

Concordamos que as hipóteses previstas na lei especial **não são suficientes para disciplinar todas as situações e os prejuízos** que a eventual permanência do locatário no imóvel poderiam causar ao locador.

Um bom exemplo – que não tem expressa previsão legal – é a possibilidade de despejo liminar por denúncia vazia. Em contratos de locação residencial que vigoram por prazo indeterminado, pode o locador notificar o locatário, concedendo-lhe prazo de 30 (trinta) dias para desocupar o imóvel (art. 46, § 2º). Se o locatário não cumprir a determinação e, estando os presentes os requisitos da probabilidade do direito e o perigo da demora (art. 300 do NCPC), o locador, uma vez depositada a caução no valor correspondente a 3 (três) meses do valor do aluguel (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245/91), poderá pleitear o despejo liminar.

Surge então a primeira indagação: é possível requerer liminarmente o despejo através de uma tutela antecipada antecedente, nos moldes do art. 303 do NCPC?

Primeiramente, convém esclarecer que, de acordo com a nova Lei de Ritos, a tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência, sendo que a tutela de urgência se divide em antecipada ou cautelar, podendo ser incidental ou antecedente.

Feito esse breve esclarecimento, entendemos que é possível o requerimento de tutela antecipada antecedente, **à luz do** artigo 59, § 1º, da Lei de Locações c/c artigo 303 do NCPC.

Tal afirmação traz a reboque uma dúvida, essa sim mais interessante: é possível a estabilização dessa tutela específica (artigo 304 do NCPC)?

A princípio, não vislumbramos qualquer problema. Se for deferida liminarmente a ordem de despejo e o réu não recorrer, o processo será julgado extinto e a tutela antecipada tornar-se-á estável.

Em outras palavras, a decisão conservará seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação proposta por qualquer das partes. O prazo para a propositura dessa ação é de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, sendo certo que, após esse prazo, a tutela ficará estabilizada, sem força de coisa julgada (art. 304, § 6º, do NCPC).

Não se pode olvidar, porém, que todas as discussões que a doutrina e a academia vêm travando sobre a estabilização da tutela também impactarão a Lei de Locações⁷.

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232-233; CAMARA,

Assim, por exemplo, uma vez concedida a tutela antecipada antecedente, o autor será realmente obrigado a aditar a petição inicial em 15 dias ou em prazo maior a ser fixado pelo juiz (artigo 303, parágrafo 1º), sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito?

Em nossa opinião, não faz muito sentido o NCPC determinar que o autor adite a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final no prazo acima.

Isso porque, se o réu não interpuser o recurso, as diligências do advogado podem não surtir efeito prático. Melhor teria sido postergar esse adiamento para após a notícia da interposição do agravo de instrumento. De qualquer forma, é melhor emendar, a fim de evitar qualquer contratempo. Aliás, como adverte Fernando Gajardoni, o NCPC não é aquilo que queremos. É fruto de um regular um processo legislativo, que contou com ampla participação democrática.⁸

Também pensamos que a extinção do processo não deveria ser automática em caso de ausência de recurso do réu⁹. Em algumas situações, o demandado pode não ter interesse recursal. Além disso, pode ocorrer de o locador formular, na emenda da petição inicial, um pedido de cobrança de aluguéis vencidos.

Sob essa lógica, se o processo for extinto, o locador será, em tese, obrigado a pagar novas custas judiciais, estender a contratação de seu advogado e propor uma nova ação judicial para buscar o ressarcimento dos valores devidos, o que, evidentemente, viola a economia processual, entre outros princípios norteadores do NCPC.

Nesse sentido, sem embargo de opiniões em contrário, filiamos-nos à corrente de processualistas que entendem que a estabilização da tutela antecipada não pode resultar simplesmente da não interposição do recurso pelo réu, mas também, necessariamente, do não oferecimento da contestação, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁰

Alexandre. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 162; TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Disponível em http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23. Acesso em 20.03.2017 e NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. *Revista do Ministério Público*, nº 56, abr/jun 2015, p. 63-91.

8 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC não é o que queremos que ela seja. Disponível em <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ela-seja-20072015>. Acesso em 10.03.2017.

9 No mesmo sentido SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada”. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. ed. 55, 2015, p. 91. Disponível em http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/page88.html. Acesso em 20.03.2017.

10 GRECO, Leonardo. A Tutela da urgência e da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIV.

É importante que se faça uma interpretação teleológica, partindo-se da seguinte linha de raciocínio¹¹: i) se o autor aditar a petição inicial e o réu agravar ou contestar, não haverá estabilização e o processo prosseguirá normalmente; ii) se o autor aditar a petição inicial e o réu não agravar ou contestar, o autor deverá ser intimado para dizer se pretende prosseguir e buscar uma sentença de mérito (com exame dos demais pleitos) ou desistir da demanda, caso em que a tutela ficará estabilizada e o processo será extinto sem resolução do mérito; iii) se o autor não aditar a petição inicial, o réu pode, mesmo assim, querer agravar ou contestar para impedir a estabilização da tutela, sendo que nessa hipótese o processo será julgado extinto e eventual recurso, declarado prejudicado; e iv) se o autor não aditar a exordial e o réu não agravar ou contestar, ocorrerá a estabilização e o processo será extinto sem resolução de mérito, devendo o juiz declarar estabilizada a tutela.

Ainda no plano das tutelas, surge uma outra dúvida: haverá estabilização apenas no caso de despejo liminar requerido em caráter antecedente, ou também decidido de forma incidental?

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a possibilidade de estabilização da tutela antecipada incidental¹², entendemos que o NCPC não prevê essa hipótese, de modo que qualquer interpretação extensiva nesse ponto esbarra na legítima vontade do legislador.

De qualquer forma, independentemente da controvérsia doutrinária sobre o instituto da estabilização da tutela, existe uma alternativa para o réu evitá-la no caso de despejo liminar por falta de pagamento (art. 59, § 1º, IX, da Lei de Locações), qual seja, efetuar o depósito judicial previsto no art. 59, § 3º, da lei especial, contemplando a totalidade dos valores devidos. Com essa providência, o locatário conseguirá “elidir a liminar de desocupação”.

Questão interessante reside em saber se tem pertinência a concessão de tutela de evidência em ações de despejo. Entendemos que sim.

Como se sabe, a tutela de evidência é uma tutela jurisdicional provisória, obtida no começo do processo, satisfativa do direito, que não depende de urgência. Exige-se apenas a probabilidade da tese autoral, associada à existência de algum dos casos que a lei prevê como sendo da tutela da evidência.

11 CAMARA, Alexandre. Op. cit., p. 166.

12 NETO, Antonio de Moura Cavalcanti. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. Disponível em https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 25.03.2017.

As hipóteses estão definidas nos incisos I a IV do artigo 311 do NCPC, a saber: quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inciso I); se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II); se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (inciso III); e se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV). Note-se que, nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (§ único).

De certo modo, as hipóteses do art. 59, § 1º, incisos I a IX, da Lei de Locações se afeiçoam às tutelas de evidência, pois, de acordo com o texto da lei especial, a concessão do despejo liminar nesses casos não está condicionada à demonstração do perigo da demora ou do risco ao resultado útil do processo.

De qualquer forma, as situações previstas na legislação extravagante não se encaixam perfeitamente nas hipóteses do artigo 311 do NCPC. Talvez possamos falar então em uma tutela provisória *sui generis*.

Podemos ilustrar uma situação capaz de justificar a concessão de tutela de evidência nas ações de despejo: o locador propõe uma ação de despejo em face do locatário, sob o argumento de que esse último teria cometido alguma infração contratual. Para respaldar a tese, acosta à petição inicial prova documental suficiente para demonstrar a referida infração. Em sua contestação, o locatário não consegue trazer documentos suficientes para gerar dúvida razoável sobre os documentos apresentados pelo autor. Nesse caso, o juiz pode conceder a tutela da evidência, mediante requerimento do autor na réplica.

Não apenas discussões ligadas às tutelas provisórias exigem reflexão. Questões controvertidas quanto ao procedimento da ação de despejo também merecem um olhar mais aprofundado.

Uma primeira provocação: considerando que a ação de despejo tramitará sob o procedimento comum, deve o juiz designar audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334 do NCPC?

Sim, o juiz deve designar normalmente a referida audiência, que, contudo, só não será realizada em casos em que não admitam autocomposição ou quando ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse (art. 334, § 4º, do NCPC).

Importante observar que essa nova sistemática afetará o prazo da contestação. A partir de agora, caso seja designada audiência de conciliação ou de mediação, o prazo da peça de bloqueio somente começará a fluir a partir da data da audiência de conciliação ou de mediação infrutífera ou do protocolo do pedido de cancelamento da audiência apresentado pelo réu (art. 335, I e II, do NCPC).

Talvez a maior controvérsia relacionada às ações de despejo envolverá o prazo do réu para depósito judicial dos valores devidos, no caso de ação de despejo por falta de pagamento, a fim de evitar a rescisão do contrato de locação (art. 62, II, da Lei de Locações).

O artigo 59, § 3º, da lei especial estabelece que, para elidir “a liminar de desocupação”, o depósito deve ser feito “dentro dos 15 (quinze) dias concedidos para a desocupação do imóvel”, fazendo remissão ao artigo 62, II, que, por sua vez, dispõe que “o locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação, efetuando, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da citação, o pagamento do débito atualizado”.

Ocorre que, no procedimento comum, o réu, via de regra, não será mais citado para contestar a ação, e sim para comparecer à audiência de conciliação ou mediação.

Assim, surge a dúvida: de quando flui esse prazo de 15 (quinze) dias? A partir da citação ou da audiência de conciliação/mediação frustrada? Antes disso ainda: trata-se de prazo a ser contado em dias úteis ou em dias corridos?

Por se tratar de prazo processual (exige a intervenção do réu no processo para praticar ato capaz de produzir efeitos), entendemos que este deve ser contado em dias úteis (art. 219, § único, do NCPC), pensamento que é partilhado por Guilherme Tambarussi Bozzo.¹³

Mas o réu deverá efetuar o depósito no prazo de 15 (quinze) dias contados de sua citação ou poderá aguardar o desenrolar da audiência de mediação e conciliação para, em caso de não composição amigável, realizar o depósito nos 15 (quinze) dias subsequentes, talvez juntamente com a contestação?

Primeiramente, vale destacar que o STJ já assentou entendimento no sentido de que esse prazo de 15 (quinze) dias pode ser contado em dobro quando se tratar de réu beneficiário da gratuidade de justiça (REsp 249.931/RJ).

¹³ BOZZO, Guilherme Tambarussi. **Repercussões do novo Código de Processo civil nos procedimentos da Lei de Locações**. Coleção: *Repercussões do novo CPC na legislação extravagante*. (COORDS.) Eduardo José da Fonseca Costa e Heitor Vitor Mendonça Sica. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177.

No que tange ao termo *a quo* do prazo, Andre Roque defende que “o depósito integral deve se realizar no mesmo prazo da contestação – sob pena de deixar o locatário fragilizado na audiência de conciliação ou de mediação, diante do encerramento do prazo de quinze dias, contado da citação. Deve-se admitir, entretanto, que há margem para discussão, cabendo à jurisprudência a última palavra sobre a questão”.¹⁴

Particularmente, entendemos que esse depósito deve ser feito no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados da citação. Explica-se: o depósito em questão visa, de um lado, a proteger o locatário contra um possível despejo aгодado e, de outro, dar tranquilidade ao locador de que o débito perseguido já está à disposição do juízo, podendo, inclusive, ser levantado (art. 62, IV, da Lei de Locações).

Em nosso sentir, a expressão utilizada pelo artigo 59, § 3º, da Lei nº 8.245/91 – “dentro dos 15 dias **concedidos para a desocupação do imóvel**” – transmite a ideia de contemporaneidade do depósito. Um contrapeso frente à liminar de desocupação.

Nesse sentido, quando o artigo 62, II, da lei especial disciplina que esse prazo de 15 (quinze) dias deve ser contado a partir de citação – reparem, estamos falando de um prazo específico definido pela lei especial –, é preciso fazer uma interpretação **sistemática, e não** uma interpretação extensiva, capaz de justificar a postergação do depósito para outra etapa judicial.

Até porque o inciso IV do referido dispositivo legal estabelece que, “não sendo integralmente complementado o depósito, o pedido de rescisão prosseguirá pela diferença, **podendo o locador levantar a quantia depositada**”, o que demonstra a preocupação do legislador em proteger o locador e permitir que ele receba desde logo o que lhe é devido.

Assim, se admitirmos que o réu só será obrigado a depositar os valores devidos após a audiência frustrada, isso permitirá, na prática, que o locatário continue no imóvel sem nada pagar por alguns meses, sem nenhuma demonstração ou sinalização de que pretende realmente evitar o despejo. Isso também pode comprometer a própria garantia do contrato de locação, que, muitas vezes, corresponde a 3 (três) meses de aluguel (art. 38, § 2º). E essa ausência de garantia poderia, inclusive, caracterizar a hipótese de despejo liminar prevista no artigo 59, § 1º, IX.

14 ROQUE, Andre Vasconcelos. Novo CPC e a Lei de Locações: um tiro pela culatra? Disponível em <http://blog.tudodonepc.com.br/novo-cpc-e-lei-de-locaoes-um-tiro-pela-culatra-por-andre-vasconcelos-roque/>. Acesso em 02.04.2017.

Os efeitos do tempo são nefastos. Não se pode permitir que os ônus recaiam apenas sobre os ombros do locador, favorecendo o aumento exponencial da **dívida locatícia**. Além disso, por mais absurdo que possa parecer, não descartamos a hipótese de um locatário malicioso manifestar interesse na realização de audiência de conciliação e mediação apenas para postergar o depósito que sempre precisou fazer no prazo de 15 (quinze) dias contados de sua citação.

4.1.2. Ação de consignação de aluguéis e acessório da locação

No NCPC, a ação de consignação (arts. 539 a 549) está inserida no capítulo intitulado “Dos Procedimentos Especiais”, juntamente com a ação de exigir contas, as ações possessórias, a ação de divisão e remarcação de terras particulares, a dissolução parcial de sociedade, o inventário e a partilha, os embargos de terceiro, a oposição, a habilitação, as ações de família, a ação monitória, a ação de homologação do penhor legal, a regulação de avaria grossa, a restauração de autos e os procedimentos de jurisdição voluntária.

Por se tratar de procedimento especial, tem rito próprio e sua modelagem apresenta peculiaridades, assim como acontece na Lei de Locações (art. 67).

Em relação aos procedimentos previstos na lei especial e na lei geral, algumas observações merecem ser feitas.

Na Lei nº 8.245/91, uma vez determinada a citação do réu, o autor será intimado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, efetuar o depósito judicial da importância indicada na exordial (art. 67, II).

No NCPC, por sua vez, o autor requererá desde logo o depósito da quantia devida, a ser efetivada no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento (art. 542, I).

Pergunta-se, então: qual dos prazos deve prevalecer? Entendemos que, por se tratar de lei especial, a sistemática da Lei de Locações deve ser respeitada. Até porque, como visto, o NCPC será aplicado apenas de forma supletiva.

Aliás, um bom exemplo de aplicação supletiva do NCPC em relação à ação consignatória se refere ao depósito das prestações vincendas.

A lei extravagante menciona o depósito das obrigações que vencerem durante a tramitação do feito e “até ser prolatada a sentença de primeira instância, devendo o autor promover os depósitos nos respectivos vencimentos” (art. 67, III).

Por sua vez, o NCPC estabelece que, em se “tratando de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar depositando, no mesmo processo e sem formalidades, as que forem vencendo, desde que o faça em 5 (cinco) dias contados do respectivo vencimento” (art. 541).

Ou seja, enquanto a lei especial limita o depósito dos valores até a sentença, a lei geral autoriza o depósito das parcelas vincendas até 5 (cinco) dias contados dos respectivos vencimentos, sem limitação temporal e maiores formalidades.

Nesse particular, não temos dúvidas de que a disposição do NCPC está em total sintonia com os princípios da efetividade e da economia processual, e, ao mesmo tempo, desburocratiza os procedimentos da ação consignatória, racionalizando a prestação jurisdicional.

Assim, diante do tratamento mais acanhado da Lei de Locações nesse ponto específico, soa mais razoável prestigiar os princípios gerais do NCPC, aplicando-o supletivamente (art. 1.046, § 2º, do NCPC).

Note-se que, diferentemente da ação de despejo, que seguirá o procedimento comum, não é tão simples sustentar a necessidade de designação de audiência de conciliação ou de mediação na ação de consignação de aluguéis e acessórios da locação.

Embora saibamos que o juiz pode, a qualquer tempo, promover a auto-composição das partes (art. 139, V, do NCPC) e que o procedimento comum é aplicável subsidiariamente aos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, do NCPC), não há qualquer dispositivo na Lei nº 8.245/91 que preveja a realização de audiências em demandas dessa natureza. Além disso, a busca por celeridade dentro do microsistema da lei especial é mais um elemento que nos faz pensar que a audiência de conciliação/mediação não será designada.

Quanto ao prazo da contestação, duas observações são pertinentes: a contagem deve ser feita em dias úteis (art. 219 do NCPC), aplicando-se a regra geral. Além disso, eventual reconvenção oferecida pelo locador para pleitear o despejo e a cobrança dos valores objeto da controvérsia ou da diferença do depósito inicial (art. 67, VI, da Lei nº 8.245/91) deve ser deduzida na própria peça de defesa (art. 343 do NCPC).

Ressalte-se que, por força do artigo 343, § 3º, do NCPC, a reconvenção pode ser oferecida pelo réu contra o autor e também um terceiro, mesmo que este não figure na demanda originária. Ou seja, o locador pode oferecer a reconvenção contra o locatário e seu fiador, ainda que este último não figure na lide originária. Em outras palavras, essa ampliação da participação

dos sujeitos processuais permitirá que o locador direcione eventual execução contra o fiador, trazendo-o desde logo para a demanda.

4.1.3. Ação revisional

O artigo 68 da Lei Locações prevê que o rito da ação revisional é o sumário. Porém, como já destacado, o NCPC passou a adotar apenas o procedimento comum.

O que acontecerá, então, com as ações em curso que tramitam pelo rito sumário?

A resposta é simples e, como já adiantado, está no artigo 1.046, § 1º, do NCPC. Tal dispositivo estabelece que as regras relativas “ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.”

Ou seja, até a sentença, continuarão sendo aplicadas as regras do procedimento sumário (CPC de 1973) e, depois disso, as ações seguirão o procedimento comum.

Para as ações novas, aplicar-se-á diretamente o procedimento comum (1.049, parágrafo único, do NCPC). Assim, quando cabível, o juiz deverá designar audiência de conciliação e mediação, e não mais aquela antiga audiência do procedimento sumário (art. 68, II, da Lei de Locações).

Alguma controvérsia pode existir em relação ao prazo para o réu contestar a demanda. Isso porque, o artigo 68, IV, da Lei de Locações dispõe que a contestação deverá ser apresentada na audiência de conciliação, caso o acordo não seja alcançado.

Poder-se-ia cogitar de uma situação peculiar, em que o réu deveria apresentar a contestação ao final da frustrada audiência de conciliação/mediação.

Todavia, pensamos que essa disposição da Lei de Locações, que, aliás, segue a mesma padronização do artigo 278 do CPC de 1973, só fazia sentido dentro da sistemática do procedimento sumário, não devendo ser preservada diante da aplicação do procedimento comum.

Até porque, convenhamos, eventual apresentação da contestação na própria audiência parece ferir o espírito do estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos. Ora, se o réu já pagou os honorários de seu advogado para preparar a defesa, qualquer mínimo desgaste na audiência o fará apresentar desde logo a contestação, encerrando automaticamente a tentativa de composição amigável.

Considerando a extinção do procedimento sumário, entendemos que não se deveria criar uma situação híbrida (apresentação da contestação na própria audiência de conciliação ou mediação), sob pena de flagrante insegurança jurídica e ruptura da coesão sistêmica.

Portanto, defendemos a aplicação das regras do procedimento comum, inclusive em relação ao prazo da contestação (art. 335 do NCPC).

De outra banda, em relação à possibilidade de fixação de aluguel provisório, a pedido do locador ou do locatário, nada mudou. Desde que presentes os requisitos, o aluguel provisório poderá ser requerido via tutela antecipada em caráter antecedente (art. 303 do NCPC).

Enxergamos com ressalvas a possibilidade de estabilização da tutela nessa demanda, uma vez que, à luz do artigo 68, III, da Lei nº 8.245/91, o réu pode pedir que o aluguel provisório seja revisto “sem prejuízo da contestação e até a audiência”.

Em razão da remodelagem do rito da ação revisional, a melhor interpretação seria admitir que o réu pode requerer a revisão do valor do aluguel provisório até a apresentação da contestação, respeitando-se a sistemática do artigo 335 do NCPC.

Assim, mesmo que o réu não interponha agravo de instrumento no prazo legal, a tutela não se estabilizará, sobretudo porque o inciso V do artigo 68 da lei especial dispõe que o pedido de revisão “interrompe o prazo para interposição de recurso contra a decisão que fixar o aluguel provisório”.

Nessa hipótese específica, portanto, sequer poder-se-ia falar em preclusão imediata da referida decisão diante da ausência de agravo de instrumento, o que apenas reforça o pensamento quanto ao descabimento da estabilização da tutela.

A dúvida existirá quando o pedido de revisão for indeferido depois da apresentação da contestação e o prejudicado não interpuser agravo de instrumento. Aí, nesse caso, existirá espaço para sustentar a possibilidade de estabilização da tutela (especialmente para aqueles que sustentam o cabimento da estabilização da tutela incidental), mas a questão é controversa e, particularmente, não concordamos com a estabilização da tutela antecipada incidental, diante da ausência de previsão legal.

Por fim, uma última questão a ser analisada diz respeito à exigibilidade da diferença do valor dos aluguéis revistos.

De acordo com o artigo 69 da Lei de Locações, as diferenças devidas pelo locatário a título de aluguel, no caso de revisão a maior do valor, somente serão exigíveis após o trânsito em julgado da sentença.

Ocorre que as apelações interpostas contra as sentenças proferidas nos procedimentos especiais da Lei nº 8.245/91 não têm efeito suspensivo (art. 58, V, da Lei de Locações), o que, em tese, permite o cumprimento provisório do título executivo mediante caução (ação de despejo, por exemplo, art. 63, § 4º).

Essa diferença de tratamento dentro da mesma lei sempre foi questionada, mas parece que, agora, por força da aplicação do procedimento comum à ação revisional, a problemática se agrava.

Isso porque, de acordo com o NCPC, o interessado, após a prolação da sentença, poderá dar início desde logo ao cumprimento provisório da sentença (arts. 520 e ss c/c 1.012, § 2º, do NCPC), devendo observar as regras ali estabelecidas, como, por exemplo, a necessidade de prestação de caução para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar prejuízo ao executado.

Com respeito aos que assim não entendem, parece não fazer mais sentido postergar a execução dos valores devidos na ação revisional para após o trânsito em julgado, uma vez que o próprio procedimento comum – a ser aplicado na ação revisional – já prevê freios que protegem o patrimônio do devedor executado provisoriamente.

Além disso, prestigiar a literalidade do artigo 69 nos tempos atuais é estimular o devedor a interpor recursos sucessivos apenas para impedir o início da execução, o que viola a efetividade e a duração razoável do processo.

Note-se que, dentro do próprio microsistema da lei de locações, essa previsão do artigo 69 não guarda coerência, pois, além do disciplinamento diferente para a ação de despejo, nas ações renovatórias (cujas sentenças também não têm efeito suspensivo), o legislador autoriza a execução dos aluguéis vencidos dentro dos próprios autos e “pagos de uma só vez”, sem mencionar a exigência do trânsito em julgado (art. 73).

Sob outro prisma, entendemos que essa disposição do artigo 69 materializa verdadeira lacuna axiológica, pois, ainda que exista um preceito normativo, uma vez aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.¹⁵

4.1.4. Ação renovatória

De todos os procedimentos especiais regulados pela Lei de Locações, a ação renovatória será a menos impactada pelo NCPC.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

Note-se que, como a lei especial não indica o procedimento a ser aplicado – diferentemente da ação de despejo e da revisional –, deve ser observado o procedimento comum (art. 79 da Lei de Locações c/c 1.049 do NCPC).

Consequentemente, as reflexões feitas nos itens anteriores, especialmente quanto às novas etapas do procedimento comum e o termo *a quo* da contestação, também são válidas aqui.

Embora a lei não preveja a possibilidade de o autor formular um pedido de tutela de urgência para fixação de aluguel provisório, entendemos que o pleito pode ser formulado pelo locatário ou sublocatário. Ainda que não seja tão comum, pode ocorrer, por exemplo, uma repentina desvalorização imobiliária, capaz de justificar a urgência na revisão do valor do aluguel no próprio bojo da ação renovatória, sem necessidade de uma ação revisional.

Por coerência e isonomia, o valor não deveria ser inferior a 80% (oitenta por cento) do valor vigente a título de aluguel, caso a proposta do locatário seja, na pior das hipóteses, de manutenção do mesmo (arts. 68, II, b c/c 72, § 4º, da Lei 8.245/91).

Fica difícil imaginar a possibilidade de estabilização da tutela, caso o réu não interponha agravo de instrumento, pois essa discussão sobre o aluguel é acessória e vinculada a um futuro comando judicial em torno da renovação ou não do contrato de locação. Em outras palavras, a higidez da decisão que fixa o aluguel provisório – precária – depende da análise da própria questão de fundo.

Por fim, impende salientar que, de acordo com o art. 72, § 4º, da Lei de Locações, o locador ou o sublocador poderá, na contestação, pedir a fixação de aluguel provisório para vigorar a partir do primeiro mês do prazo do contrato a ser renovado, não excedente a 80% (oitenta por cento) do pedido. Trata-se de exemplo de tutela antecipada requerida na peça de defesa, o que retira o caráter antecedente da medida e impede a sua estabilização.

4.2. Outras questões polêmicas

O NCPC não impactará apenas os procedimentos especiais regulados pela Lei de Locações, mas o próprio microsistema da lei extravagante como um todo.

Passaremos a examinar agora algumas situações específicas.

4.2.1. Tramitação dos processos durante as férias forenses?

O artigo 58, I, da Lei de Locações estabelece que as ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de

aluguel e renovatórias de locação tramitam normalmente durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas.

Ocorre que as férias coletivas foram abolidas pela Emenda Constitucional n.º 45 /2004, que acrescentou o inciso XII ao art. 93 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.”

Por força do referido comando constitucional, somente os tribunais superiores continuam com as chamadas férias coletivas, a justificar, inclusive, as disposições dos artigos 214 e 215 do NCPC.

Importante ter em mente que, depois da EC 45/2004, com o fim das “férias coletivas”, período que os advogados normalmente aproveitavam para “descansar”, houve uma grande pressão dos causídicos por “férias” nos meses de dezembro a janeiro.

Porém, como não se poderia falar mais em “férias”, o pleito passou a ser para que fossem decretados feriados ou determinada a “suspensão de prazos” nesse período de final de ano.

Alguns tribunais aceitaram o requerimento da advocacia e, tempos depois, o CNJ decidiu que cada tribunal teria autonomia para decidir a respeito do tema (Resolução n.º 08/2005).

Assim, muitos tribunais suspenderam o expediente forense do dia 20 de dezembro a 06 de janeiro, com a suspensão dos prazos, da publicação dos acórdãos e das decisões, o chamado “recesso forense”.

Entretanto, esse recesso continuava sendo criticado por parcela da advocacia, principalmente os advogados autônomos, que só tinham esse período no ano para tirar “férias”.

Em meio a toda essa discussão, tramitava no Congresso o texto do NCPC. E qual foi a solução? Prever a suspensão do curso dos prazos processuais nos dias 20 de dezembro a 20 de janeiro, inclusive.

Significa dizer que, nesse período, os fóruns estarão abertos, funcionando normalmente, mas os prazos ficarão suspensos¹⁶. A suspensão só atinge prazos processuais, e não de direito material. Em outras palavras, haverá expediente forense, sem audiências e sessões de julgamento, mas atos que não dependam dos advogados poderão ser praticados.

16 ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz e DUARTE; Zulmar. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015**. São Paulo: Método, 2015, p. 692.

A dúvida é saber se eventual prazo decadencial (ação renovatória, por exemplo) que vença durante esse período de suspensão pode ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente ou não.

Nesse particular, vale registrar que, em caso de recesso forense, o STJ entende que o prazo prescricional ou decadencial pode ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente (REsp 1.446.608/RS).

Mas, fica a dúvida, será que esse período fixado pelo NCPC será interpretado pela jurisprudência como efetivo recesso forense, ou uma mera suspensão especial de prazos processuais?

Acreditamos que a intenção do legislador foi conferir um tratamento diferenciado à questão e prever apenas a suspensão dos prazos processuais. Tanto é verdade que, “ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, **os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput**” (art. 220, § 1º, do NCPC).

Ou seja, será um período para os magistrados adiantarem seus trabalhos, sem necessidade de realização de audiência e sessões de julgamento (§ 2º).

Embora seja possível fazer um paralelo com o prazo decadencial da ação rescisória (art. 975, § 1º, do NCPC), alguns argumentos podem afastar a prorrogação do prazo decadencial ou prescricional para o primeiro dia útil subsequente. Primeiro, porque tais prazos não são processuais (art. 220, *caput*). Segundo, porque o funcionamento dos tribunais será regular, com exceção da realização das audiências e sessões de julgamento (art. 220, §§ 1º e 2º - o argumento de que o expediente era limitado no recesso sempre foi utilizado pelo STJ para autorizar a prorrogação do termo *ad quem*). E terceiro, porque o processo eletrônico permite o protocolo da petição inicial sem necessidade de comparecimento ao Fórum.

Assim, até que a controvérsia seja dirimida pela jurisprudência, a sugestão é cumprir os prazos de direito material antes do período de suspensão previsto no artigo 220 do NCPC ou mesmo no seu decorrer, observando o efetivo termo *ad quem*.

4.2.2. Ausência de efeito suspensivo da apelação e imediato cumprimento provisório da sentença

Uma grande alteração trazida pelo NCPC e que veio em boa hora diz respeito à possibilidade de imediato cumprimento provisório das sentenças contra

as quais a futura apelação não tenha efeito suspensivo, caso, por exemplo, das sentenças proferidas nas ações locatícias (art. 58, V, da Lei de Locações).

Com isso, o vencedor não precisará mais aguardar o juiz receber a apelação (não há mais o juízo de admissibilidade prévio pelo magistrado – art. 1.010, § 3º, do NCPC), podendo promover desde logo o cumprimento provisório da sentença após a sua publicação (art. 1.012, § 2º, do NCPC).

Imaginemos uma ação de despejo, por exemplo: a partir de agora, uma vez publicada a sentença decretando o desalijo do réu, o locador poderá dar início desde logo ao cumprimento provisório da decisão, o que confere maior efetividade ao processo.

É bem verdade que a parte contrária pode postular a atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso (art. 1.012, § 3º, incisos I e II, e § 4º, do NCPC), mas devemos reconhecer que, na prática, essa alteração legislativa representa um avanço e significa um grande ganho de tempo. Até porque, muitas vezes uma apelação demora meses para ser juntada aos autos e o processo permanece concluso por um longo lapso temporal.

4.2.3. Despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio x título executivo extrajudicial: cuidados especiais para o locador

Na parte dos títulos executivos extrajudiciais, uma das grandes novidades do NCPC está na inclusão do “crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas” no rol dos títulos que ostentam essa natureza (art. 784, X).

Como se sabe, a previsão orçamentária do condomínio é aprovada na assembleia geral, ali se fixando o valor da contribuição condominial ordinária (art. 1.350 do Código Civil). Por sua vez, as contribuições extraordinárias são aprovadas em assembleia geral extraordinária (art. 1.341, §§ 2º e 3º, do Código Civil).

Ocorre que, com alguma frequência, condôminos se tornam inadimplentes e isso acaba onerando os demais, pois os condôminos são responsáveis pelo rateio das despesas comuns (art. 1336, I, do Código Civil).

Por outro lado, a inadimplência do condômino obrigava o condomínio a lançar mão de uma ação de cobrança para reaver os valores devidos, o que nem sempre era muito célere.

Porém, a partir de agora, em caso de inadimplência em relação às contribuições ordinárias ou extraordinárias do condomínio, esse último pode ajuizar diretamente uma execução por título extrajudicial em face do proprietário do imóvel, diante da nova natureza do título.

E isso traz reflexos imediatos para as relações locatícias, obrigando, por exemplo, o locador a acompanhar mais de perto a regularidade dos pagamentos de responsabilidade do locatário relacionados ao condomínio (art. 23, § 1º, da Lei de Locações).

Isso porque, caso os valores não sejam pagos, poderá o condomínio, mediante a comprovação das despesas, ajuizar dele logo uma execução por título extrajudicial em face do locador, sendo certo que, se a dívida não for paga, no prazo de 3 (três) dias (art. 829 do NCPC), o condomínio poderá requerer a penhora de bens, inclusive do próprio imóvel.

Trata-se de aspecto relevante que deve modificar a forma como os locadores fiscalizam as obrigações de seus locatários.

4.2.4. Formas de citação, intimação e notificação

O artigo 58, inciso IV, da Lei de Locações estabelece que, desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação será feita mediante correspondência com aviso de recebimento, isto é, via postal.

No longínquo ano de 1991, o dispositivo foi considerado um grande avanço, pois, naquela época, o CPC não permitia a citação postal, o que foi sendo modificado ao longo do tempo.

De qualquer forma, a própria lei especial autoriza a citação, a intimação e a notificação “nas demais formas previstas no Código de Processo Civil”, o que apenas corrobora a total aplicabilidade do NCPC.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o NCPC prevê um novo mecanismo de citação para as pessoas jurídicas, com exceção das micro e pequenas empresas. A partir de agora, todas as demais empresas têm o dever de se cadastrar junto ao Tribunal, uma vez que as citações e intimações serão feitas preferencialmente por meios eletrônicos (art. 246, § 1º, do NCPC), com base na Lei nº 11.419/2006.

Tal medida pode acelerar a angularização das relações processuais nas ações locatícias, garantindo a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.

4.2.5. Negócios Jurídicos Processuais

Assim como já acontece na arbitragem, o NCPC positiva e incentiva a realização dos negócios jurídicos processuais, que são pactos firmados entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de fixação de regras que servirão para normatizar – de forma distinta daquela prevista na lei – algum aspecto processual ou procedimento da solução de eventual litígio que venha a surgir¹⁷.

Note-se que o artigo 190 do novo diploma legal estabelece que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ou seja, o NCPC prestigia e valoriza a autonomia da vontade, princípio também marcante nas relações locatícias. Com efeito, são vários os dispositivos da Lei de Locações que autorizam as partes a pactuarem regras específicas e convencionarem algumas questões pontuais (art. 9, I, 17, 18, 19, 54, 85, parte inicial, etc.), ressalvadas apenas as exceções previstas na própria legislação especial (vide arts. 45 e 85, parte final).

Portanto, via de regra, o que não for expressamente proibido pela Lei de Locações, poderá ser livremente pactuado pelas partes. Em relação aos ajustes de natureza procedimental e que tenham repercussão no processamento das ações judiciais e nos poderes do juiz, o balizador será a ordem pública processual, tema que demandaria uma obra específica, diante das inúmeras peculiaridades e nuances.

Apenas a título ilustrativo, podemos mencionar exemplos do que poderia ser convencionado pelo locador, pelo locatário e pelo fiador na fase contratual: cláusulas de paz (opção pelos métodos alternativos de solução de conflitos antes de eventual judicialização da matéria), de rateio das despesas processuais, de eleição de foro, de escolha do perito, de dispensa de caução para execução provisória, de impenhorabilidade de algum bem, de redistribuição do ônus da prova, de renúncia bilateral de recurso, etc.

A propósito, já existem vários Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) regulando a questão dos negócios jurídicos processuais (Enunciados nº 19, 20, 21, 135, 262, 403, 490, 580, entre outros).¹⁸

¹⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 112.

¹⁸ Transcreve-se, como exemplo, o Enunciado nº 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não

O tema é desafiador e certamente impactará as relações locatícias reguladas pela Lei nº 8.245/91.

5. CONCLUSÃO

Temos um novo código e devemos respeitá-lo. As críticas e os questionamentos sempre vão existir e fazem parte do processo de amadurecimento do direito.

Além das questões aqui examinadas, muitas outras discussões serão dissipadas pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo (como, por exemplo, a pertinência da prova técnica simplificada em ações revisionais, o enfrentamento de questões prejudiciais e o trânsito em julgado da respectiva decisão, o cabimento da consignação extrajudicial, etc.).

Neste artigo, nos dedicamos à aplicação do NCPC aos procedimentos especiais regulados pela Lei de Locações (despejo, consignação de aluguel e acessórios da locação, revisional e renovatória), demonstrando que tais procedimentos permanecem hígidos.

Porém, como visto, algumas regras da lei especial devem ser compatibilizadas com as normas de NCPC, por força da aplicação supletiva desse último, de modo a assegurar a coesão sistêmica e a integridade do ordenamento jurídico como um todo. Microsistemas herméticos e estanques podem gerar perplexidades jurídicas.

Em relação às ações de despejo, demonstramos a possibilidade de concessão de tutela antecipada antecedente, que inclusive pode ser estabilizada, e de tutela de evidência. Defendemos ainda que o prazo da purga da mora deve ser contado em dias úteis a partir da citação, e não a partir de eventual audiência de conciliação/mediação frustrada.

Quanto à ação de consignação de aluguel e acessórios da locação, sustentamos a aplicabilidade do prazo da lei especial e a aplicação supletiva do NCPC no que tange às prestações vincendas.

Com relação à ação revisional, consignamos que o rito da ação não será mais o sumário, e sim o procedimento comum do NCPC, defendendo

promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (*Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RJ, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba*)

a impossibilidade de estabilização da tutela antecedente se o réu recorrer da decisão que fixar o aluguel provisório até a contestação.

No tocante às ações renovatórias, poucos foram os impactos do NCPC, mas sustentamos a possibilidade de o locatário/sublocatário formular um pedido de tutela provisória para fixação do aluguel provisório.

Nada obstante, abordamos algumas novidades do NCPC que poderão impactar as relações locatícias, inclusive na etapa negocial, especialmente os negócios jurídicos processuais.

Esperamos que a bússola interpretativa de nossos tribunais esteja calibrada para dissipar, com isonomia, as controvérsias e consolidar, com brevidade, entendimentos jurisprudenciais, prestigiando os princípios norteadores do novo processo civil. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil.** São Paulo: LTr, 2015, p. 112.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. Repercussões do novo Código de Processo civil nos procedimentos da Lei de Locações. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.). **Repercussões do novo CPC na legislação extravagante.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232-233.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREIRE, Bruno. O artigo 3º do novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho. Os meios alternativos de solução de conflitos se aplicam nessa seara processual? **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 17-19, maio/2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC não é o que queremos que ela seja. Disponível em <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015>. Acesso em 10.03.2017.

GRECO, Leonardo. A Tutela da urgência e da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 14, p. 296-330, jul./dez.2014.

NETO, Antonio de Moura Cavalcanti. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. Disponível em https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 25.03.2017.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. **Revista do Ministério Público. Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 56, p. 63-91, abr./jun. 2015.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Novo CPC e a Lei de Locações: um tiro pela culatra? Disponível em <http://blog.tudodoncpc.com.br/novo-cpc-e-lei-de-locacoes-um-tiro-pela-culatra-por-andre-vasconcelos-roque/>. Acesso em 02.04.2017.

_____; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz e DUARTE; Zulmar. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015**. São Paulo: Método, 2015, p. 692.

SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada”. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. ed. 55, 2015, p. 91. Disponível em http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/page88.html. Acesso em 20.03.2017.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Disponível em http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23. Acesso em 28.03.2017.

As Remoções Forçadas na Cidade do Rio de Janeiro à Luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Eleonora Mesquita Ceia

Doutora em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade de Saarland, Uds, Saarbrücken, Saarland, Alemanha. Professora Adjunta I de Direito Constitucional e Direito Internacional Público da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Raphael Cautchs de Queiroz Vasques

Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

RESUMO: A dinâmica das remoções forçadas na cidade do Rio de Janeiro, no contexto da política municipal de reestruturação urbana para a realização de megaeventos na cidade, evidencia uma atuação do Estado em prol de investimentos privados às custas do real interesse público. As remoções envolvem transgressões aos direitos de informação e de segurança, culminando, em regra, com o reassentamento dos indivíduos em zonas distantes da moradia original, desprovidas de boas condições de habitabilidade e serviços públicos. O Brasil é juridicamente vinculado aos parâmetros do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que compreende o conceito adotado pela ONU de direito à moradia adequada. A partir da literatura especializada, o artigo busca fundamentar a responsabilidade internacional do Brasil, com base na violação do direito humano, à moradia adequada dos indivíduos afetados pelas remoções forçadas realizadas nos últimos anos na cidade do Rio de Janeiro.

PALAVRAS-CHAVE: Remoções forçadas. Direito à moradia adequada. Megaeventos. Rio de Janeiro. Sistema interamericano de direitos humanos.

ABSTRACT: The dynamics of forced removals in the city of Rio de Janeiro, within the context of local urban restructuring policy for the realization of mega-events, shows a State action in favor of private investments at the expense of real public interest. The removals involve transgressions against the right of information and security, culminating, as a rule, with the resettlement of the individuals to distant areas from their original home devoid of good living conditions and public services. Brazil is legally bound to the parameters of the Inter-American system of human rights protection, which includes the concept of the right of adequate housing adopted by the UN. By investigating the specialized literature, the article seeks to ground Brazil's international responsibility based on the violation of the human right to adequate housing of individuals affected by forced removals carried out in recent years in the city of Rio de Janeiro.

KEYWORDS: Forced Removals. The right to adequate housing. Mega events. Rio de Janeiro. Inter-American System of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O debate em torno dos efeitos negativos de megaeventos sobre a realização do direito à moradia não é novo. Em relatório de 2009, Raquel Rolnik, Relatora da ONU para o direito à moradia adequada entre 2008 e 2014, já alertava para a conversão desses eventos em lucrativas oportunidades de negócios para investidores privados, mediante a cooperação direta do Estado, às custas de direitos básicos dos grupos populacionais mais vulneráveis¹.

Infelizmente a cidade do Rio de Janeiro, sede dos próximos Jogos Olímpicos, serve como exemplo deste alerta. Abandonando o slogan de Cidade Maravilhosa para se transformar em “Cidade Olímpica”, a população do Rio vem sofrendo graves violações dos direitos humanos, dentre elas as chamadas remoções forçadas. Estas podem ser consideradas fatos jurídicos, que se contrapõem ao direito humano à moradia adequada. De acordo com a legislação internacional, remoções podem ocorrer, desde que esgotados

¹ ROLNIK, Raquel. **Annual Report on the impact of mega-events on the realization of the right to adequate housing**. A/HRC/13/20. Nova York: ONU, 2009, p. 6ss. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/AnnualReports.aspx>> Acesso em: 11 jan. 2016.

todos os recursos cabíveis para atingir o objetivo pretendido, ou seja, como último recurso, devendo estar sempre de acordo com a legalidade.

Não obstante, moradores que foram removidos das favelas cariocas relatam que o seu primeiro contato com o tema foi ao retorno do trabalho para casa, quando se depararam com a sigla SMH pichada em suas residências. Posteriormente, puderam entender do que se tratava a sigla - “Secretaria Municipal de Habitação” - o novo “ponha-se na rua” que indicava a obrigatoriedade da futura mudança de vida². Dessa forma, o deslocamento compulsório da população às periferias esquecidas da cidade cede lugar à utilização de localidades privilegiadas do espaço urbano a investimentos imobiliários.

O processo de reestruturação da cidade à luz da realização de megaeventos associa-se, portanto, a interesses privados, em prejuízo da efetivação de direitos sociais tão essenciais, tal como a moradia adequada. As justificativas de revitalização urbana, criação de empregos e melhoria nos serviços públicos transformam-se em políticas de marginalização e exclusão social³.

O artigo busca fundamentar a violação do direito à moradia adequada pelo Estado brasileiro, no contexto das remoções forçadas realizadas na cidade do Rio de Janeiro, com vistas à promoção de megaeventos. O País já fora advertido pelo Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante, Comitê) pelas remoções forçadas de quilombos em benefício dos interesses de empresas mineradoras⁴. Não obstante, defende-se a responsabilidade do País frente a um órgão internacional ao qual esteja juridicamente vinculado, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, Corte IDH).

O Brasil é Parte do Pacto de San José, incorporado ao direito brasileiro mediante a promulgação e publicação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Com isso, o País assume obrigações internacionais negativas e positivas. Por um lado, passa a ter o dever de não infringir os direitos garantidos pelo Pacto (artigo 1º) e, por outro lado, contrai o compromisso de adotar as medidas necessárias para efetivar o pleno exercício de tais direitos, como, por exemplo, por meio da adequação da sua legislação interna ao Pacto (artigo 2º). Ademais, o Brasil reconhece a jurisdição

2 FAULHABER, Lucas; AZEVEDO, Lena. **SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico**. Rio de Janeiro: Mórula, 2015, p. 51.

3 COMITÊS POPULARES DA COPA. **Dossiê: megaeventos e violações de direitos humanos no Brasil**, 2014, p. 14. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2012/01/DossieViolacoesCopa.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

4 CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS. **Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú**. Ginebra: COHRE, 2006, p. 23.

obrigatória da Corte IDH, mediante declaração formal, promulgada por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Como resultado, as disposições do Pacto e as sentenças da Corte IDH são juridicamente vinculantes para o País, sob pena de responsabilidade internacional em caso de descumprimento.

O artigo inicia com a vinculação do Brasil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em seguida, estuda o conceito do direito à moradia adequada. A Corte IDH não decidiu ainda um caso de remoções forçadas, mas apresenta jurisprudência sólida sobre as obrigações dos seus Estados-Partes referentes à efetividade do direito à moradia adequada, segundo os parâmetros adotados pela ONU. Após, o artigo analisa o procedimento, as justificativas e os resultados da política municipal de remoções forçadas na cidade do Rio de Janeiro no contexto dos megaeventos, ressaltando as violações a direitos humanos derivadas da mesma. Por fim, conclui a favor da responsabilidade internacional do Brasil pela violação do direito humano à moradia adequada, resultado das remoções forçadas realizadas nos últimos anos na cidade do Rio de Janeiro.

2. A VINCULAÇÃO DO BRASIL AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A expressão “direitos humanos” refere-se às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. São, portanto, direitos outorgados a toda pessoa humana, por conta de sua condição como tal. Logo, têm caráter universal, pois valem para todos os seres humanos de todos os lugares e de todas as épocas.

É sabido que, mesmo antes do fim da II Guerra Mundial, tais direitos já desfrutavam de proteção na seara internacional. Todavia, é após o término do referido conflito que os direitos humanos assumem relevância central no direito internacional público⁵. Como forma de evitar a repetição das massivas violações a direitos humanos perpetradas durante a II Guerra, a partir de 1945, os Estados conjugam esforços no plano internacional mediante a criação de organizações internacionais e a adoção de documentos internacionais de proteção da pessoa humana. Dentre tais documentos, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada em dezembro de 1948, no seio da Assembleia-Geral da ONU. A Declaração representa

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109ss.

a “afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre os valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”⁶.

Quais seriam os direitos qualificados como direitos humanos? Poder-se-ia defender que somente os direitos tradicionais, de cunho político e civil, conquistados mediante revoluções, entre os séculos XV e XVIII. Com exclusão, assim, dos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos, pois conquistados posteriormente e dependentes de prestações concretas do Estado⁷.

No entanto, a doutrina refuta tal visão, com fundamento na tese de que todos os direitos humanos possuem como raiz única o princípio da dignidade humana. Tal princípio defende a natureza única e insubstituível do indivíduo, vedando, por consequência a sua instrumentalização pelo Estado e pelos demais indivíduos⁸. Como todos os direitos humanos advêm desta noção de dignidade, eles são indivisíveis, interdependentes e complementares. São direitos históricos, que não se substituem ao longo do tempo, mas foram conquistados por meio de revoluções e guerras, e se complementam num processo de expansão e fortalecimento. Logo, não há hierarquia entre direitos humanos; na verdade, eles formam um sistema unitário, cujo núcleo central seria a dignidade humana.

Consequentemente, a DUDH representa um documento de consenso acerca dos direitos eleitos como direitos humanos, porém, após tal documento a comunidade internacional criou e desenvolveu outras categorias de direitos humanos, constituídas e reconhecidas em múltiplas fontes de Direito Internacional. Assim, temos os direitos humanos relacionados aos direitos políticos, aos direitos econômicos e sociais, aos ambientais, aos culturais, às formas de eliminação da pobreza e da miséria, à descolonização, aos direitos dos povos indígenas etc.⁹

A própria DUDH reconhece a indivisibilidade dos direitos humanos, na medida em que, de forma inédita, conjuga o catálogo dos direitos civis e políticos (artigo 3 ao artigo 21) com o dos direitos econômicos, sociais

6 PIOVESAN, 2007, p. 130.

7 SILVA, Fernando Fernandes da. O Direito Internacional, os Direitos Humanos e os Direitos Culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 659.

8 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 76-77.

9 SILVA, op.cit., pp. 660-661.

e culturais (artigo 22 ao artigo 28). Como aponta Flávia Piovesan, a Declaração “combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade”¹⁰.

Ao lado desse sistema universal de proteção dos direitos humanos, há os sistemas regionais de proteção da pessoa humana, dentre os quais destaca-se o sistema interamericano de direitos humanos, para o propósito do presente artigo. Cumpre salientar que, entre o sistema ONU e os sistemas regionais, existe uma relação de complementariedade, e não concorrência, de forma a garantir a máxima proteção ao indivíduo enquanto sujeito do direito internacional.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é marcado pelo elevado grau de desigualdade social e pelas “jovens” democracias da região latino-americana. Vale dizer, é um sistema que possui como desafio principal o fomento da cultura de proteção dos direitos humanos, como instrumento para erradicar a pobreza e os resquícios de impunidade e violência estatal, oriundos dos regimes ditatoriais da história recente da América Latina.

A origem histórica deste sistema remonta à proclamação da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948. A Carta da OEA é o tratado constitutivo da referida Organização, cujo objetivo é a defesa dos interesses do continente americano, buscando soluções pacíficas para o desenvolvimento econômico, social e cultural dos países da região. Por sua vez, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é uma recomendação aprovada pelos Estados-Membros da OEA que reúne os direitos humanos previstos na Carta desta Organização. Até a conclusão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “a Convenção”), em 1969, a Declaração serviu de base normativa de proteção no sistema interamericano e continua sendo para os Estados que não ratificaram a Convenção, como os EUA e o Canadá¹¹.

Após a adoção desses dois instrumentos normativos, iniciou-se um processo gradual de evolução dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. Assim, em 1959, foi criado um órgão especializado para atuar de forma específica na promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. E, dez anos mais tarde, em 1969, surge a instituição

¹⁰ PIOVESAN, 2007, p. 131.

¹¹ GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 89-90.

judiciária autônoma do sistema interamericano, nomeadamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos opera essencialmente mediante a atuação de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “a Comissão”) e a Corte IDH.

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos (artigo 41 da Convenção). Exerce tal tarefa, principalmente, por meio do exame de petições individuais e comunicações interestatais (artigos 44 e 45 da Convenção), bem como mediante a sua competência de submeter casos de violação de direitos humanos à Corte (artigo 61 da Convenção)¹².

Inicialmente, a Comissão deveria funcionar provisoriamente até a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, em razão da falta de ratificação da Convenção por todos os Estados-membros da OEA, surgiu um sistema duplo de proteção dos direitos humanos no continente americano. De um lado, o sistema geral, baseado na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – cujo órgão de garantia é a Comissão – vigente para os Estados que não fazem parte da Convenção. De outro lado, o sistema mais exigente fundado na Convenção, que é obrigatório somente para os seus Estados-Partes, cujos órgãos de garantia são a Comissão e a Corte.¹³

A Corte é a instituição judiciária autônoma do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, e não um órgão da OEA. Da mesma forma que os principais tribunais internacionais, a Corte possui duas competências principais: a competência contenciosa e a competência consultiva.

A competência contenciosa diz respeito à atribuição da Corte para julgar casos de violação dos direitos humanos apenas em relação aos Estados que reconheceram expressamente a sua jurisdição obrigatória (artigo 62 I da Convenção). Por seu turno, a competência consultiva consiste na função da Corte de formular pareceres sobre a interpretação da Convenção ou de quaisquer tratados relativos à proteção dos direitos humanos aplicáveis aos Estados americanos (artigo 64 I e II da Convenção).

A Convenção – também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica – é o documento normativo mais importante do sistema interameri-

¹² Diferentemente do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, os indivíduos não têm acesso direto à Corte, mas “somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”, conforme a redação do artigo 61 da Convenção.

¹³ GODINHO, op.cit., p. 91-92.

cano de proteção dos direitos humanos. Adotada em 1969, este documento reconhece um catálogo de direitos civis e políticos semelhantes ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966 no âmbito da ONU. Em contrapartida, a Convenção não enumera de forma específica qualquer direito social, econômico ou cultural. Esses direitos foram apenas consagrados no sistema interamericano, em 1988, com a adoção do Protocolo de San Salvador.¹⁴

Com a ratificação da Convenção, os seus Estados-Partes assumem obrigações negativas e positivas. Por um lado, passam a ter o dever de não infringir os direitos garantidos pela Convenção (artigo 1º) e, por outro lado, contraem o compromisso de adotar as medidas necessárias para efetivar o pleno exercício de tais direitos, como, por exemplo, por meio da adequação da sua legislação interna à Convenção (artigo 2º).

Tendo este dispositivo como fundamento, a Corte entende que nenhum Estado-Parte pode invocar a impossibilidade jurídica do cumprimento de suas sentenças com base em questões de legislação interna, em consonância com o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969¹⁵.

Os Estados-Partes da Convenção comprometem-se a cumprir as decisões da Corte em todo caso do qual forem partes. Em outros termos, as sentenças da Corte têm caráter vinculante, assim sendo o seu descumprimento geral a responsabilidade internacional do Estado infrator.

O Estado brasileiro é Parte da Convenção, incorporada ao direito brasileiro mediante a promulgação e publicação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Ademais, reconhece a jurisdição obrigatória da Corte mediante declaração formal, promulgada por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Como resultado, as disposições da Convenção e as sentenças da Corte são juridicamente vinculantes para o Brasil, sob pena de responsabilização internacional.

O presente artigo defende que as remoções forçadas violam diversos direitos de cunho civil, social, econômico e cultural – todos reconhecidos como direitos humanos – cujo conteúdo e caracterização serão examinados nas subseções seguintes.

14 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87ss.

15 O artigo 27 da CVDI/1969 prevê: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

3. O DIREITO À MORADIA ADEQUADA

O direito à moradia é um direito humano de cunho social consagrado em importantes documentos de direito internacional, dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 11), como transcrito respectivamente:

Artigo XXV - 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. [grifo nosso]¹⁶

Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. [grifo nosso]¹⁷

Com relação ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a despeito de o Pacto de San Salvador de 1988 não prever o direito à moradia, o artigo 26 da Convenção determina que “os Estados-Partes se comprometem a adotar providências [...], a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA”. Dentre tais normas encontra-se aquela que prevê o direito à moradia, segundo o artigo 34, da referida Carta:

Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar

¹⁶ MAGALHÃES, Fábio. **A Declaração dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2014, p. 92.

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 6 out. 2016.

seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas:
[...] k) **Habitação adequada** para todos os setores da população; [grifo nosso]¹⁸

Ainda que o artigo 26 se refira apenas à obrigação geral dos Estados-Partes de adotar providências para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais nele previstos, a doutrina majoritária entende que as obrigações dos artigos 1º e 2º da Convenção são aplicáveis a todos os direitos previstos nela – sejam de cunho de defesa sejam de cunho prestacional. Logo, a obrigação geral do desenvolvimento progressivo do artigo 26 não afasta a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais – tal como o direito à moradia – que envolvem, portanto, deveres imediatos aos Estados-Partes, como a garantia desses direitos de forma igualitária e a adoção de medidas legislativas e políticas públicas para a sua realização¹⁹.

Com efeito, o direito à moradia possui uma dupla dimensão positiva e negativa. Como explica Sarlet, a dimensão positiva relaciona-se com a função prestacional deste direito, mediante a obrigação do Estado de prover as condições materiais para garantir a existência digna do indivíduo (construção de habitações e acesso a saneamento básico, por exemplo). Por sua vez, a dimensão negativa relaciona-se com a função defensiva do direito, mediante a obrigação do Estado e dos demais indivíduos de não ingerir indevidamente na moradia das pessoas (não realizar remoções ilegais, por exemplo)²⁰.

Todos os documentos internacionais acima mencionados reconhecem que o direito à moradia faz parte de um direito mais amplo, qual seja, o direito a um nível de vida adequado. Daí a noção do direito à moradia adequada, cujo conteúdo infelizmente não é delimitado de forma específica pelas normas internacionais²¹. Em virtude disso, faz-se mister destacar o Comentário Geral nº 4 do Comitê, relativo à interpretação do artigo 11 do PIDESC, que enuncia os elementos essenciais do direito à moradia adequada.

18 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da OEA**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 6 out. 2016.

19 VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 19-20.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o direito à moradia como direito humano e fundamental e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 528-530.

21 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales**: Sistema Universal y Sistema Interamericano. San Jose: IIDH, 2008, p. 205.

De acordo com o parágrafo 7 do Comentário nº 4, o direito à moradia não deve ser interpretado restritivamente – como mera garantia de um teto sobre a cabeça dos indivíduos – mas, antes, ampliativamente, como um direito que abriga outros direitos humanos e que se refere não somente à moradia per se, mas à moradia adequada. Nessa perspectiva, moradia adequada significa “privacidade adequada, espaço adequado, segurança, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica adequada e localização adequada em relação ao trabalho e facilidades básicas, tudo a um custo razoável”²².

Por conseguinte, a interpretação do termo “adequada” deve levar em conta fatores sociais, econômicos, culturais e ambientais, notadamente: a segurança legal da posse; a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; o custo acessível; a segurança física dos habitantes; a acessibilidade, sobretudo às pessoas com deficiência; a localização que permita acesso a serviços sociais, como emprego, hospitais, escolas, saneamento, água potável, nutrição, energia etc; e o respeito à diversidade cultural dos habitantes.²³

Cumprе ressaltar que o Comitê, no seu Comentário Geral nº 7, não proíbe desocupações, desde que cumpram as seguintes condições: a) sua causa deve ser especificada em lei; b) sejam compatíveis com os objetivos e princípios dos instrumentos internacionais de direitos humanos; e c) não sejam desproporcionais ou arbitrarias²⁴.

Vale dizer, o direito à moradia – como os demais direitos – não é imune a restrições, podendo ser limitado em nome da garantia de outros bens jurídicos fundamentais. Contudo, para que tal restrição seja válida é necessário preservar o núcleo essencial do direito em questão, isto é, tal ingerência deve ser proporcional para alcançar o objetivo respectivamente perseguido. Nesse sentido, o próprio Estado está sujeito a limitações quando estabelece limites ao exercício dos direitos humanos²⁵.

Além disso, conforme o parágrafo 16, do Comentário nº 7, em caso de desocupações legais, o Estado tem o dever de garantir que os indivíduos não fiquem sem moradia ou expostos a outras violações de direitos humanos. Assim, o Estado deve proporcionar aos indivíduos outra moradia, reassentamento ou acesso a terras produtivas, sempre na maior medida que

22 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: SDH/PR, 2013, p. 35.

23 VERA, *op.cit.*, p. 207; BRASIL, 2013, p. 13.

24 VERA, *op.cit.*, p. 208.

25 Para um estudo completo sobre a teoria de “limite de limites” e o princípio da proporcionalidade ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137ss.

os seus recursos permitirem. Por isso, se não houver recursos ou se o Estado, por qualquer outro motivo, estiver impedido de assim proceder, ele não deve efetuar a desocupação.

*El ejercicio del derecho de propiedad del Estado, aun necesario para cumplir funciones públicas, no puede prevalecer sobre el respeto a los derechos humanos. En otras palabras, el Estado no puede cumplir sus fines valiéndose para ello de la privación de bienes tutelados por derechos fundamentales.*²⁶

Esse entendimento do Comitê sobre o direito à moradia adequada é o adotado no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, sendo seguido pela Corte IDH em sua jurisprudência²⁷, como, por exemplo, no caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” de junho de 2005:

*En este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa no cuentan con los servicios básicos mínimos. Las viviendas están precariamente construidas [...] no cuentan con energía eléctrica [...] los miembros de la Comunidad no tienen acceso a agua limpia [...] no cuentan con servicios sanitarios de algún tipo, [...] lo cual ocasiona que las condiciones de salubridad del asentamiento sean altamente deficientes. Como consecuencia [...] los miembros [...] padecen de desnutrición, anemia y de una parasitosis general. [...] en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.*²⁸

Como visto, o direito à moradia adequada guarda conexão estreita com outros direitos humanos, evidenciando a nota característica da indivisibilidade destes direitos. Por consequência, uma vez violado o direito à moradia, violados outros tantos direitos humanos vinculados a ele, tais

²⁶ VERA, op.cit., pp. 210-211.

²⁷ GIALDINO, Rolando E. El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos. **JA**, Buenos Aires, n. 10, mar. 2013, p. 46ss.

²⁸ CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No 125, par. 50.94–97 e 164. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016. Sobre a jurisprudência da Corte relacionada ao direito de moradia ver CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS, op.cit., pp. 24-25.

como o direito à igualdade²⁹, à privacidade³⁰, à propriedade³¹, à segurança³², à informação³³, ao trabalho³⁴, à saúde³⁵, à educação³⁶ e à cultura³⁷, dentre outros. Ademais, a moradia adequada associa-se diretamente ao chamado “direito à cidade”, cujo reconhecimento refere-se ao direito do indivíduo de experimentar e gerenciar democraticamente o espaço urbano, por meio do pleno exercício da cidadania, de forma a garantir a função social e ambiental tanto da propriedade quanto da cidade como um todo.

El reconocimiento del derecho a la vivienda [...] está vinculado a [...] una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad, a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar, incluso, en los asuntos públicos. Su vulneración pone en entredicho la integridad física y mental de las personas, su vida privada y familiar, y su libertad de residencia. La ausencia de una vivienda digna afecta a la salud y al medio ambiente, tanto en términos individuales como colectivos, y menoscaba el derecho al trabajo, a la educación e incluso a la participación. No es extraño, por ello, que la garantía del derecho a la vivienda aparezca vinculada, cada vez más, a la del derecho más amplio a un entorno urbano inclusivo, sostenible y democráticamente gestionado o, si se prefiere, al derecho a la ciudad.³⁸

Em vista do exposto, resta comprovada a íntima relação entre moradia adequada e a dignidade da pessoa humana. De fato, o conteúdo do direito à moradia adequada contém as condições mínimas indispensáveis para uma existência digna: trabalho, saúde, educação, privacidade e meio

²⁹ Artigo I DUDH e Artigo 24 da Convenção.

³⁰ Artigo XII DUDH e Artigo 11 da Convenção.

³¹ Artigo XVII DUDH e Artigo 21 da Convenção. Vale enfatizar a distinção entre direito à moradia adequada e direito à propriedade. Aquele é mais amplo do que este, involucrando uma série de direitos humanos, de forma a garantir ao indivíduo um espaço para viver em paz e segurança. Já o direito à propriedade diz respeito ao domínio de uma pessoa sobre um bem imóvel, traduzindo uma função patrimonial prevalente. Ver SARLET, op.cit., pp. 521-523; BRASIL, 2013, p. 18.

³² Artigo III DUDH e Artigo 7^a da Convenção.

³³ Artigo XIX DUDH e Artigo 13 da Convenção.

³⁴ Artigo XXIII DUDH e Artigo 6^o do Pacto de San Salvador.

³⁵ Artigo XXV DUDH e Artigo 10 do Pacto de San Salvador.

³⁶ Artigo XXVI DUDH e Artigo 13 do Pacto de San Salvador.

³⁷ Artigo XXVII DUDH e Artigo 14 do Pacto de San Salvador.

³⁸ PISARELLO, Gerardo. El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 38, 2009, p. 2.

ambiente, entre outras. Em síntese, o direito humano à moradia adequada conecta-se diretamente à garantia do mínimo existencial³⁹.

4. REMOÇÕES FORÇADAS E MEGAEVENTOS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

O Comitê, no parágrafo 3º, do seu Comentário Geral nº 7, define remoção forçada como “a remoção permanente ou temporária contra a vontade dos indivíduos, famílias e/ou comunidades das casas e/ou terras que ocupam, sem a provisão e o acesso a formas adequadas de proteção jurídica ou outra”⁴⁰.

As remoções forçadas representam uma preocupação mundial, cujas causas são variadas, como, por exemplo, a reestruturação do espaço urbano para a realização de megaeventos. Segundo o Comitê, devem ser medidas excepcionais⁴¹ conduzidas de acordo com os parâmetros internacionais de proteção do direito à moradia adequada, dentre eles: notificação e consulta prévia aos interessados, transparência sobre a condução das remoções, indenização ou nova moradia e assistência jurídica. Em última análise, “as remoções não devem resultar em pessoas desabrigadas ou tornando-se vulneráveis a outras violações de direitos humanos (parágrafo 17 do Comentário nº 7)”⁴².

4.1 O panorama histórico das remoções na cidade do Rio de Janeiro

A cidade do Rio de Janeiro já se encontra bastante familiarizada com o que pode ser chamado de “cultura das remoções”. No início do século XX a cidade detinha a qualidade de capital da República do Brasil. No entanto, ainda possuía fortes feições de sua época colonial e, obviamente, a baixa infraestrutura atraía diversas doenças urbanas, além de desagradar a elite local. Em 1902, o presidente do Brasil nomeou Pereira Passos como prefeito da cidade e o sanitarista Oswaldo Cruz como diretor geral de saúde pública. A eles fora dada a tarefa de remodelar a cidade do Rio, segundo os modelos europeus da capital francesa, Paris, para assim atender a elite carioca.

Os encarregados pela mudança receberam liberdade total e poder discricionário para executar a tarefa. Para isso, foi necessária a remoção das pessoas mais pobres de suas moradias, antigos casarões no centro da cidade, conhecidos como cortiços. Foi justamente essa medida autoritária que desa-

39 SARLET, op.cit., pp. 517-518 e 523-524.

40 ONU, General Comment No. 7 – The right to adequate housing: forced evictions, 1997 apud BRASIL, 2013, p. 14.

41 CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS, op.cit., p. 19.

42 BRASIL, 2013, pp. 15-16.

propriou centenas de pessoas na época, as quais se viram obrigadas a migrar para locais vazios e de baixo custo, construindo assim casebres nos altos dos morros e dando início a estruturação das favelas cariocas.

Na gestão do governador Carlos Lacerda, uma série de obras também teve como consequência as remoções. O governador, imortalizado como responsável por trazer água e luz para a cidade e pela construção do Aterro do Flamengo, foi também responsável por remover famílias de favelas como a do Morro do Pasmado, a Maria Angú e a Favela do Esqueleto. As famílias foram direcionadas para conjuntos habitacionais na zona oeste, tais como, a Vila Kennedy. Grande parte dos projetos urbanos e das desapropriações foi feita graças ao dinheiro americano originário da exportação do trigo e, por esse motivo, os novos bairros surgem recebendo nomes como Vila União, Vila Aliança e a própria vila Kennedy a qual leva o nome do presidente americano da época.

O mesmo movimento se repete agora, mais de 100 anos depois, durante o mandato do prefeito Eduardo Paes (2009-presente). Contudo, agora, de forma mais intensa: o número de pessoas removidas hoje supera o das experiências anteriores, em vista do objetivo de maximização de lucros sem precedentes⁴³.

4.2 Os megaeventos

Desde 2007, o Rio tem acolhido um conjunto de eventos de visibilidade mundial, dentre os quais destacam-se: a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Os megaeventos são caracterizados principalmente por demandarem grandes transformações urbanas nos locais os quais serão sediados.

O aumento no gasto de obras públicas tem sido significativo, assim como o interesse de investidores estrangeiros e nacionais. A partir da cobertura da grande mídia é então construído um sentimento de “avanço” e “patriotismo”. Tal sentimento é aproveitado para mascarar esses interesses econômicos que também são compartilhados por construtoras e grupos imobiliários, a partir da visibilidade adquirida por determinadas áreas como as zonas sul e oeste⁴⁴.

A fim de manter a atenção desses grupos e adquirir mais investimentos, são inaugurados diversos projetos de transformação do Rio em uma

43 Desde 2009 o número de famílias removidas na cidade do Rio de Janeiro ultrapassou 20 mil. Ver FAULHABER; AZEVEDO, *op.cit.*, pp. 36-37.

44 FAULHABER; AZEVEDO, *op.cit.*, p. 33.

grande cidade de negócios. Por meio dessa perspectiva, foi criada a Agência Rio-Negócios, inspirada na agência inglesa Think London e na colombiana Invest Bogotá. Fundada pela prefeitura municipal, a Rio-Negócios tem como finalidade o apoio aos empresários interessados em investir na cidade. Para isso, a mesma auxilia os projetos de iniciativa privada, além de aproximá-los do campo midiático e político. Essa lógica desenvolvimentista capitalista só é viabilizada graças à cooperação do Estado, permitindo o avanço de obras e remoções na cidade⁴⁵.

Com megaobras em andamento por todo o município, como os projetos olímpicos e a revitalização do porto, uma onda de desapropriações e remoções retorna ao Rio, tendo como foco, novamente, as populações mais pobres. Entre os motivos apresentados pela SMH para as intervenções estão as obras para a realização dos megaeventos e a falta de infraestrutura das áreas nas quais habitam e, por consequência, os riscos de vida que essas pessoas correriam, como episódios de deslizamento de encostas nas favelas.

Porém, tais motivos acobertam uma política benéfica a interesses financeiros privados. A estratégia envolve, essencialmente, a remoção da população pobre dos arredores das obras e projetos ligados aos megaeventos – valorizados, por conta disso – para viabilizar posteriormente novos empreendimentos dos setores imobiliário e da construção civil. Isso é comprovado pelo fato de que apenas uma pequena parte da área que sofre a intervenção do Município é aproveitada efetivamente para as obras relacionadas aos megaeventos, como, por exemplo, corredores viários e instalação de equipamentos esportivos⁴⁶.

Assim, na favela como na cidade formal, grande parte desses terrenos originalmente públicos ou aqueles fruto de desapropriação, após a execução das obras de infraestrutura, será entregue à iniciativa privada para a especulação. O Estado nessa região atua como mitigador dos riscos de investimento privado, ao mesmo tempo em que oferece terrenos, todas as condições de infraestrutura, parâmetros urbanísticos mais complacentes e sobretudo financiamentos.⁴⁷

45 FAULHABER; AZEVEDO, op.cit, p. 23.

46 Idem, 2015, p. 42ss.

47 Idem, 2015, p. 59.

Como feito desde as primeiras remoções ocorridas na cidade, ainda na época colonial, por Dom Pedro I, as casas selecionadas pela prefeitura para desapropriação ou remoção são pichadas e, a partir desse momento, se inicia uma contagem regressiva para o processo de remoções forçadas. Sem informação e publicidade adequada, além da falta de assistência jurídica, as famílias só tomam ciência da situação e de medidas cabíveis para combater o processo ou receber indenização justa tardiamente. Logo, terminado o prazo, são enviadas máquinas de demolição, amparadas por foças militares, que invadem os locais, empurrando a população brutalmente e destruindo suas casas e seu patrimônio.

4.3 Remoções e violações a direitos humanos

Durante o processo de remoções forçadas na cidade do Rio de Janeiro, ocorrem inúmeras violações ao direito à moradia adequada⁴⁸. Inicia-se com o desconhecimento dos próprios direitos pelos habitantes das áreas alvo da prefeitura. Por se tratarem em sua maioria de populações carentes, o acesso à justiça e o conhecimento de direitos é bastante restrito, o que facilita o avanço da atividade abusiva pelo poder público. Segue com a falta de debate público acerca do tema. O interesse da população é pouco ouvido e discutido. Dessa maneira, os atos desapropriatórios direcionados a esses indivíduos, expressos em decretos, apresentam como razão apenas a utilidade pública, sem fornecer explicações mais esclarecedoras⁴⁹.

Num primeiro momento, a SMH apenas anuncia à comunidade a remoção, justificando-a com pretextos diversos e colocando à disposição empreendimentos do programa habitacional do governo federal “Minha Casa Minha Vida”. Depois, agentes públicos mapeiam a área através de uma pesquisa local. Sob o pretexto de contemplar os moradores com benefícios federais, os mesmos conseguem entrar nas residências das pessoas e colher dados sobre sua vida pessoal. O terceiro passo são as pichações. Sem antes anunciar, a prefeitura demarca as casas alvo com a sigla SMH e, caso já tenha havido negociação, com a letra “D”, indicando demolição.

Tal processo, além de ferir os princípios da publicidade e o direito à informação, coisifica os moradores locais mediante a violação direta contra suas casas. Em diante, são feitas ofertas individualizadas e não padronizadas gerando conflitos e dividindo a comunidade. Isso porque a negociação

⁴⁸ Para uma análise detalhada de todas as fases dos processos de remoção no Rio de Janeiro ver Idem, 2015, p. 51ss.

⁴⁹ Idem, 2015, p. 40-41.

prometida só se concretiza quando todos aceitarem a retirada, o que acarreta forte coação dos que não estão interessados nas propostas.

Nesse momento, se inicia a violação também do direito à segurança. Uma vez demarcadas as casas, se iniciam, mesmo com parte dos indivíduos ainda em fase de negociação, as demolições. Máquinas e funcionários de obras adentram a comunidade e destroem as casas já negociadas sem aviso prévio, deixando entulhos para trás. Esses materiais atraem animais, como ratos, moscas e mosquitos, deixando a população refém não somente de acidentes de obras, como também de doenças urbanas.

Para além dos riscos causados pelas próprias demolições, existe também a coação física pela força policial, a qual também coloca em risco a vida da população das comunidades. Muitas vezes, é expedido um prazo final aos que permanecem ocupando as casas a serem demolidas. Ao final do prazo, agentes municipais e policiais militares invadem as áreas indicadas pela prefeitura e iniciam uma verdadeira expulsão daqueles que se recusam a sair. Para isso, são utilizados spray de pimenta, bombas de gás lacrimogêneo e até cassetetes. Metrô Mangueira e Vila Autódromo são exemplos de comunidades que já experimentaram tais tipos de violações graves aos direitos humanos.

A política municipal de reassentamento dos moradores removidos põe à escolha destes as principais alternativas: o pagamento de aluguel mensal até o reassentamento definitivo em outra moradia; a compra assistida de uma nova moradia; e o pagamento de indenização da benfeitoria. Até 2012, a maioria dos moradores recebeu o aluguel social, provisoriamente, até o reassentamento num empreendimento do programa federal “Minha Casa Minha Vida”⁵⁰.

No entanto, em virtude do baixo valor da indenização, os moradores não logram adquirir outro imóvel na mesma localidade ou adquirem um em condição irregular. Além disso, o tempo de espera para o reassentamento em imóvel do programa “Minha Casa Minha Vida” é superior ao da concessão do auxílio-aluguel. E, não por último, as áreas onde estão localizados os condomínios do programa federal não atendem às condições mínimas da moradia adequada: são empreendimentos de baixa qualidade, situados em zonas distantes do centro, desprovidas de oferta de emprego e demais serviços públicos, além de contar com a presença de grupos milicianos⁵¹.

50 FAULHABER; AZEVEDO, *op.cit.*, p. 64.

51 *Idem*, 2015, pp. 65-68.

Constata-se, portanto, a incompatibilidade do programa municipal de reassentamento dos moradores removidos com os parâmetros internacionais aos quais o Brasil se vincula. Os moradores são deslocados para zonas distantes do local da moradia original, o que acarreta a perda da identidade socioterritorial do indivíduo⁵². Ademais, são áreas caracterizadas pela ausência de infraestrutura e serviços públicos, o que viola condição de habitabilidade, segundo o conteúdo do direito à moradia adequada adotado pela ONU e o sistema interamericano juridicamente vinculante ao País.

Ligado a tamanhas transformações urbanas, ocorre, ao lado das remoções, o fenômeno de gentrificação⁵³. Tal fenômeno é responsável por alterar, de forma direta, as dinâmicas de bairros ou regiões, por meio de uma valorização. Dessa forma, os custos de bens e serviços aumentam, obrigando moradores de baixa renda a se deslocarem para outros locais. A gentrificação ocorre, por exemplo, na zona portuária do Rio. O chamado Porto Maravilha, o Museu do Amanhã, o Museu de Arte do Rio (MAR), o Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) e o AquaRio (promessa de ser o maior aquário da América Latina) são grandes empreendimentos de parceria público-privada, que empurram as populações locais para outras localidades. As famílias, então, começam a se instalar em áreas da zona oeste da cidade, localidades com baixa infraestrutura. A qualidade de vida dessa população é reduzida, enquanto seu direito de usufruir das melhoras ocorridas na cidade é negado. Como consequência de todo esse movimento, aumentam-se as disparidades sociais e se instaura o que por muitos sociólogos é chamado de guetização, devido à criação de verdadeiras comunidades marginalizadas.

5. CONCLUSÃO

O direito à moradia não se resume à propriedade de um espaço físico. Por isso, ainda que o indivíduo não seja titular da propriedade, ele é titular de um direito mais amplo, qual seja, de moradia adequada, que abriga um leque amplo de outros direitos humanos ligados à existência digna do indivíduo. A garantia do direito à moradia adequada não impede, todavia, a realização de remoções forçadas, desde que observados os parâmetros internacionais. Contudo, diante da dinâmica das remoções forçadas dos últimos anos, na cidade do Rio de Janeiro, nota-se que o Estado brasileiro não respeita suas obrigações internacionais relacionadas à moradia adequada.

⁵² FAULHABER; AZEVEDO, *op.cit.*, p. 40.

⁵³ *Idem*, 2015, pp. 18-19.

O Município do Rio de Janeiro, nos últimos anos, tem desenvolvido uma política de reestruturação urbana em conexão com a realização de megaeventos, baseada em benefícios para investidores privados, e não na satisfação de melhores condições de vida para sua população. As remoções forçadas tornaram-se instrumentos centrais desta política, na medida em que viabilizam investimentos de construtoras e imobiliárias em áreas de localização privilegiada da cidade. Isso é logrado mediante o deslocamento forçado da população vulnerável – sem transparência, informação e participação popular – para zonas periféricas da cidade, onde os moradores não têm o seu direito à moradia adequada assegurado pelo Estado.

Conclui-se, portanto, a favor da configuração da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelas remoções forçadas na cidade do Rio de Janeiro, observada a regra do esgotamento prévio dos recursos internos. A partir da análise da literatura especializada e dos dados fornecidos por ela, atesta-se que, no processo de remoções, o Poder Público viola o direito à moradia adequada – adotado pela ONU e pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos –, agravando a situação de vulnerabilidade da população já marginalizada e, com isso, perpetuando o problema de exclusão social na cidade. ❖

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 591, de 6 de julho de 1992**, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 6 out. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: SDH/PR, 2013.

CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS. **Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú**. Geneva: COHRE, 2006.

COMITÊS POPULARES DA COPA. **Dossiê: megaeventos e violações de direitos humanos no Brasil**, 2014. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2012/01/DossieViolacoesCopa.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No 125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

FAULHABER, Lucas; AZEVEDO, Lena. **SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico**. Rio de Janeiro: Mórula, 2015.

GIALDINO, Rolando E. El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos. **JA**, Buenos Aires, n. 10, pp. 44-67, mar. 2013.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano**. San Jose: IIDH, 2008.

MAGALHÃES, Fabio. **A Declaração dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da OEA**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 6 out. 2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PISARELLO, Gerardo. El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales. **Revista Catalana de Dret Públic**, n. 38, pp. 2-13, 2009.

ROLNIK, Raquel. **Annual Report on the impact of mega-events on the realization of the right to adequate housing**. A/HRC/13/20. Nova York: ONU, 2009. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/AnnualReports.aspx>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre o direito à moradia como direito humano e fundamental e a jurisprudência do Supremo Tri-

bunal Federal. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 513-541.

SILVA, Fernando Fernandes da. O Direito Internacional, os Direitos Humanos e os Direitos Culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 657-674.

VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

Considerações Jurídicas sobre a Ditadura Republicana Romana

Carlos Gustavo Direito

Juiz de Direito do TJ/RJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UGF/RJ. Pós-Doutor em História Antiga pela Uni-Rio. Professor de Direito Romano da PUC-RJ e da FGV/RIO.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo da ditadura romana e seus desdobramentos durante a república. Estuda-se, também, a apropriação desse instituto do direito público romano pela filosofia política moderna para a construção de uma teoria do estado de exceção.

PALAVRAS-CHAVES: Magistratura extraordinária. República Romana. Ditadura. Temporalidade. Estado de exceção. *Senatus Consultum Ultimum*. Suspensão do Direito para salvar a República.

ABSTRACT: The following article has as its objective the study of the Roman Dictatorship and its developments during the republic. It also studies the appropriation of this institute of public roman law through modern political philosophy for the construction of a the State of Exception theory

KEYWORDS: *Extraordinary Magistrate. Roman Republic. Dictatorship. Temporality. State of exception. Senatus Consultum Ultimum. Suspension of Law to save the Republic.*

I - INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do instituto da ditadura romana e a sua aplicação durante o regime republicano, bem como suas inúmeras leituras pelos filósofos políticos modernos, com o seu respectivo conseqüente histórico dentro do direito romano público.

Com efeito, de todas as magistraturas instituídas no período republicano com a divisão do *imperium* dos reis, a ditadura é a que mais se destaca, por ser um retorno da unificação deste poder de império nas mãos de uma única pessoa.

Deveras, a palavra ditadura tem uma grande abrangência de significados, tal como democracia, sua extensão terminológica acaba por gerar confusões interpretativas. A ditadura romana, como se verá, não se identifica com a nossa noção de ditadura, mas, tampouco, se confunde com o modelo de magistratura adotado pelos romanos ou com a ditadura perpétua. Daí porque denominamos de ditadura temporária àquela exercida pelo prazo de seis meses, pelos magistrados extraordinários, com o fim de assegurar à continuidade da republica face às ameaças internas ou externas.

Verifica-se que os romanos não abandonaram, de todo, o sentido de autoridade central para a manutenção do poder, mesmo após o fim da realza. Se por um lado os reis depostos representaram uma vitória da aristocracia romana, por outro, os generais populistas eram a manifestação do povo e, por consequência, o fortalecimento da plebe. Pelo que se percebe, não existia uma repulsa do povo romano, leia-se plebe, ao ditador/rei. Muito ao contrário. O povo identificava-se com as propostas dos líderes populistas, normalmente concentradas na distribuição de terras.

Assim é que entre estas duas figuras, o rei e o ditador perpétuo, existia a figura legalmente prevista (*lex creando dictatore*) do ditador temporário, e é desta que trataremos no presente texto.

II – A DITADURA TEMPORÁRIA.

O ditador temporário era um magistrado extraordinário com poderes ilimitados, indicado pelos côsules, para, no prazo de seis meses, fazer frente a uma situação de emergência que colocasse em risco a república.

Dessa forma, competiria ao Senado, em caso de tumulto interno ou de ameaça externa, através da edição do *senatus consultum ultimum*, conferir a um dos côsules o poder de indicar um ditador temporário.

Pelas explicações de Bobbio, o ditador temporário em Roma era um magistrado extraordinário, instituído por volta de 500 a.C., e mantido até o fim do III século a.C., nomeado por um dos côsules, em circunstâncias excepcionais, como podiam ser a condução de uma guerra (*dictator rei publicae gerundae causa*) ou o debelamento de uma sublevação (*dictator seditionis sedandae causa*).

Eram atribuídos ao ditador, em decorrência da excepcionalidade da situação, poderes extraordinários, que consistiam, sobretudo, no enfraquecimento da distinção entre o *imperium domi*, que era o comando soberano exercido dentro dos muros da cidade, com a limitação da *provocatio ad*

populum e o *imperium militae*, que era o comando militar exercido para além dos muros, e, enquanto tal, não submetido a limites constitucionais. (Bobbio, 2012: 159). Voltava, assim, o cônsul, no exercício do cargo de ditador, a exercer o *imperium* na sua plenitude, sem qualquer tipo de limite. Tal como um rei, mas com limite de tempo no exercício do seu poder central.

A ditadura surgia então como uma “solução legal” e temporária para a manutenção da estrutura de poder da República, sendo que a constituição mista assegurava aos cônsules um poder que, mesmo que limitado pelo Senado e pelo povo, garantia sua supremacia sobre os demais poderes da República.

Ademais, o medo do fim da república, por mais paradoxal que isto possa parecer, empurrava os romanos para as mãos da monarquia, o que acabou ocorrendo com o início do império. Será por meio do exercício do *imperium*, sobre todo o mundo romano, que a monarquia (temperada) retornará a Roma. Em uma palavra, a realeza foi extinta, mas mantida em potência na figura do ditador temporário que ressuscitava o *imperium* real.

Este modelo de ditadura foi adotado pelos generais que ocuparam o lugar dos ditadores temporários e, por fim, pelo *Princeps* que assumirá o comando de Roma ao fim da república (MENDES, 2009: 27).

A ditadura romana, destarte, traduzia-se no exercício de uma magistratura excepcional, através da qual se restabelecia o poder de império da realeza nas mãos de um “rei” com poderes ilimitados, porém temporários. O império será a perpetuação deste poder na figura carismática de um líder que represente a tradição romana e a força popular. Este híbrido de monarquia e república, que foi o império, existia no subconsciente romano, que preservava a força militar como ideia de poder estatal (*imperium*).

A manutenção da república através do uso da força enfeixada nas mãos de apenas um homem, em razão do *senatus consultum ultimum*, invocado pelo Senado, foi utilizada, sobretudo no início da república romana. Ao final da república, principalmente após as guerras púnicas, o modelo de ditadura se aproximará ao poder real, pois os generais que disputarão a supremacia sobre Roma tentarão estender ao máximo de tempo possível seus poderes.

Assim, por exemplo, foi conferido a Pompeu o *imperium infinitum*, termo com o qual se indicou o novo poder atribuído em 67 a.C. em razão da guerra contra os piratas (*Lex Gabinia*). Pela primeira vez, se conferia a um privado (um cônsul) um *imperium militare straordinario* e de natureza ilimitada (seja pela duração, seja pela extensão territorial).

A outorga de poderes tão extensos a Pompeu foi uma clara violação do princípio constitucional republicano e representou o precedente jurídico do principado, ou seja, foi uma antecipação daquela instituição que apareceu somente com Augusto e que deu uma extrema consequência ao princípio introduzido em 67 a.C.

O poder de império onipotente da realeza, sem os entraves da *provocatio ad populum* e da *intercessio*, ressurgia, assim, em caso de gravíssimo perigo externo ou interno, na figura da magistratura excepcional, o ditador temporário.

O problema é que, como visto acima, esta solução legal poderia ser perdurada por força dos apelos de guerra apresentados pelos generais, que voltavam dos campos de batalhas com o prestígio de suas tropas e do povo. Afinal de contas, o exemplo do ditador temporário foi extraído da ideia do homem providencial que existia justamente durante as guerras para administrar as situações emergenciais surgidas durante as batalhas.

O poder do ditador temporário sofria dupla limitação temporal: uma absoluta – a sua duração máxima não ultrapassava um semestre, porque o ditador era, principalmente, um chefe militar, e as campanhas militares, feitas normalmente na primavera e no estio, não duravam mais de seis meses; e outra relativa – os poderes do ditador terminavam com o prazo das funções dos magistrados que o nomearam. Assim, qualquer tentativa de prorrogar o prazo de designação do ditador temporário, ou de mantê-lo após o fim do mandato do cônsul que o indicou, seria considerada uma tentativa de golpe para a assunção do poder permanente.

Para indicar que o ditador concentrava os poderes dos dois cônsules, acompanhavam-no, quando aparecia em público na cidade, vinte e quatro líctores, dos quais doze conduziam fascas providos de machadinhas (*secures*), em sinal de que os atos ditatoriais não estavam sujeitos à *intercessio* nem à *provocatio*.

III – A PRIMEIRA DITADURA TEMPORÁRIA E AS DITADURAS PERPÉTUAS.

A primeira ditadura, como leciona Mattos Peixoto, aparece nos princípios da República, quando trinta nações se coligaram contra o povo romano. Houve depois outras ditaduras com os mesmos poderes; mas o progresso das ideias republicanas golpeou a ditadura, submetendo-a, provavelmente no início do século III a.C., à *provocatio*, mais tarde, à *intercessio* tribunicia

e até, no tempo da guerra de Aníbal (218-201), à eleição comicial. Como dito acima, a ditadura temporária que tinha um caráter legalista, ao fim da República é substituída pela ditadura ilegal dos generais.

Por outro lado, sendo destacadas do consulado magistraturas especiais, aplicou-se à ditadura a ideia de especialidade: criaram-se ditaduras para determinadas funções, como, por exemplo, para convocarem comícios (*comitiorum causa*) ou para completarem o Senado (*senatus legere*), então consideravelmente desfalcado (216 a.C.) por não terem sido preenchidos os seus postos durante um quinquênio.

Explica Mattos Peixoto que desde a metade da república não houve mais ditadura geral (*rei gerendae causa*) e, abolidas as diferenças características entre a magistratura consular e a ditadura, não havia mais razão de ser para a criação desta última, que desapareceu nas crises internas sobrevindas na época da guerra externa que justificara sua instituição. (ob. cit., 1960, págs. 50/52).

Em substituição à ditadura temporária, surgiram as ditaduras perpétuas dos generais que vieram, com a exceção de Sila, com o mesmo discurso de salvação da República, mesmo tendo como finalidade a ocupação definitiva do poder e a transformação da República em um sistema monárquico.

Deveras, a ditadura prevista legalmente tinha fins específicos - salvar a República - e apesar de autoritária e centralizadora se diferenciava destas ditaduras perpétuas que marcaram o século I a.C.: de Sila, que foi nomeado ditador sem limite de tempo, e de César, que foi nomeado primeiramente ditador por dez anos e depois pelo resto da vida. Estas ditaduras tinham uma natureza revolucionária porque representavam uma “tomada de poder” dos generais romanos com o objetivo de permanência e com um discurso populista, enquanto na ditadura “legal” o ditador assumia com o compromisso de entregar o cargo após a resolução do problema que lhe deu causa, ou ultrapassado o prazo de seis meses.

Após o governo de Mário, que se perpetuou como cônsul, Sila foi o primeiro a direcionar seu exército sobre Roma e seu gesto não significava a proteção da República, mesmo que, paradoxalmente, ele se considerasse um protetor da Constituição romana. Sua postura foi a de usurpar o poder então do Senado e figurar como líder absoluto da República.

Para Holland, a marcha de Sila representou o fim de uma era e o alvorecer de uma nova. Com um exército romano marchando sobre Roma, certamente havia-se chegado a um divisor de águas, com o rompimento do acordo feito entre os senadores e os generais de manutenção do sistema de

poder nas mãos dos membros da *nobilitas*. As disputas e as glórias sempre haviam sido a marca da República, mas naquele momento algo novo estava sendo introduzido: a figura do ditador populista. (RUBICÃO, 2010:94).

Abandonava-se definitivamente a ditadura legal como forma de proteção da República para encará-la como forma substitutiva do modelo republicano aristocrático de governo que se perpetuava em Roma.

Neste sentido, para se diferenciar dos antigos reis romanos, Sila preocupava-se com a sua legitimidade, que continuava a ser mais importante que o poder puro e simples. Assim, como narra Holland, durante o debate para punir Mário e os demais membros do seu governo que antecederam Sila, quando um venerando senador lhe disse, face à face, que um grande homem como Mário jamais deveria ser considerado inimigo público, Sila reconheceu ao Senador seu direito à dissensão. Em vez de passar por déspota militar, Sila preferia ser visto como defensor da constituição romana, o que não retratava a verdade, pois Sila queria perpetuar seu poder e centralizar o governo romano com a manipulação do Senado. (ob. cit., pág.95).

A ditadura romana, como modelo de situação excepcional para a preservação da ordem jurídica – modelo este usado por Agamben para representação do estado de exceção hodiernamente –, termina com a assunção do posto por Sila de ditador perpétuo. A sucessão posterior de César ao mesmo cargo, como já visto, ensejará o fim da república e a transmutação do sistema político romano em um Império.

Deveras, concomitantemente à expansão territorial, as transformações socioeconômicas e político-militares possibilitaram o desenvolvimento de um sistema de economia imperial (SHIAVONE, 2005, 88), conforme ensina Mendes (2009:29).

A incompatibilidade entre o governo republicano e o aparato administrativo centralizado no Senado, nos magistrados e nas assembleias, e a manutenção das relações de poder lideradas pelos patronos da *res publica*, denominados *princeps civitatis*, assim como a passagem da condição de Roma de cidade-Estado para uma Cosmópolis, levaram à falência das instituições republicanas, na medida em que se consolidava a forma de poder pessoal militar, a ditadura dos Generais romanos, em torno da figura do *princeps*.

Surgiu a noção de *imperium* com duplo significado político e territorial, a qual foi apropriada pelo mundo moderno. O termo passa a ser sinônimo de *urbs*, *civitas* e *res publica* (MENDES, 2009: 28).

A passagem do sistema republicano para o imperial se dá justamente em razão do cumprimento da vocação monárquica a que estava destinada a sociedade romana. O Império foi construído, consciente ou inconscientemente, pelo próprio exercício de poder dos romanos e pela sua constituição que permitia, desde então, a glorificação da figura do ditador como salvador da república.

IV – A APROPRIAÇÃO DA DITADURA TEMPORÁRIA PELOS PENSADORES MODERNOS.

O modelo de ditadura temporária adotada pelos romanos foi objeto de admiração por grande parte dos autores modernos, como Rousseau, que entendia que somente se pode retirar o poder proveniente das leis quando se tratar de se salvar a pátria e, nesses casos, que devem ser raros e manifestos, protege-se a segurança pública por meio de um ato particular que estipula uma pessoa para cuidar da república, no caso o ditador (Do Contrato Social:2010).

Deveras, para Rousseau a suspensão das leis, de forma temporária, não abolia a função legislativa porque o magistrado que assumia poderia silenciar a lei, mas “*não podia fazê-la falar*”, isto é, tudo poderia fazer, exceto legislar. Dessa forma, Rousseau enxergava a ditadura temporária romana como uma forma de manutenção do bem maior que era a República.

Nesta mesma linha, Montesquieu reconhecerá na república romana o modelo ideal de governo, justificando qualquer conduta para protegê-la por afirmar que uma república sábia não deve arriscar nada que a exponha à sorte ou ao azar: o único bem a que deve aspirar é a continuidade do seu Estado (2002:72).

Note-se que Maquiavel (2008:97) não enxerga na queda da Monarquia romana, com a ascensão dos patrícios ao poder, uma revolução conservadora. Limita-se a defender a liberdade contra a arbitrariedade da concentração do poder em uma só pessoa. Ora, como estamos vendo, esta dicotomia entre liberdade e ditadura, na Roma antiga, não retrata a realidade vivida, pois os plebeus foram mais livres sob a batuta dos reis do que no início da República romana. A ascensão da plebe durante a república se fará através de inúmeros embates e de forma progressiva, sobretudo com o aumento do poder econômico desta classe e o enfraquecimento econômico dos patrícios, o que gerará campanhas eleitorais maculadas com a corrupção financeira.

Destaque-se que Montesquieu atribui como causas da queda do Império romano a corrupção em Roma, o crescimento do império e o distanciamento entre o exército e o povo romano. Todas as causas são imbricadas, pois o aumento da corrupção deu-se em razão do crescimento da população com a adesão dos povos conquistados ao território romano. A necessidade de financiamento das campanhas militares e da manutenção do poder nas mãos de poucos governantes deu ensejo ao aumento da corrupção eleitoral. Ademais, os exércitos eram comprados e se submetiam à vontade de seus comandantes que permitam a retirada dos bens dos vencidos em proveito de seus soldados. Não existia mais um “combate pela pátria”.

Não se combatia mais em nome da República e sim pelos generais que não tinham, necessariamente, uma ligação com aquela forma de governo. Muito ao contrário, os generais buscavam o prestígio perante suas tropas para serem temidos em Roma e ocuparem o posto de ditadores perpétuos, como foi com Sila, Pompeu e César.

Os três autores, Maquiavel, Rousseau e Montesquieu, viam na República romana o espaço político e administrativo necessário para que os cidadãos vivessem na plenitude das suas liberdades. Ocorre que esta noção de liberdade, para os autores modernos, estava diretamente vinculada com a permanência das tradições romanas e a ideia de manutenção da coisa pública. A liberdade enaltecida por eles era a mesma a que Cícero exaltou: a liberdade com comprometimento com a coisa pública.

Todavia, esta liberdade não tinha uma vinculação com um sistema democrático de governo, na medida em que a República romana jamais foi uma democracia.

Fustel de Coulanges adverte que constitui erro singular, entre todos os erros humanos, acreditar-se que nas cidades antigas o homem desfrutava de liberdade. Ele nem tinha noção do que era isto. Não acreditava que podia existir detendo direitos em face da cidade e de seus deuses. Veremos em breve que, as formas de governo foram substituídas diversas vezes, mas a natureza do Estado permaneceu essencialmente a mesma, sua onipotência não tendo diminuído em absoluto.

Deveras, para Coulanges, o governo chamava-se alternadamente monarquia, aristocracia, democracia, mas nenhuma destas revoluções concedeu aos homens a verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, votar, nomear magistrados, poder ser arconte, a isto se chamava liberdade, mas com tudo isto não foi o homem menos servo

do Estado. Os antigos, e sobretudo os gregos, exageravam sempre no que concerne à importância e aos direitos da sociedade, e isto, indubitavelmente, em função do caráter sagrado e religioso de que a sociedade estava revestida originariamente. (2009:186)

Por isso, Cícero viu em Augusto a possibilidade de manutenção do *imperium* do Estado sem a corrupção eleitoral, sem os desmandos dos tribunos da plebe e sem a degradação moral que, para ele, a república sofria e mesmo sem a perda da liberdade dos cidadãos, pois entendia esta como o comprometimento de todos em prol da coisa pública.

Não por outra razão que Augusto, ao assumir o poder, com o fim da República, na qualidade de primeiro imperador romano, editará normas de cunho moral e gratificará os seus guerreiros para tê-los ao seu lado. O que nos chama a atenção nesta situação é justamente a necessidade do uso do poder concentrado em uma pessoa, o que seria o oposto do poder do povo, para a garantia da segurança do próprio Estado e da liberdade de seus habitantes.

Augusto, diferente de Sila e César e dos últimos reis etruscos, era comprometido com os patrícios e, por isso, representava o ideal do bom governo para Cícero. Os reis etruscos e os generais romanos eram comprometidos com as suas tropas e, sobretudo, com o povo romano, englobando nestes os plebeus.

Não se esqueça que, para Cícero *res publica* quer dizer a união de certo número de homens associados por um consenso comum no direito e na comunhão de interesses (Cic. De Rep. 1.25), mesmo que esta signifique a abdicação temporária do próprio poder do povo. A liberdade, então, resolve-se nesta vinculação entre cidadão e coisa pública. Não se fala em liberdade individual e sim em liberdade coletiva, e esta pode ser tanto garantida por um governo de poucos, como pelo governo de um, mas nunca pelo governo de todos.

V - CONCLUSÃO

Hodiernamente, Agamben defende a sucessão da figura da ditadura temporária romana pelo estado de exceção, entendendo que vivemos nesta excepcionalidade ao adotarmos medidas emergenciais para assegurar, por exemplo, a segurança de todos.

Afirma, então, que as raízes do estado de exceção encontram-se na antiguidade romana, especificamente na ditadura romana. Esta conclusão é razoável dentro da leitura proposta pelo autor italiano, na medida em que

vê a ditadura romana como a suspensão do direito para a manutenção do próprio direito. O estado de exceção é “o não direito”.

Para Agamben, o estado de exceção é a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação, e em que uma pura força de lei (lei riscada) realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa.

Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isto significa dizer que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.

Em todos os casos, o estado de exceção marca o patamar, onde a lógica e a práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real (2004:63).

O certo é que os poderes do ditador temporário romano não se explicam fora de suas características religiosas e populares. Daí a dificuldade de compará-los com os modernos estados de sítio ou de emergência para enfrentar guerras ou conflagrações internas, com a suspensão dos direitos e das garantias, tal como pretende Agamben. A comparação permitida, sem o cometimento de anacronismos, limita-se a concentração do *imperium* nos períodos de exceção nas mãos de uma só pessoa, com a suspensão do ordenamento jurídico vigente.

A ditadura temporária romana representava a suspensão do *imperium*, da *potestas* dos magistrados e do Senado para concentrá-los em uma pessoa que tinha como missão restabelecer a ordem suspensa. Esta ideia não se coaduna, tampouco, com a ditadura perpétua pretendida pelos generais romanos. A primeira suspende a ordem jurídica e política para protegê-la tal como preestabelecida, na segunda forma de ditadura, a ordem é substituída por uma nova, restabelecendo a autoridade do Estado de forma permanente.

Ao longo do debate sobre a formação do estado moderno, como vemos, recorre-se aos exemplos romanos e, dentre eles, ao instituto próprio de proteção da república através de medidas excepcionais adotadas temporariamente pelo ditador nomeado pelo Senado, sobretudo quando se trata dos estados de sítio e de emergência.

Para se entender esta ditadura “constitucional” e diferenciá-la da ditadura permanente, da realeza e do próprio império, é preciso compreender a formação de Roma, como vimos no início. Suas bases religiosas e

políticas. Saber como nasce a República romana e como esta se desenvolve em seus pontos cardeais.

Por estes motivos, recorre-se à história do próprio nascimento e da queda do império romano para se compreender a vocação de concentração do *imperium* na figura de uma pessoa, como forma de manutenção do *status quo* político-administrativo romano. O modelo militar do qual se extraiu a primeira administração de Roma, no período da realeza, acompanhará a evolução da cidade, inclusive suas disputas sociais internas. A abertura do exército para os plebeus, como vimos, foi um dos motivos de insatisfação dos patrícios que ensejou a queda da realeza

Assim, o conhecimento da realidade política e social romana é fundamental para qualquer tipo de comparação entre os institutos antigos e modernos. A apropriação do termo ditadura “constitucional” pelo pensamento político moderno, ou mesmo a vinculação do estado de exceção (estado de sítio e de emergência) previsto nas constituições atuais com o modelo romano, só poderá ser feita dentro de um quadro comparativo que leve em conta as respectivas realidades históricas.

Com efeito, a proteção da república, em Roma, tinha um caráter quase espiritual, pois colocava o homem diante da morte (pelo *senatus consultum ultimum* qualquer do povo poderia tirar a vida de quem ameaçasse a república) para a defesa daquilo que seria a grande virtude humana, que era o coletivo (a *res publica*). A ditadura temporária era o modelo de garantia de manutenção do *status quo*.

As ditaduras modernas assemelham-se ao modelo cesarista imposto após o fim da república e jamais com a chamada ditadura temporária constitucional.

Os modernos se apropriaram indevidamente da ideia de ditadura constitucional romana para justificarem medidas que não se assemelhavam a ela. Roma tinha nas suas origens a preservação do *imperium* concentrado nas mãos de uma só pessoa, mas esta vocação somente será plenamente realizada com o fim da república.

O exemplo da ditadura constitucional romana foi usado pelos revolucionários franceses para qualificar o governo voltado para a consecução da paz, superação da agitação revolucionária e preparação da igualdade social. Na esteira dos jacobinos, primeiro Marx e depois Lênin propuseram, de igual forma, a ditadura do proletariado, em substituição à ditadura da burguesia no capitalismo, como fase socialista preliminar da transformação

do Estado rumo ao seu desaparecimento e ao comunismo (Polleti, 2007:10). Entendidas estas “ditaduras” como modelo de transição do Estado para algo que se realizaria posteriormente, elas naturalmente se afastam do exemplo romano de temporalidade da intervenção ditatorial na república, pois não havia no modelo romanista o caráter revolucionário que impregna as ideias jacobinas e marxistas. Com efeito, a ditadura revolucionária foi proposta por Júlio César e, antes dele, por Sêrvio Túlio. Estas possuíam a ideia de mudança na estrutura de classes.

Destaque-se, por outro lado, que o pensamento marxista de “romandade ressuscitada” enxergava na Revolução Francesa a vontade do “terrorismo revolucionário” combatendo a sociedade burguesa através da contestação da propriedade como direito natural e da participação direta do povo nas decisões políticas. Estes elementos estavam presentes, para Rousseau e depois para Marx, no direito público romano. Este elemento revolucionário romano pode ser verificado em apenas algumas situações isoladas na história de Roma, como por exemplo, no governo real de Sêrvio Túlio e na asunção de Júlio César ao poder. Em ambos os casos, a “revolução” da plebe, manifestada pelos seus “líderes” políticos, foi abafada pela força da tradição dos patrícios, verdadeiros detentores do *imperium*.

Mesmo que se veja esta centelha socialista na política romana, devemos lembrar que tanto o rei Sêrvio Túlio, no período da Realeza, como os irmãos Gracos, na República, foram duramente atacados pelos seus pares, até a perda de seus respectivos poderes, em razão de questionarem a manutenção de institutos políticos históricos na administração romana, sobretudo no que dizia respeito a maior inclusão social no *status civitas* dos romanos e na distribuição de terras.

As mudanças em Roma não se faziam, como pretende Rousseau, através de movimentos revolucionários, e sim por acordos entre as classes governantes, como foi o caso da chegada ao poder de Augusto.

Na República romana, esta necessidade de proteção ao *status quo* pré-estabelecido se fortalece com o surgimento de uma nova classe social que alcança o Poder: a plebe. Os patrícios, filhos de senadores e herdeiros dos antigos fundadores de Roma que existiam antes da vinda dos etruscos, aceitavam a inclusão de novos atores sociais, os plebeus, no campo político, desde que fossem mantidas as instituições romanas, sobretudo a República e os privilégios dos patrícios. Há inegavelmente um embate político que é negociado pela classe poderosa. Os plebeus demoraram 200 anos, após o

início da República, para possuírem os mesmos direitos do que os patrícios. Daí porque não podemos falar em revolução da plebe e nem tampouco em quebra do modelo político vigente. A ditadura temporária romana assegurava este modelo político vigente que protegia o direito dos patrícios e posteriormente da *nobilitas*, que era a mistura entre patrícios e plebeus que ascenderam socialmente.

De toda forma, o modelo romano de administração e de política era, então, pragmático e conservador, centrado em uma eterna busca de dominação de uma classe sobre a outra (a “revolução permanente da plebe”) e, principalmente, de manutenção do poder nas mãos dos senadores (o *imperium* dos cônsules e dos ditadores).

O que se percebe, então, é que não se podem confundir os dois modelos de ditaduras que existiram em Roma, a temporária e a permanente. Nem tampouco se pode comparar a ideia da ditadura temporária com o atual modelo do estado de exceção, na medida em que aquele representava, em última análise, a proteção de Roma em si, como se estivesse em uma guerra, enquanto o outro é a proteção do modelo do Estado Democrático de Direito.

Por fim, é anacrônico identificar o modelo de governo romano com qualquer modelo de governo moderno. Muitos autores se apropriaram de ideias romanas para adaptá-las às realidades do seu tempo, mas no confronto dessas ideias e dos próprios institutos deve-se levar em consideração sempre a história romana, sua cultura dentro do seu tempo, sob pena de se inventar verdadeiras aberrações interpretativas. Esta é a mensagem que se tentou passar no presente texto, ficando as conclusões a cargo de cada um dos leitores. ❖

BIBLIOGRAFIA

ARENDETT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

_____. **A vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AGAMBEN, Giorgio. **O Estado de Exceção**. Tradutor Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O Sacramento da linguagem: arqueologia do Juramento**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. BERCOVICI, Gilberto. **Constitui-**

ção e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder.** Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. **Estado, Governo Sociedade:** Para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BELTRÃO DA ROSA, Cláudia. Vir Bônus e a Prudentia Civilis em Marco Túlio Cícero. In: ARAÚJO, Sônia Regina Rebel de; BELTRÃO DA ROSA, Cláudia; JOLYNAU, Fábio Duarte (org.). **Intelectuais, Poder e Política na Roma Antiga.** Rio de Janeiro: Faperj, 2010.

CATALANO, Pierangelo. Princípios Constitucionais do Ano I e Romanidade Ressuscitada dos Jacobinos. In: TAVARES, Ana Lúcia Lyra; MAIA, Antonio C.; CAMARGO, Margarida Lacombe de (org.). **Direito Público Romano e Política.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

CHRISTOL, Michel; NONY, Daniel. **Rome et son Empire.** 5 ed. Hachette Supérieur. 2011. 303p.

COLAS, Martin. **Le Monde Romain.** 3. ed. Paris: Armand Colin. 2010. 95p.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia Antiga e de Roma. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da; AGUIAR E SILVA, Joana; SOARES, Antonio Lemos. **Historia do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia.** Coimbra: Edições Almedina, 2010. 648p.

DENIAUX, Élizabeth. **Rome de la Cité-État à l'Empire.** Institutions et vie politique. Hachette Supérieur, 2001.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 336p.

FONTANIER, Jean-Michel. **Vocabulário Latino da Filosofia.** De Cícero a Heidegger. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 144p.

GIACHI, Cristina; MAROTTA, Valerio. **Diritto e Giurisprudenza in Roma Antica.** Carocci Editore, 2012. 369p.

GUARINELLO, Norberto Luiz. O Império Romano e Nos. In: SILVA, Gilvan Ventura da; MENDES, Norma Musco (org.). **Repensando o**

Império Romano: perspectiva socioeconômica, política e cultural. Rio de Janeiro: Edufes Mauad X, 2006. 300p.

GRANT, Michael. **Roma:** a queda do Império. Tradução Maria José Figueiredo. Lisboa: Editorial Presença, 2009. 207p.

GRIMAL, Pierre. **História de Roma.** Trad. Rita Canas Mendes. Lisboa: Edições Texto e Grafia Ltda., 2008. 109 p.

HOLLAND, Tom. **Rubicão:** triunfo e a tragédia da república romana. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2010.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

LEÃO MARTINS, Antonio Carlos. Conceito de Justiça entre os Romanos. **Revista do Tribunal de Justiça da Bahia**, Bahia, v. 21, n. 17, p. 11/21, 1981.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Editora 34, 2004.

MADEIRA, Hércio Maciel França. **Digesto de Justiniano:** Introdução ao Direito Romano. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRA, Silvío. **Curso de Direito Romano:** história e fontes. Edição fac-similada. São Paulo: Editora LTr, 1996. 279 p.

_____. O Tribunato da Plebe em face do Direito Romano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 20, n. 80, p. 385-399, out./dez. 1983.

_____. O “*Imperium*” no Direito Romano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 23, n. 90, p. 99-117, abr./jun. 1986.

_____. “A vocação dos séculos e o Direito romano”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 100, p. 19-38, out./dez. 1988.

_____. A integração Jurídica da América Latina através do Direito Romano: Realidade ou Utopia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 421-440, jul./set. 1992.

MENDES, Norma Musco. Roma e o Império: Estrutura de poder e colapso de um império antigo. In: SILVA, Francisco Carlos Teixeira da; CABRAL, Ricardo Pereira; MUNHOZ, Sidnei j. (coord.). **Impérios na História.** Rio de Janeiro: Campus, 2009.

MONTESQUIEU. **Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2002. 198p.

MOMNSEN, Theodor. **Historia de Roma**. Libros I y II - desde la fundación de Roma hasta la reunión de los Estados itálicos (formato digital). Traducción de A. Garcia Moreno. Madrid: Biblioteca Turner Publicaciones S.L., 2012.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. 4 ed. Rio de Janeiro: Haddad-Editor, 1960. 426 p..

POLETTI, Ronaldo. **Ditadura**. Artigo Publicado no site da União dos Romanistas Brasileiros. Disponível em (vrbs.org/old/publicacoesnp2-textosemgeral-poletti23.htm)

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Editora Centaur. Kindle edition. 2010.

_____. **Discurso sobre a Origem da Desigualdade**. Editora Centaur. Kindle edition. 2010.

ROULAND, Norbert. **Roma, Democracia Impossível?: Os agentes do Poder na Urbe Romana**. Trad. Ivo Martinazzo. Brasília/DF: Editora UnB, 1997. 477p.

SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception. Collection Léviathan*. Paris: Presses Universitaire de France, 2001.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius L' Invention Du Droit Em Occident*. Paris: Belin, 2008. 539.p.

VEYNE, Paul. **O Império Greco-Romano**. São Paulo: Campus, 2009. 449p.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007. 181 p.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 755p.

Conversa sobre Processo

Elogio ao art. 942 do CPC

O Uso Saudável da Técnica

José Roberto de Albuquerque Sampaio

Advogado.Mestre em Direito Processual pela UERJ.

Professor de Pós-graduação da FGV (Law program)

RESUMO: o texto apresenta estudo que aborda o alcance da inovadora técnica de julgamento não unânime, prevista no art. 942 do NCPC, sendo apresentadas as hipóteses de seu cabimento, não só em sede de apelação, de rescisória e de agravo de instrumento, como também em julgamentos de embargos de declaração e mandado de segurança. Ao final, faz-se sugestão para a utilização saudável da técnica de julgamento não unânime.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Técnica de Julgamento não unânime. Uso saudável

ABSTRACT: This script presents study based on the range of the innovating non-unanimous judgment technique, addressed on article 942, of the Brazilian Procedure Code, presenting the hypothesis of its admissibility, not only regarding appeals, rescissory action and interlocutory appeal, but also in judgments of appeal requesting clarification of the decision and writ of mandamus. By the end, suggestions are made for healthy use of the non-unanimous judgment technique.

KEYWORDS: Brazilian Procedure Code. Non-unanimous Judgment Technique. Healthy Use

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei 13.105/15, exsurgiu no ordenamento jurídico brasileiro um novo Código de Processo Civil. Dentre as inovações trazidas pela nova ordem processual, no que interessa a este texto, destaca-se

a extinção da modalidade recursal embargos infringentes e, de outro lado, a criação da cognominada técnica de julgamento não unânime.¹

O novo Código de Processo Civil foi editado com o objetivo declarado de dar maior celeridade aos processos judiciais. Nessa direção, podemos citar inovações importantes, como a restrição ao cabimento do agravo de instrumento e a diminuição do número de procedimentos, com destaque para a extinção do processo cautelar², com o objetivo de simplificar o processo e, por conseguinte, tornar mais fluido o seu desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a surpresa ficou por conta da introdução de nova técnica de julgamento³, quando ocorrer votação não unânime em apelação, ação rescisória e agravo de instrumento (art. 942 e parágrafo 3º, I e II).

A ideia sobre o tema, inicialmente gestada no âmbito da comissão constituída para elaborar o projeto de lei, embrião do novo código, era simplesmente acabar com os embargos infringentes, embora não houvesse unanimidade na comunidade jurídica a respeito do tema⁴. Como sabido, este recurso, à época, era cabível contra decisão não unânime (art. 530 do CPC de 1973). Sua eliminação representaria, para muitos especialistas, um avanço, em termos de celeridade do processo. A questão, contudo, não era, e ainda não é, pacífica.

A iniciativa de incluir a regra do art. 942 surgiu na Câmara dos Deputados. E na última hora, fruto da pressão de um grupo de deputados.

E qual a razão, no plano acadêmico, da resistência à exclusão dessa modalidade recursal do ordenamento jurídico nacional? A nosso ver, a preocupação com a qualidade das decisões judiciais e, por conseguinte, com a segurança jurídica.

Não há dúvida de que o processo judicial deve ter duração razoável. O art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, nos termos que lhe conferiu a Emenda Constitucional número 45/04, assegura a todos, seja no âmbito administrativo, seja judicial, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

1 A nosso ver trata-se de uma inovação decorrente de um “processo evolutivo”, no sentido drawiniano da palavra. Por esta razão não se pode dizer, propriamente, que a técnica de julgamento não unânime seja o correspondente aos extintos embargos infringentes ou que o tenha substituído. É, s.m.j., uma nova “espécie”, como se verá mais adiante

2 SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque, **A Simplificação do Processo**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2011, pág. 177.

3 Em verdade, como lembra Paulo Henrique de Santos Lucon, a ideia desta técnica de julgamento não é propriamente nova. Ernane Fidelis dos Santos, em seu Manual de Direito Processual Civil, 11ª edição, SP, Saraiva, pág. 672, nota, já defendia a substituição dos embargos infringentes, por uma ampliação do colegiado sem recurso, o que daria maior celeridade ao processo, à vista da desnecessidade da apresentação de recurso formal, contrarrazões, redistribuição etc.

4 Paulo Henrique dos Santos Lucon, em artigo publicado no *Conjur*, registra que sempre houve resistência a ideia de extinção dos embargos de infringentes dentro da comunidade jurídica, manifestadas em diversas audiências públicas que antecederam a elaboração do anteprojeto de lei por parte da comissão de juristas.

A eliminação dos embargos infringentes, sem criar qualquer outro mecanismo de revisão da decisão judicial não unânime, destarte, poderia representar uma reverência do legislador ao princípio da celeridade do processo, na linha do que se propunha o movimento de reforma do ordenamento processual.

O processo judicial, entretanto, não segue apenas o norte que aponta para o princípio, consagrado na Carta da república, da razoável duração do processo. A Constituição federal também abriga outros princípios, de igual importância, que merecem guarida, e que também devem ser respeitados e prestigiados. A segurança jurídica é um deles.

O processo, sua origem etimológica já o sugere, é uma marcha para frente. Seu avanço regular, contudo, pressupõe o respeito a regras e princípios que o regem, de modo a garantir que o seu resultado final, a sentença, que pacifica a relação jurídica em litígio, seja justo. Na era da efetividade, deixou-se de lado o tecnicismo próprio dos tempos em que prevalecia apenas a lógica jurídica científica. Hodiernamente, prevalece o pragmatismo processual. Passadas, por nosso litoral, as ondas (*rectius*, verdadeiros tsunami) de Cappelletti⁵, mudou a geografia de nosso sistema processual e a face do processo civil brasileiro. O processo não deve ser apenas legal, deve ser justo e efetivo. Deve obter a paz social. Em prazo razoável.

Contudo, a posição de prevalência, dada por muitos, a busca cega, sem preocupação com qualidade das decisões judiciais, pelo encerramento da marcha processual, não pode ser absoluta. A máxima de Rui de que “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” deve ser invocada com moderação. Processos céleres, bons resultados estatísticos de tribunais são importantes, mas não são garantia de um processo justo e, por conseguinte, de justiça.

Há contrapontos que não podem ser relegados a um plano secundário. Os princípios de *status* constitucional que resguardam a segurança jurídica e o contraditório servem como freio e contrapeso ao princípio da celeridade. Imaginar que o processo deva ser guiado apenas pelo ideal de celeridade é como conceber um carro apenas com acelerador.

E, ao que nos parece, a extinção dos embargos infringentes, com a criação, em contrapartida, da técnica de julgamento não unânime, é fruto da combinação conjugada dos princípios da celeridade processual, da segurança jurídica e do contraditório. O legislador, s.m.j., apertou o acelerador, sem se esquecer de pisar no freio, na medida da necessidade. E, a nosso ver, em doses apropriadas (embora sejam necessários alguns ajustes).

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Entre extinguir os embargos infringentes e mantê-los, foi criado o art. 942 do Novo Código de Processo Civil.

Lembramos, a propósito, que a maior velocidade que se imprimiu ao julgamento de processos, como resultado de uma política judiciária de gestão da justiça, com a fixação de metas a serem atingidas⁶, aliada, em grande medida, à gigantesca quantidade de processo e ao decorrente asoerbamento da máquina judiciária, retiraram dos magistrados, muitas vezes, a oportunidade de maior reflexão sobre as causas sobre sua responsabilidade. E pior, a realidade do cotidiano dos Tribunais mostrou que os magistrados são obrigados, muitas vezes, a se socorrer de seus assessores ou mesmo estagiários para ajudar, ou mesmo fazer em seu lugar suas decisões, para dar andamento ao processo em tempo razoável. Em consequência, essa circunstância, aliada a outros fatores, criou uma conjuntura em que foram geradas inúmeras decisões ilegais ou mesmo teratológicas, em quantidade maior do que o aceitável, em desprestígio da imagem da justiça e, especialmente, da coisa julgada.

S.m.j., esta conjuntura se tornou solo fértil para surgimento de teorias jurídicas e alternativas legais para remediar as teratologias, fora do alcance do sistema recursal e do âmbito restrito da ação rescisória. A coisa julgada, cuja preservação, mesmo à vista de nova lei, é garantida pela Constituição federal, perdeu força. A jurisprudência passou, então, a admitir, em casos extremos, a relativização da coisa julgada. Disseminou-se, de outro lado, o uso da ação rescisória como sucedâneo recursal. Tudo em desprestígio da estabilidade social e da segurança jurídica.

Pensamos que a técnica de julgamento não unânime, ao permitir o prosseguimento do julgamento, com um colegiado ampliado, muitas vezes com a sua interrupção, não só pluraliza o debate, como também permite mais tempo para a reflexão, nos casos em que há divergência de opiniões entre os julgadores, sintoma que recomenda um maior debate sobre o caso, contribuindo, bastante, para a busca de um resultado mais justo para o processo.

As críticas que estão sendo feitas a esta nova técnica decorrem, a nosso sentir, da ausência de experiência no seu manuseio. Acreditamos que a prática dos Tribunais poderá ajudar a aprimorar o emprego da técnica de julgamento não unânime, tornando-a mais efetiva.

⁶ Registramos que não somos contra a fixação de metas de desempenho para os magistrados. O trabalho de gestão do judiciário realizado pelo CNJ, com a colaboração dos Tribunais por todo o país, é digno de louvor. O que nos motiva a crítica é o cumprimento cego destas metas, sem que se dê ao magistrado a oportunidade de reflexão sobre acerca dos casos que julga.

Outra possível causa para a resistência à técnica de julgamento não unânime, já manifestada por diversos magistrados e doutrinadores, seria a falta de estrutura adequada e suficiente de certos Tribunais, cujos órgãos fracionados são compostos por menos de cinco magistrados. Hoje, há mais Tribunais divididos em turmas ou câmaras compostas por menos do que cinco magistrados do que com cinco ou mais⁷. Nos casos em que os Tribunais disponham de órgãos fracionados suficientes para a complementação de julgamento, na forma do art. 942, o aproveitamento dessa nova técnica poderá ser melhor, em termos de celeridade. Quanto aos demais, suas respectivas organizações internas poderão mudar, ao longo do tempo, de modo a que possamos extrair melhores resultados dessa bem-vinda novidade. O caminho a ser trilhado, s.m.j., é, portanto, aquele que aponta para o aprimoramento da técnica de julgamento não unânime, ainda que seja no plano legislativo, o que nos parece, sob todos os aspectos, plenamente viável, e não, como defendem alguns, sua eliminação.

Neste trabalho, procuraremos contribuir para o aprimoramento da utilização da técnica de julgamento não unânime, expondo nossa opinião acerca das questões mais polêmicas que têm surgido na experiência prática dos tribunais.

⁷ Órgãos fracionários compostos por três desembargadores: 1. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)**, nos termos do artigo 3º, parágrafo 1º, combinado com o 13, II, do seu Regimento Interno (RI); 2. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** (artigo 2º, parágrafo 5º, combinado com o 16, III, do RITRF2); 3. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** (artigo 2º, parágrafo 4º, combinado com o 15, II, a, do RITRF3); 4. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** (artigo 3º, parágrafo 2º, combinado com o 8º, II e III, do RITRF5); 5. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre** (artigo 8º, combinado com o 9º, II, a, do RITJAC); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas** (artigo 16 do Código de Normas do TJAL); 7. **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas** (artigo 6º, combinado com o 13, do RITJAM); 8. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia** (artigo 91, parágrafo 3º, combinado com o 97, II, do RITJBA); 9. **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão** (artigo 14, parágrafo único, combinado com o 17, II, do RITJMA); 10. **Tribunal de Justiça do Estado do Pará** (artigo 26, I, do RITJPA); 11. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba** (artigo 13, combinado com o 16, II, do RITJPB); 12. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco** (artigo 17, combinado com o 25, II, a, e o 25-A, II, a, do RITJPE); 13. **Tribunal de Justiça do Estado do Piauí** (artigo 3º, parágrafo 2º, combinado com o 85, I, do RITJPI); 14. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte**, com exceção da Terceira Câmara, formada por 4 desembargadores (artigo 14, caput, combinado com o artigo 18, do RITJRN); e 15. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia** (“no mínimo três”, artigo 9º, combinado com o 12 e seus incisos, e o 135, I, b, do RITJRO); Órgãos fracionários compostos por quatro desembargadores: 1. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, com exceção da Primeira e Segunda Turma, compostas por 3 desembargadores (artigo 2º, parágrafo 4º, combinado com o 13, II, do RITRF3); 2. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios** (artigo 16, combinado com o 18, I, do RITJDF1); 3. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará** (artigo 5º, combinado com o 25, I, d, do RITJCE); 4. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo** (artigo 7º, III, combinado com o 54, II, a, do RITJES); 5. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso** — três Desembargadores mais um Juiz convocado — (artigo 20, combinado com o artigo 21, II, a, e, e, e 21-A, II, a, do RITJMT); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (artigos 66 e 67 a e b, do RITJMS); 7. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** (artigo 4º do Ato Regimental nº 2, de 1989, combinado com o artigo 29, II, do RITJSC); e 8. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe** (artigo 21); Órgãos fracionários compostos por cinco desembargadores: 1. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás** (artigo 12, combinado com o 14, II, do RITJGO); 2. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (artigo 9º, VI, combinado com o 36, I e II, e 37, I e II, do RITJMG); 3. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** (artigo 4º, V, combinado com o 89, II, do RITJPR); 4. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (artigo 81, parágrafo 1º, combinado com o 6º, II, do RITJRJ); 5. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (“até cinco”, artigo 17 e seu parágrafo 1º, combinado com o 19, II, a, do RITJRS); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima** (artigos 29 e 31 do RITJRR); 7. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (artigos 34 e 35 do TJSP); e 8. **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins** (artigo 8º, caput, combinado com o 10, IV e suas alíneas, do RITJTO); Órgãos fracionários compostos por sete desembargadores: 1. **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá** (artigo 3º, parágrafos 1º e 3º, combinado com o 19, II, a e b, do RITJAP)

2. O CABIMENTO E A EXTENSÃO DO DEBATE

A chamada técnica de julgamento não unânime está inserida no Livro III, Título I, Capítulo II do CPC, que disciplina a ordem dos processos nos Tribunais. É regulada pelo artigo 942 do CPC e seus parágrafos.

O *caput* do art. 942 expressa que “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores”.

Por força do parágrafo 3º do citado art. 942, também se aplica a técnica de julgamento não unânime “em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, neste caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno” e, no “agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.”

Uma leitura do texto legal, *d.v.*, não deixa dúvidas. Havendo decisão não unânime em julgamento de apelação, sem qualquer distinção, ou em ação rescisória e agravo de instrumento, nas circunstâncias previstas no art. 942, caberá a aplicação da técnica de julgamento não unânime.

Em sede de apelação, a falta de consenso entre os julgadores a ensejar a incidência do art. 942 do CPC pode se dar na discussão de questões preliminares ou de mérito⁸.

Na ação rescisória, a incidência da técnica de julgamento não unânime se dará quando não houver unanimidade na decisão que rescinde o julgado.

Lembramos que o julgamento dessa espécie de demanda se dá em duas etapas. Primeiro se julga se a sentença deve ou não ser desconstituída (*iudicium rescindens*). Em seguida, sendo acolhida a pretensão de rescisão do julgado, reaprecia-se o pedido da ação originária (*iudicium rescissorium*)⁹. Com efeito,

⁸ “A questão do julgamento da apelação: aplicação só para a sentença de mérito ou também para as sentenças terminativas. Dada a ausência de maiores explicações na lei, que prevê o cabimento da técnica de julgamento simplesmente quando o “resultado da apelação não for unânime” surge a dúvida a respeito da sua aplicação na hipótese de sentenças terminativas. Para José Miguel Garcia Medina, utilizando-se de entendimento análogo à restrição prevista para a hipótese de rescisória e agravo (§3.º), só é possível aplicá-la nos casos em que se der provimento a apelação interposta contra sentença de mérito. Pensamos diferente. O silêncio da lei é eloquente. O NCPC abandonou a preocupação com a reformulação meritória da causa. Tratando-se de apelação tirada contra sentença de mérito ou terminativa, tem lugar a aplicação da técnica de julgamento prevista no art. 492.” Teresa Arruda Alvim Wambier, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2016, p. 1486.

⁹ vide art. 974 do CPC que expressa: “Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento (...)”.

ao rejulgar a causa, o Tribunal poderá apreciar todas as questões discutidas na lide, sejam estas preliminares (p.e., ilegitimidade das partes) ou de mérito.

S.m.j, a incidência do art. 942 poderá ocorrer tanto no juízo rescindendo quanto no juízo rescisório, seja nas deliberações preliminares ou de mérito. A literalidade do texto legal conduz a interpretação no sentido de que, havendo decisão não unânime em juízo rescisório, o julgamento deve prosseguir nos termos do art. 942. Assim, antes de se rejulgar o mérito, impõe-se a ampliação do colegiado, se necessário, não havendo *quorum*, com a interrupção do julgamento. Somente após deliberada, a rescisão do julgado, na forma do art. 942, será possível prosseguir no reexame do mérito da causa em juízo rescisório, já com o colegiado ampliado.

No julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que julga parcialmente o mérito da demanda, a incidência do art. 942 se dará sempre que, no curso do julgamento, a decisão, que julgou parcialmente o mérito, esteja sob ameaça de reforma. Não há limitação, de igual modo, à natureza da *quaestio iuris* em debate. A discussão, a ser submetida ao colegiado ampliado, pode ser acerca de uma preliminar ou sobre o mérito da lide parcialmente acolhido ou rejeitado.

Ao nosso sentir, a técnica de julgamento não unânime, de um modo geral, com as ressalvas acima, seja no julgamento de apelação, de ação rescisória ou de agravo de instrumento, não impõe qualquer restrição à amplitude do debate, permitindo a mais ampla discussão sobre os aspectos fáticos e jurídicos da causa, aí incluídas questões preliminares e de mérito. Como bem sintetizou Alexandre Câmara quando perguntado o que se pode discutir em sede do julgamento, nos termos do art. 942: “tudo”¹⁰.

Para Leonardo Greco¹¹, “Ocorrendo a divergência no julgamento de qualquer questão, preliminar, prejudicial ou de mérito no julgamento da ação ou recurso, o julgamento será suspenso, prosseguindo perante a composição ampliada ou a nova composição com a tomada de votos de todos os participantes do novo julgamento, inclusive os que porventura já haviam anteriormente votado, que renovarão o julgamento por inteiro, sobre todas as questões, mesmo aquelas em que no órgão de origem não havia se verificado divergência, porque o julgamento como um todo somente se concluirá na fase perante a nova composição. Nesta poderão vir a ser suscitadas, inclusive, novas questões que não haviam sido objeto de apreciação na primei-

¹⁰ Vide www.conversasobreprocesso.com; “Técnica de julgamento não unânime”

¹¹ Leonardo Greco, Instituições de Processo Civil: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais, Vol.3, 2016, p. 188.

ra fase do julgamento porque, não tendo se concluído essa primeira fase, o único julgamento da ação ou recurso será o proferido na segunda fase. Na verdade, nesse segundo momento, todas as deliberações poderão ser tomadas por maioria ou por unanimidade, podendo os julgadores que participaram da 1ª fase manter ou modificar os seus votos.”

A distinção de tratamento dada pelo art. 942 do CPC ao julgamento de apelação e agravo de instrumento tem gerado perplexidade. Tem sido questionado o suposto tratamento anti-isonômico dado ao julgamento da apelação e do agravo de instrumento, pelo *caput* do art. 942 e o seu parágrafo 3º, inciso II, respectivamente.

O TRF da 2ª Região, por sua 7ª Turma, em questão de ordem suscitada na apelação cível número 0004041-89.2010.4.02.5101, em acórdão da lavra do desembargador e processualista Luis Paulo da Silva Araújo, entendeu que somente caberia a incidência da técnica de julgamento não unânime se, no curso do julgamento, houver maioria no sentido de reformar a sentença de primeiro grau. Assim, embora não se possa extrair da literalidade do texto legal do *caput* do art. 942 essa restrição, uma análise sistemática, em cotejo com seu parágrafo 3º, II, permitiria concluir, segundo sua ótica, acompanhada à unanimidade por seus pares, pela não incidência da técnica de julgamento não unânime, quando a maioria da turma julgadora decidir pela manutenção da sentença¹².

Para este acórdão, não haveria justificativa para se dar tratamento desigual ao julgamento de recurso que versa sobre a mesma questão, somente porque “do ponto de vista formal, o julgamento ocorreu em sentença ou em decisão interlocutória”.

Cita um exemplo, para ilustrar: “ (...) se na ação proposta por Caio, o juiz acolhe a prescrição com relação a alguns dos pedidos formulados, somente caberá a complementação do julgamento se houver reforma da decisão interlocutória (art. 354, p.ú., c/c 942, parágrafo 3º, II, do CPC); já na ação proposta por Tício, se o juiz reconhecer a prescrição quanto a todos os pedidos, caberá a complementação desde que haja qualquer voto vencido no julgamento da apelação, sobre questão processual ou de mérito, seja para anular ou reformar a sentença.”

E, após, conclui: “Ora, nessa situação de paradoxo inexplicável e anti-isonômico, fruto da pressa em manter mecanismo similar aos embargos infringentes, não se deve simplesmente admitir o absurdo. Ao revés, impõe-

12 Esta questão foi objeto de incidente de assunção de competência número 0000191-191-46.2000.4.02.5111, no âmbito do TRF-2a Região, suscitado pelo Des. Sergio Schwaitzer, ainda pendente de julgamento.

-se a conclusão de que também na hipótese de apelação o incidente somente tem lugar quando houver reforma da decisão de mérito."¹³

No âmbito doutrinário, Leonardo Greco, na mesma linha, afirma que "Transparece aqui já criticada inexistência de dupla conformidade, com flagrante violação da isonomia"¹⁴.

A nosso ver, não há anti-isonomia ou paradoxo a justificar essa interpretação restritiva à aplicação do art. 942 do CPC no caso do julgamento de apelação. A escolha feita pelo legislador ordinário de dar maior alcance à incidência da técnica de julgamento não unânime quando se tratar de apelação se baseia na consideração das peculiaridades próprias de cada recurso.

O entendimento de que não seria cabível a incidência do art. 942 do CPC, no caso de decisão majoritária que mantém a sentença, parte da premissa de que a hipótese de julgamento parcial de mérito seria ontologicamente idêntica ao julgamento de mérito final. Logo, por este entendimento, não faria sentido imprimir dinâmica diversa ao julgamento de apelação e de agravo de instrumento que pretendam a reforma do mesmo mérito, somente em razão do momento em que sua apreciação se deu em primeira instância.

Contudo, o momento em que a sentença é proferida pode ser um diferencial que justifique, por si só, a distinção procedimental adotada pelo legislador ordinário para o julgamento de apelação e agravo de instrumento nestas circunstâncias. O julgamento antecipado, ordinariamente, é revestido de um maior grau de certeza por parte do juiz de primeiro grau. Ocorre, na forma do art. 356, quando "um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I- mostrar-se incontroverso; II- estiver em condições de imediato julgamento (...)", o que pode se operar havendo revelia.

O julgamento parcial de mérito e o julgamento final, após a instrução do processo, embora tenham pontos em comum que os tornam muito similares, não podem ser considerados idênticos para todos os efeitos legais. Se fossem, não haveria razão para justificar a antecipação de julgamento apenas em algumas hipóteses. Ora, por que o legislador permitiu o julgamento antecipado de mérito somente em situações restritas? Em nossa opinião, é porque há nessas hipóteses um grau de certeza maior acerca da procedência ou improcedência da postulação, o que justifica um julgamento antecipado

¹³ "grifos do original.

¹⁴ Greco, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, Vol III, Rio de Janeiro: Forense, pág 188.

sem que seja necessária a instrução probatória e o debate mais abrangente sobre os diversos aspectos não só fáticos como também jurídicos.

Se existe essa diferença, ainda que sutil, o que nos parece evidente, não se pode cogitar de simetria entre a apelação e o agravo de instrumento em tal grau que justifique uma interpretação restritiva do âmbito de incidência da técnica de julgamento não unânime. O momento em que é proferida a decisão pode justificar a diferença da dinâmica de julgamento da apelação e do agravo de instrumento, conforme previsto na lei.

E esta nos parece ter sido a vontade do legislador, baseada em amplo debate com a sociedade e a comunidade jurídica, o que se pode extrair da literalidade do texto legal, que somente limitou a aplicação da técnica de julgamento não unânime, expressamente, na ação rescisória e no agravo de instrumento.

Ademais, como lembra Alexandre Câmara¹⁵, no julgamento do agravo de instrumento não há sustentação oral. Já na apelação, há. Desse modo, não se pode querer criar uma simetria absoluta entre esses recursos, se não existe sequer identidade de ritos.

Mas não é só! Se há assimetria de tratamento a ser sanada, não se deve escolher a opção restritiva, que limita o cabimento da técnica de julgamento não unânime na apelação. Se é para dar interpretação dissociada do sentido literal do texto legal, a melhor solução, para superação dessa suposta antinomia, seria a ampliação do colegiado para o julgamento de agravo instrumento, também na hipótese de manutenção da sentença parcial. Essa é a interpretação, *d.v.*, que melhor se harmoniza com o princípio da segurança jurídica e do contraditório, contrapostos ao princípio da celeridade, que inspiraram, como acima visto, a regra insculpida no art. 942 do CPC.

Indo mais além! O parágrafo 4º do art. 942 veda a aplicação da técnica de julgamento não unânime no caso de remessa necessária. Se se faz necessário dar tratamento idêntico a todos os modos e formas de revisão da sentença de mérito somente porque há identidade de tema a ser apreciado, contrariando, até mesmo, a vontade do legislador expressa no texto legal, dever-se-ia entender letra morta este dispositivo legal, sob pena de se referendar, de igual modo, uma suposta anti-isonomia.

Na linha do exemplo colhido acima, se a prescrição for reconhecida em sede de embargos opostos a uma execução fiscal. A Fazenda Nacional não recorre. A decisão se enquadra na previsão legal de remessa necessária,

15 Vide www.conversasobreprocesso.com; “Técnica de julgamento não unânime”

nos termos do art. 496 do CPC. Se a decisão, em reexame necessário, se der por maioria, não incide o art. 942 do CPC, por força do seu parágrafo 4°. Todavia, se tivesse havido apelação, a mesma questão estaria sujeita ao debate por um colegiado ampliado, caso não se formasse a unanimidade.

Há, neste contexto, tratamento anti-isonômico? Como superar esta suposta antinomia? Afastando a aplicação da técnica de julgamento não unânime por completo no caso de apelação para igualar a dinâmica de julgamento da apelação e da remessa necessária? A resposta a essas perguntas somente pode ser negativa.

Não há tratamento anti-isonômico. A remessa necessária e a apelação, embora se identifiquem por sua finalidade, não são idênticas em sua estrutura legal. Cada uma tem seus requisitos próprios, a exemplo do agravo de instrumento e da apelação (uma comporta sustentação oral e o outro não).

Ora, se se levar a extremos o entendimento que defende a absoluta isonomia de tratamento ao agravo de instrumento e à apelação, de modo a interpretar a lei em desacordo com a vontade do legislador, dever-se-ia estender à remessa necessária o mesmo privilégio que gozam aqueles recursos. Destarte, por este raciocínio, com o qual não concordamos, dever-se-ia, aplicar a técnica de julgamento não unânime à remessa necessária, quando a maioria votar pela reforma da sentença. Ou pior, de outro lado, aplicar a vedação da ampliação do colegiado à apelação e ao agravo de instrumento, o que tornaria praticamente letra morta o art. 942.

Não achamos prudente, nem razoável, interpretar o art. 942 fora dos parâmetros legais fixados pelo legislador. A nosso ver, não devemos ultrapassar essa fronteira legal. Podemos estar abrindo a “caixa de Pandora”. Ainda mais no caso em que não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no art. 942 em comento.

3. A DINÂMICA

Na forma do art. 942 e seus parágrafos, no julgamento da apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, verificada a divergência, deverão ser convocados mais magistrados, de modo a permitir a mudança da sorte do julgado a ser deliberado, para compor a turma julgadora, prosseguindo os debates com o colegiado ampliado.

Não havendo *quorum* suficiente, o julgamento deverá ser interrompido e convocada nova data para seu prosseguimento, facultada às partes ou a terceiros prejudicados apresentarem nova defesa oral.

A técnica de julgamento não unânime não tem natureza de recurso, conforme lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁶. E por uma simples razão. Não há decisão a ser impugnada. À evidência, a dicção do *caput* do art. 942 é clara ao dispor que não há conclusão do julgamento nas hipóteses em que prevê sua continuação com o colegiado ampliado. Se não concluído o julgamento, logo, não há decisão. E se não há decisão, não pode haver recurso, que pressupõe, por óbvio, a existência de uma decisão passível de reforma.

A complementação do julgamento, nos termos do art. 942, não depende da iniciativa das partes. Deve ser empregada de ofício, constada a presença de seus requisitos legais. Conforme bem explicita Elpídio Donizetti¹⁷, como na remessa necessária, prossegue por impulso oficial.

Incide o art. 942 do CPC em qualquer julgamento não unânime. Não é necessário que haja maioria. Basta que não se chegue à unanimidade. Dessa forma, havendo três votos divergentes entre si, antes de se aplicar as regras regimentais que regem o voto médio, emprega-se a técnica de julgamento não unânime.¹⁸

O julgador que participou do julgamento originário, nos termos do parágrafo 2º do art. 942, poderá alterar seu voto, no todo ou em parte, no curso da sessão, enquanto não encerrados os debates e proclamado o resultado do julgamento.

A nosso ver, concluído o julgamento originário, notadamente nos casos em que já foi reiniciado ou convocada nova sessão para sua complementação, a eventual mudança do voto vencido que ensejou a incidência do art. 942, não implica prejuízo para a ampliação do debate. O julgamento deverá prosseguir, colhendo-se os votos dos magistrados convocados. Destarte, a decisão, ainda que em sede de complementação de julgamento, poderá ser até mesmo unânime.

16 Marinoni, Arenhart, Mitidiero, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 2016, p. 1005, esclarecem que “O novo Código extinguiu o recurso de embargos infringentes. No entanto, sensível ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, submeteu o resultado não unânime à ampliação do quórum de julgadores. Não se trata de novo e recurso, nem tecnicamente de novo julgamento: o art. 942, CPC, constitui apenas um meio de provocar a ampliação do debate.”

17 “Elpídio Donizetti, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 2016, p. 1478, ensina: “Os embargos infringentes eram uma espécie recursal, assim, a interposição era voluntária. A nova técnica, ao revés, é obrigatória. Uma verdadeira remessa necessária, sem indicação de novo relator.”

18 Alexandre Freitas Câmara, em artigo publicado em *Conjur*, em 16 de março de 2017, explicita a respeito: “Em outras palavras, só se cogita a dispersão de votos quando, colhidos os votos de todos os integrantes do colegiado (ampliado, se for caso de aplicação do art. 942 do CPC), não for possível determinar qual o entendimento majoritário na turma julgadora.”

A mudança de voto, nessas circunstâncias, a nosso sentir, mesmo que ainda não iniciado o debate entre os julgadores, já decorre de uma maior reflexão sobre a questão objeto da divergência, resultado direto da aplicação da técnica de julgamento não unânime. Em outras palavras, se não fosse aplicada a técnica, não haveria possibilidade de mudança de entendimento do voto vencido após a proclamação do resultado do julgamento. E se assim é, se esta alteração somente foi possível graças à aplicação do art. 942, não vemos como se possa afastar a incidência desse dispositivo legal como um todo, com a continuação do julgamento. Não há previsão legal para aplicação apenas parcial do art. 942, regra procedimental, de impulso oficial do processo e, por conseguinte, de ordem pública. Ou bem se aplica como um todo ou não se aplica o art. 942.

Se o *quorum* de julgamento alcançar um placar cuja reversão se afigure matematicamente impossível, ainda assim o julgamento deve prosseguir até final. Como acima visto, qualquer julgador, a qualquer tempo, no curso do julgamento, pode alterar o seu voto. Logo, se um julgamento com *quorum* de cinco julgadores atingir o placar de 4x0 ou 3x1, deve-se colher o quinto voto, já que sempre haverá a possibilidade de, após o quinto voto, os julgadores, que já se manifestaram, mudarem seu posicionamento. Direito, como se sabe, não é uma ciência exata. O que no plano matemático seria impossível, pode ser admitido em um julgamento cujo componente humano ainda é prevalecente.

Não nos alinhamos com aqueles que defendem a possibilidade de se prosseguir e concluir o julgamento, com base no art. 942, quando houver, p.e., o *quorum* de 4 julgadores e se atingir uma votação majoritária. Para estes, chegando-se ao placar de 3x1 no julgamento, não haveria sentido prático de se prosseguir. O resultado da deliberação judicial já poderia ser proclamado. Segundo este entendimento, o não prosseguimento se justificaria à luz do princípio da efetividade, não só em vista da suposta impossibilidade matemática de reversão da sorte da demanda, mas também em razão de dados estatísticos que demonstrariam a quase inexistência de casos que, neste estágio de julgamento, venham a ser revertidos.

Discordamos desse entendimento por pelo menos quatro motivos. A uma, porque a lei não autoriza o prosseguimento do julgamento, na forma do art. 942, sem que o *quorum* da turma julgadora seja suficiente para reversão do resultado da decisão. Não haveria como, em consequência, sequer se iniciar a complementação do julgamento para se saber a posição do quarto

voto, a dar ensejo à conclusão do julgado com o *quorum*, por exemplo, de quatro julgadores, por falta de previsão legal.

A duas, porquanto a ampliação do colegiado, prevista no art. 942, visa a pluralizar o debate, prevendo a lei *quorum* específico que deve ser respeitado, sob pena de subversão da ordem processual.

A três, haja vista que o último voto pode, potencialmente, reverter o resultado do julgamento, se for capaz de convencer os demais julgadores que já se pronunciaram do desacerto de seu posicionamento inicial. Lembramos que um julgamento colegiado, nos termos do art. 942, se caracteriza, ou pelo menos deveria se caracterizar, pelo debate de entendimentos opostos que não pode ser meramente formal. Não se pode desprezar, pois, a evolução do pensamento ou a mudança de entendimento, fruto das discussões travadas entre os julgadores. Este, inclusive, parece-nos ser o propósito da liberdade dada pela lei, nos termos do parágrafo 2º do art. 942, para os julgadores que já tiverem votado mudarem seu voto.

E por fim, mas não menos importante, desconhecemos dados estatísticos que revelem a quase inexistência de julgados revertidos nessas circunstâncias, qual seja, mudança de entendimento da turma julgadora quando já formada maioria de, p.e, 3x1 no placar da votação. E mesmo que já exista tal estatística, parece-nos cedo (o novo código está vigente há pouco mais de um ano), para se obter dados que sejam confiáveis o suficiente a ensejar uma interpretação *contra legis*.

A nosso sentir, havendo dados estatísticos confiáveis, poderíamos cogitar, *de lege ferenda*, de um *quorum* menor para a aplicação da técnica de julgamento não unânime nesse contexto, mas para isso se faria necessária uma modificação do texto legal.

A possibilidade de mudança do voto, em sede de complementação de julgamento, nos termos do art. 942, encontra previsão legal no seu parágrafo 2º, que expressa: “Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seu voto por ocasião do prosseguimento do julgamento”.

O texto legal não deixa dúvida: pode o julgador, que já tenha votado, mudar de opinião e alterar seu voto no curso da complementação do julgamento, até a proclamação do resultado¹⁹.

Essa regra, contudo, comporta uma exceção. O magistrado que estiver no lugar de juiz afastado ou substituído, por força do art. 941, parágrafo 1º, não poderá alterar o voto do seu antecessor.

19 O art. 941, parágrafo 1º do CPC é expresso ao disciplinar: “O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele proferido por juiz afastado ou substituído”.

A nosso ver, pouco importa o motivo. Havendo o afastamento do juiz ou sua substituição, será vedada a mudança de voto. Parece-nos um caso de opção legislativa que deve ser respeitada. Poderia o Congresso Nacional, no uso de suas atribuições constitucionais, ter optado por permitir que o substituto mudasse seu voto. Não haveria, a nosso ver, nenhuma inconstitucionalidade nesta regra. A escolha do legislador, entretanto, foi outra. Preferiu optar pela imutabilidade do voto nessas circunstâncias, o que, inclusive, está de acordo com a tradição do nosso direito. No STF, p.e., a regra é a imutabilidade do voto quando houver a aposentadoria de ministro²⁰.

4. O CABIMENTO DA TÉCNICA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei 12.016/09, que disciplina o procedimento do mandado de segurança, em seu art. 25, vedava a interposição de embargos infringentes²¹ no julgamento de apelação nessa sede.

Como acima já explicitado, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, foi extinta essa espécie recursal. A questão que se coloca, a partir daí, é: subsiste a vedação, agora não mais dos embargos infringentes, mas sim da aplicação da técnica, quando houver julgamento não unânime de apelação em mandado de segurança?

A matéria é controvertida. Há opiniões divergentes²². A meu ver, a resposta é negativa.

O art. 1.046 do Código de Processo Civil, ao regular a vigência do novo ordenamento jurídico processual, dispõe que “suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973²³”. Em seu parágrafo 4º, expressa que “As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.

Para nós, a técnica de julgamento não unânime não corresponde, não é a exata equivalência aos embargos infringentes, conquanto, em alguma medida, tenha ocupado o seu lugar.

²⁰ O art. 134, parágrafo primeiro do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²¹ Dispõe o art. 25 da Lei 12.016/09: “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.”

²² Vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de Julgamento Não Unânime”.

²³ Extinto Código de Processo Civil.

A técnica, embora tenha o DNA dos embargos infringentes, não se equivale a essa extinta espécie recursal. A começar por sua natureza. Os embargos infringentes eram um recurso. A técnica, não. Os embargos dependiam da iniciativa da parte. A técnica, não. Os embargos restringiam o âmbito da discussão devolvida a apenas o objeto da divergência. A técnica, não. Os embargos pressupunham uma decisão a ser desafiada. A técnica, não²⁴.

Essas distinções afastam a técnica dos embargos. Parece-nos que a técnica é uma nova criatura que não se confunde com a espécie que inspirou sua criação. Decorre de uma evolução da espécie recursal extinta, no sentido darwiniano da expressão. Criou-se algo novo, com características diversas. Como diz Alexandre Câmara, que pode ser melhor ou pior²⁵.

Com todo respeito e enorme reverência àqueles que defendem tese conflitante, a técnica corresponde aos embargos na mesma proporção que o tigre corresponde ao gato.

A técnica mais se assemelha, por suas características, à remessa necessária do que aos extintos embargos infringentes. Vejamos. Pensamos que a natureza jurídica da remessa é de condição de eficácia da sentença²⁶. A da técnica, a nosso ver, também, já que não se trata de recurso, como acima esposado. A remessa incide de ofício, independentemente da iniciativa da parte. A técnica também. Não há na remessa, em regra, restrição ao âmbito de discussão da matéria objeto da decisão a ser revista. Nem na técnica.

Não se pode dizer, então, que a técnica seja equivalente ou correspondente aos embargos infringentes.

Lembramos que a vedação ao cabimento dos embargos infringentes, na forma do art. 25 da Lei 12.016/09, tem origem primária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷. Por essa posição jurisprudencial, não caberiam os embargos infringentes em apelação em mandado de segurança por não incidirem, de uma maneira geral, as regras do Código de Processo Civil no procedimento de mandado de segurança, conforme definido pela então vigente Lei 1.533/51.

24 Acima já salientamos essas peculiaridades da técnica de julgamento não unânime ao falarmos de seu cabimento, extensão e dinâmica.

25 Vide www.conversasobreprocesso.com; "A Técnica de julgamento não unânime".

26 A questão é polêmica. Há quem defenda a natureza recursal da remessa necessária.

27 vide www.conversasobreprocesso.com; "A Técnica de Julgamento Não Unânime".

Este entendimento, predominante na jurisprudência da época²⁸, era objeto de críticas. Ora, se não cabia a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, quais regras regulavam a distribuição, a citação, as intimações etc? A Lei 1.533/51 nada disciplinava a respeito. Ao que nos parece, esse posicionamento jurisprudencial era explicitamente defensivo. E se justificava, em sua essência, por seu propósito, que nada mais era do que emprestar ao mandado de segurança um andamento mais célere.

Indagamos, pois: subsiste este motivo, de modo a se justificar, mais uma vez, uma solução restritiva para esta *quaestio iuris*? Mais uma vez, nossa resposta é negativa.

A técnica de julgamento não unânime foi concebida de modo a que seu procedimento não se torne um obstáculo ao andamento célere do processo. Diferentemente dos embargos infringentes, que demandavam a fluência de prazo recursal, a iniciativa da parte, a redistribuição do recurso, um novo relator e um novo julgamento, a técnica incide de ofício, sem prazo recursal, redistribuição, novo relator ou novo julgamento. É o mesmo julgamento. E havendo o *quorum* legal, pode ensejar a conclusão do julgamento na mesma sessão, sem se perder um dia sequer em termos de celeridade.

A eventual falta de estrutura de alguns Tribunais, s.m.j., não pode servir de justificativa para o surgimento de novo posicionamento jurisprudencial defensivo. Como já salientado acima, o caminho é encontrar soluções para os problemas estruturais e logísticos no tocante à técnica de julgamento não unânime, e não eliminá-la.

Assim, a nosso ver, por não corresponder aos embargos infringentes, a técnica de julgamento não unânime incide em apelação em mandado de segurança.

5. O CABIMENTO DA TÉCNICA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Não há previsão legal no art. 942 que preveja a incidência da técnica de julgamento não unânime em embargos de declaração. Assim, em regra, ainda que não haja consenso, não caberia a ampliação do colegiado nesta sede. Os embargos, salvo a exceção abaixo explicitada, poderão ser julgados com o colegiado composto pelos magistrados que participaram do início do julgamento da apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, nos termos do regimento interno de cada Tribunal.

²⁸ Vide súmula 597 do Supremo Tribunal Federal e súmula 169 do Superior Tribunal de Justiça.

Há, contudo, uma situação em que, por suas peculiaridades, s.m.j., poderia se cogitar da aplicação do 942.

Sendo rejeitados os embargos, por unanimidade ou maioria, pouco importa, não haverá a incidência da técnica. O mérito do acórdão embargado, nestas circunstâncias, não se altera. Logo não existe qualquer respaldo legal para sua aplicação.

Quando houver provimento, apenas para esclarecer o julgado embargado, parece-nos, do mesmo modo e pelo mesmo motivo, que a técnica não pode ser cogitada.

A *vexata quaestio* surge no julgamento de embargos em que, seja por unanimidade, seja por maioria, é emprestado efeito infringente. Havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, os embargos devem ser não só conhecidos, como também providos, nos termos do art. 1.022 do CPC. Ora, se o esclarecimento dessas questões puder resultar em mudança do resultado do acórdão embargado, a nosso juízo se faz necessária a convocação do colegiado ampliado, nos termos do art. 942. Pensar diferente é abrir as portas para manobras processuais que podem tornar letra morta o art. 942.

Vejamus um exemplo. No início do julgamento da apelação, é formada a maioria em favor do apelante. Convocado o colegiado ampliado, o resultado do julgamento se inverte. Se se aceitar o rejuízo da apelação, em sede de embargos, apenas com os magistrados que compuseram a assentada originalmente, se estes mantiverem suas posições originais, o placar do julgamento será novamente revertido, voltando-se ao resultado inicial. Nesta hipótese, a aplicação do 942 seria um enorme perda de tempo. Torna-se-ia este dispositivo legal, repetimos, letra morta.

Nessa restrita situação, vemos, inclusive, violação do princípio do juízo natural, já que não prevalecerá, por via transversa, o voto da maioria do colegiado ampliado em privilégio da posição vencida do colegiado original.

6. O TEMPO E O ART. 942

Considerando que o processo se compõe de inúmeros atos, o direito processual, naquilo que se refere à incidência da lei nova, se orienta pela Teoria dos Atos Processuais Isolados, segundo a qual cada ato processual deve ser considerado isoladamente, para o fim de determinar qual lei será aplicada.

Nessa linha, a regra prevista no art. 14 do Código de Processo Civil é da aplicação imediata da lei processual aos processos em curso, preservados

“os atos processuais praticados e as situações jurídicas consagradas sob a vigência da norma revogada”.

Desse modo, a técnica de julgamento não unânime incidirá nos julgamentos de apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, nas hipóteses previstas em lei, iniciados já sob a vigência da nova lei. Aqueles julgamentos já iniciados e, porventura, ainda não concluídos, p.e., em razão de um pedido de vista, não estão sujeitos à técnica.

Uma situação, nesta perspectiva, suscita perplexidade. Se o julgamento se encerrou antes da vigência do novo código e seu resultado somente veio a ser publicado após, caberia a interposição de embargos infringentes ou a aplicação da técnica de julgamento não unânime? Vejamos.

À época da conclusão do julgamento e antes da publicação, não estava vigente a nova ordem processual e nem era possível interpor o recurso, já que ainda não disponível o acórdão.

Após a publicação, já em vigor o novo CPC, não haveria como incidir a técnica, já que concluído o julgamento, nem caberiam mais embargos infringentes então não mais existentes.

Recordemos, a propósito, que, no que se refere a recurso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a regra que o rege é aquela vigente na época da publicação da decisão recorrida²⁹.

Há, nessa conjuntura, uma lacuna legal. Um hiato que nos leva ao limbo interpretativo. O que fazer nessas circunstâncias?

A primeira opção seria aplicar excepcionalmente a técnica, reabrindo o julgamento, em homenagem aos princípios da ampla defesa e da isonomia. Essa escolha esbarra, contudo, em regra expressa na lei: o art. 941, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil³⁰, que veda a mudança de resultado do julgamento, *contrario sensu*, após proclamado o resultado.

A segunda opção seria aceitar, excepcionalmente, o cabimento dos embargos infringentes, já sob a vigência da lei nova que o extinguiu. Essa alternativa parece-nos inviável. Somente cabe recurso quando há previsão legal prévia que o tipifique. Se não há previsão, não existe recurso. Logo, se foram extintos os embargos infringentes, não vemos como ressuscitá-lo ainda que seja para situações excepcionais.

29 Vide AgRg no AREsp 849.405/MG, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4a Turma, j. 5.04.2016.

30 Dispõe o art. 941, parágrafo 1o do CPC: “art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo 1o. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.”

Resta-nos, s.m.j., uma terceira e única opção. Simplesmente não fazer nada. Deixar aqueles que vivenciarem esta situação sem qualquer revisão de caráter infringente em sede de Tribunal local. Para aqueles que entendem que os embargos infringentes não encontram correspondência na técnica de julgamento não unânime, entre os quais nos incluímos, essa alternativa faz todo o sentido. Ora, se o recurso de embargos infringentes foi extinto e não há direito adquirido à sua interposição, já que não estavam presentes seus requisitos antes da mudança da ordem processual, nem recurso correspondente, não há que se cogitar de direito a esta extinta espécie recursal.

Outra questão. No julgamento de embargos de declaração, opostos contra apelação julgada e publicada sob à égide da lei revogada, já sob a vigência da lei nova, o colegiado, por maioria, à vista de uma omissão, reforma a decisão em seu mérito. Caberia aplicar a técnica de julgamento não unânime?

A nosso sentir, a resposta é positiva. A técnica é norma de impulso processual, incidente de ofício, em todos os julgamentos ou rejuvimentos de apelação, nos termos do art. 942 do CPC. O marco temporal, para definição da incidência dessa norma, parece-nos ser a data do início do julgamento ou rejuvimento. Destarte, o rejuvimento da apelação, ainda que seja apenas acerca do ponto omissivo, que deveria ter sido apreciado e não o foi no primeiro julgamento, deve se dar à luz do ordenando vigente. Essa é a regra do art. 14 do Código de Processo Civil. O mesmo deverá ocorrer se o julgamento for anulado. O novo julgamento obedecerá a regra procedimental vigente no momento de sua realização.

7. CONCLUSÃO

A técnica de julgamento não unânime, para nós, é bem-vinda. No mínimo merece uma chance. Permite uma reflexão maior sobre questões que se mostram mais polêmicas, assim identificadas à vista de um indício que não pode ser ignorado: a divergência entre os julgadores. As dúvidas acerca de seu funcionamento devem ser enfrentadas e dirimidas.

As deficiências estruturais de alguns Tribunais não podem servir de obstáculo para a incidência ou como justificativa para a eliminação dessa técnica. Devemos nos esforçar para encontrar soluções práticas, que ensejem o seu uso saudável, sem, tal qual na lenda de Alexandre, o Grande, precisar sacar da espada para desatar seus nós. Buscar respostas interpretativas adequadas que, ao mesmo tempo que não ultrapassem as fronteiras estabelecidas pelo legislador, deem soluções práticas que viabilizem a técnica como um instrumento de justiça, é o desafio a ser vencido.

Eis uma sugestão, a ser elaborada, que poderia estar a alcance de todos os Tribunais, sem que seja necessária reforma legislativa. Os próprios magistrados que compõem os diversos colegiados por todo o país, especialmente aqueles sem estrutura para dar continuidade ao julgamento na mesma sessão, poderiam estabelecer critérios internos para autodisciplinar seus julgamentos. P.e., espontaneamente definirem que somente se instaurará divergência no colegiado, caso seja útil para o processo. Aquele que divergir, sem que essa dissonância seja verdadeiramente aproveitável, de algum modo, para o processo, ao invés de votar contrário, acompanharia os demais e ressaltaria seu ponto de vista.

Um exemplo: questões de direito, seja individual ou coletivo, cuja última palavra sempre será dada pelos Tribunais superiores, especialmente nos casos em que já haja precedentes jurisprudenciais de cortes superiores, não ainda sedimentados. A incidência da técnica em julgamento que trate apenas de questão de direito pode não se justificar, notadamente se o órgão julgador não dispuser de membros suficientes para continuação imediata da assentada. Neste caso, o colegiado poderia, em consenso, formar unanimidade, ressaltando o voto divergente, de seu entendimento.

Salientamos, a propósito, que, no sistema processual vigente, já existem outras vias para se dirimir ou se firmar a jurisprudência sobre questões de direito, não nos parecendo que o debate ampliado, em sede de julgamento sob a regência do art. 942, em um caso individual, possa, verdadeiramente, acrescentar algo útil para realização da justiça.

Quando, contudo, a questão envolver fatos ou interpretação de contrato, cuja definição, a palavra final, caberia ao Tribunal local, imprescindível é a ampliação do colegiado. Em princípio, não haverá outra oportunidade para rediscutir o assunto.

Outra sugestão, agora voltada para os Tribunais Superiores, seria a de aplicar no julgamento de recursos que tenham como tema a violação do art. 942, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, as regras do Título III, referentes às nulidades, em especial os arts. 277 e 283, parágrafo único do CPC³¹.

31 Dispõe o art. 277. Do CPC: “ Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”. Já o art. 283 e seu parágrafo único expressam: “ O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.”

Aristóteles afirmava que a sabedoria sempre está no ponto médio entre dois extremos. Entre a prodigalidade e a avareza, está a generosidade. Entre a temeridade e a covardia, está a coragem. O autodisciplinamento do órgão colegiado, com o uso racional e não compulsório da técnica pode ser este ponto médio.

De lege ferenda, poderia ser criada restrição para a incidência do art. 942, na discussão de matéria puramente de direito, restringindo seu emprego às questões de fato e de interpretação de cláusula contratual³². ❖

32 Vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de Julgamento Não Unânime”.

Da Interpretação do Direito Segundo Hans Kelsen: Uma Proposta de Controle de sua Lacuna Jus-Interpretativa

João Alves Bastos

Mestre em Teoria do Direito. Bacharel em Direito e Licenciado Pleno em Letras Vernáculas. Especialista em Português Jurídico, em Língua Portuguesa e em Problemas Fenomenológicos e Hermenêutica; especializando em Psicologia Jurídica. Servidor Instrutor da ESAJ - Escola de Administração Judiciária, e Analista Judiciário e Mediador Judicial, todos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: Neste artigo será feita uma análise da interpretação do Direito de acordo com a teoria pura do Direito de Hans Kelsen. Nessa análise se discutirá sobre (um)a lacuna jus-interpretativa de sua teoria da interpretação. Será apresentada uma proposta para sua completude e para um controle da aplicação do Direito com base na moldura de Kelsen. Para ser alcançado esse objetivo, se discorrerá sobre o projeto de uma interpretação pura do Direito segundo Kelsen, sobre os parâmetros interpretativos fixados por sua teoria, sobre sua incompletude, sobre o processo de criação do Direito, sendo dada especial atenção à “escolha” do aplicador do Direito de entre as possibilidades jurídicas presentes na moldura de Kelsen, estas decorrentes do processo de interpretação do texto normativo, prévio àquela “escolha”.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito. Kelsen. Interpretação. Análise do discurso Considerações.

ABSTRACT: This article analyses the interpretation of Law according to Hans Kelsen's pure theory of Law. It discusses on a loophole legal interpretation of his interpretation theory. It offers a proposal for filling it up

and controlling the application of Law based on Kelsen's frame. In order to reach such aim, it rambles on about the project of a pure interpretation of Law according to Kelsen, about his theory's interpretative parameters, about its uncompletion, about the process of law construction, giving a special attention to the Law constructor's choice among all legal possibilities in Kelsen's frame, which are a result from the legal interpretation process, previously to that choice.

KEYWORDS: Law theory. Kelsen. Interpretation. Discourse analysis. Considerations.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Hermenêutica e interpretação - 2.1. A hermenêutica do Direito - 3. A teoria pura do Direito de Hans Kelsen: considerações - 3.1. A pureza da teoria - 3.2. A produção normativa - 3.3. A relação entre norma e interpretação - 4. A interpretação do Direito segundo Hans Kelsen - 4.1. Algumas considerações sobre a interpretação do Direito segundo Hans Kelsen - 4.2. Resposta à lacuna jus-interpretativa de Hans Kelsen: a impureza da interpretação do Direito - 4.3. A importância da interpretação pura do Direito para a decisão judicial - 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, buscar-se-á suprir a lacuna na interpretação pura do Direito segundo Hans Kelsen. Parte-se do pressuposto de que “toda lide é uma disputa pela correta compreensão sobre uma norma jurídica, em particular, e sobre o Direito, como um todo.”¹ Assim, uma interpretação pura do Direito, tal como proposta por Hans Kelsen, mostra-se, embora importante, insuficiente para, de um lado, “os indivíduos, que [...] precisam compreender e, portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas” (KELSEN, *TPD*, p.387-388) e, de outro, “responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial [...], norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”.² Apontar-se-ão razões para considerar-se como importante a proposta de Kelsen de uma interpretação

1 BASTOS, João. **Hermenêutica das sentenças judiciais**. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora-MG, 23/11/2013, p. 29. Disponível em http://www.unipac.br/site/bb/bb_diss_res.php?id=70.

2 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 387-388.

pura do Direito e, em razão de sua insuficiência, como se suprir tal insuficiência. Pretende-se, portanto, demonstrar que, embora importante, uma interpretação pura do Direito é insuficiente para entendê-lo, tanto quanto para observá-lo e para aplicá-lo; porém, que há meios para suprir essa lacuna na interpretação do Direito. Para tanto, tratar-se-á, inicialmente, de apresentarem-se a hermenêutica e a interpretação como conceitos distintos, embora interdependentes.³ Abre-se o desenvolvimento deste trabalho com essa tematização com o fim de, em primeiro lugar, apresentá-las em uma visão universal, como a pretendeu Schleiermacher, e, por fim, criticá-la sob o ponto de vista do Direito segundo a concepção de Kelsen. No terceiro capítulo, serão traçadas as linhas gerais que orientaram a construção da teoria pura do Direito por Kelsen. Apresentar-se-ão seu conceito de pureza, a produção normativa e a relação entre norma e interpretação. No capítulo quarto, tratar-se-á diretamente da interpretação do Direito segundo Kelsen. Neste capítulo, discorrer-se-á sobre a teoria (pura) da interpretação do Direito de Kelsen. Objetiva-se aqui uma introdução ao pensamento de Kelsen a respeito da interpretação (pura) do Direito. Em seguida, far-se-ão considerações sobre ela, abordando-se três pontos havidos por fundamentais a respeito da metáfora da moldura de Kelsen: a interpretação como ato de criação do Direito e como ato de vontade e sua pureza. Kelsen entende que a interpretação autêntica do Direito é um ato de criação do Direito, em que “o processo interpretativo dos órgãos do Estado é tanto de aplicação quanto de criação” do Direito.⁴ Quanto à relação entre a pureza do Direito e sua interpretação, questiona-se uma interpretação pura do Direito, uma vez que, sendo a interpretação um ato de vontade, uma escolha entre várias possibilidades, “não haveria também voluntarismo da determinação da moldura?”⁵ Propor-se-á uma resposta à lacuna jus-interpretativa de Kelsen, aliando a ela procedimentos de controle das decisões jurídicas, em especial, as judiciais. Por fim, esclarecer-se-á a importância de sua interpretação do direito ainda na atualidade.

³ BASTOS, op. cit., 38-39.

⁴ SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 277-292, jul./dez. de 2005, p. 286.

⁵ BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 01, p. 132-148, jan./jun. 2010, p. 147. Disponível em: <http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/9969/9524>.

2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO.

Quem pretende compreender algo que se manifeste pela linguagem encontra-se com a tarefa da interpretação. Todo aquele que compreendeu algo já o interpretou; todo aquele que ainda não o compreendeu, ou parou de interpretar – e não o compreenderá –, ou está interpretando, porque o quer compreender. Nada é compreendido sem que se tenha passado por uma interpretação. Deve-se, portanto, buscar pela interpretação – conhecendo-a – o caminho para a compreensão.⁶

Ao homem é inevitável buscar compreender algo.⁷ Todo e qualquer objeto ao alcance da mente humana é assujeitado pela busca humana pela compreensão. “Desde que acordamos de manhã, até que adormecemos, estamos a ‘interpretar’.”⁸

A hermenêutica, tal como é conhecida hoje, nasceu como um projeto cuja finalidade era “fornecer uma justificação dos princípios do procedimento com a maior exatidão possível, para avançar com segurança na interpretação”⁹ de uma interpretação universal.¹⁰

A hermenêutica teoriza a interpretação. Ou um estudo de métodos de, para e sobre a interpretação. A partir daquela, traçam-se estratégias com o fim de adequarem-se os procedimentos interpretativos ao objetivo desta, que é a compreensão de uma fala alheia.¹¹

Como teoria da interpretação, hermenêutica e interpretação não se confundem. Apesar disso, são interdependentes. Assim como o Direito e a sociedade são distintos mas interdependentes – o que se reflete no adágio latino *ibi societas, ibi jus* –, delas pode-se afirmar metaforicamente o mesmo: onde está a interpretação, lá está a hermenêutica.

A Hermenêutica não está aí como processo mental para compreender-se algo, mas como ciência para determinar processos hábeis a determinar-se a compreensão ou a melhor compreensão sobre esse

6 BASTOS, op. cit., p. 38.

7 Nesse sentido, ORLANDI, Eni P. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. 5ª ed., Campinas-SP: Pontes Editores, 2007, p. 65.

8 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969, p. 20.

9 SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braidá. 8ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010, p. 25.

10 Nesse sentido, *ibidem*, passim; SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014, p. 25.

11 Nesse sentido, SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 26.

algo, ou, em uma palavra, interpretar. Pode-se dizer que, em um constante e indissolúvel movimento de ida como um eterno retorno e partida, a hermenêutica teoriza a interpretação e a interpretação pratica a hermenêutica. Enquanto a hermenêutica cuida em analisar, refletir, decidir e determinar – ou seja, em pensar sobre – a interpretação, esta se ocupa em aplicar o que aquela concluiu como o melhor processo para compreender algo.¹²

Hermenêutica e interpretação, nesse sentido, são gêmeas univitelinas, mas não são a mesma coisa; há um matrimônio entre ambas, mas são autônomas. Suas perspectivas, embora visem ao mesmo fim, a compreensão do discurso alheio, atuam diversamente. Enquanto a interpretação é um agir, a hermenêutica é uma reflexão sobre esse agir. De seu lado, a interpretação age sobre o discurso alheio; do outro lado, a hermenêutica “supervisiona”, pensa sobre a ação da interpretação, para determinar-lhe uma melhor fundamentação de seus procedimentos.¹³

As hermenêutica e interpretação do Direito, todavia, diferem das hermenêutica e interpretação em geral.

2.1. A hermenêutica do Direito.

A hermenêutica universal pretendida por Schleiermacher, entretanto, encontrou obstáculo ao (não) tratar da hermenêutica aplicada ao Direito.

A hermenêutica jurídica não é completamente a mesma coisa. Ela lida, na maior parte das vezes, com **determinações** da extensão da lei, isto é, com a relação dos princípios gerais com o que neles não foi concebido claramente¹⁴. (Sem grifo no original.)

A hermenêutica do Direito “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos para **determinar** o sentido e o alcance das expressões do Direito”¹⁵. (Sem grifo no original.)

A hermenêutica em geral busca **re-criar**, sua tarefa “consiste em **re-construir** do modo mais completo a inteira evolução interior da atividade

12 BASTOS, op. cit., p. 38.

13 Idem, p. 38-39.

14 SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 29.

15 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 13.

compositora” do interlocutor¹⁶ (sem grifo no original). A hermenêutica do direito, a seu turno, trata da interpretação como um processo de criação do “sentido e alcance das expressões do Direito”, ou, em outras palavras, da “extensão da lei”.

A hermenêutica em geral busca métodos de interpretação adequados à fundamentação de uma compreensão a mais precisa possível; já a hermenêutica do Direito, ela busca métodos de interpretação adequados a uma fundamentação de duas faces: de um lado, determinar o sentido das expressões do Direito, e, paralelamente, determinar o alcance de tais expressões. Pode-se, assim, afirmar que a função principal da hermenêutica do Direito, ou, de uma hermenêutica aplicada ao Direito, não é determinar o sentido de um texto jurídico, mas a de determinar seu alcance, isto é, sua aplicação, a qual “consiste no enquadrar um caso concreto a uma norma jurídica adequada[, isto é] descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”.¹⁷

Os discursos em geral são discursos que estão no passado, já aconteceram, e a ação interpretativa é declarativa: em termos simples, ela busca dizer um significado. Já o discurso jurídico é um discurso duplamente voltado para o futuro. Em um primeiro momento sua interpretação importará em dizer um significado entre seus sentidos possíveis, e, em um momento posterior, importará em determinar seu alcance em relação a um fato jurídico.¹⁸ Isso implica que a interpretação do direito é uma interpretação provisoriamente declarativa e, como consequência, também constitutiva. Primeiro declara-se o sentido provável da norma jurídica, e, em seguida, e com base nessa declaração, constitui-se o seu alcance, o qual somente no momento da interpretação é determinável.

3. A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN: CONSIDERAÇÕES.

3.1. A pureza da teoria.

A teoria do Direito desenvolvida por Hans Kelsen parte de dois pressupostos fundamentais. Um diz respeito ao seu alcance, e outro diz respeito a suas influências.

¹⁶ SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 39.

¹⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 19.

¹⁸ É preciso aqui prestar um esclarecimento. Essa afirmação sobre a interpretação do discurso jurídico é feita exclusivamente orientada pela discussão a que se propõe este trabalho: a interpretação do Direito segundo o postulado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

A teoria do Direito de Kelsen não é uma teoria de **um dado** sistema jurídico, não é uma teoria sobre um Direito internacional, nem sobre um dado Direito nacional, ela é uma teoria do Direito em geral, de qualquer Direito.¹⁹

Ela é uma teoria **somente do Direito positivo**, cujo objeto exclui “tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.²⁰ Não se trata de uma teoria da justiça, ou uma teoria finalista do Direito; também não se trata de uma teoria governamental do Direito, ou uma teoria política do Direito; do mesmo modo, não é uma teoria das origens do Direito, ou uma teoria psicológica ou sociológica ou histórica do Direito. Ela é uma teoria “jurídica” do Direito, em que o Direito é visto do ponto de vista do próprio Direito. É uma ciência sobre o Direito que já é Direito, Direito posto. Sua finalidade é descrever o Direito (desde que já existente), não de discutir o Direito a partir de um ponto de vista externo a ele próprio (justiça, como deve ser; político, como ele convém ser; etc.).

3.2. A produção normativa.

Por produção normativa deve-se entender como sendo um ato de vontade ser convertido em norma jurídica.

Uma norma jurídica nasce a partir de um quadro normativo posto pela Constituição.²¹ Uma Constituição estabelece não só esse quadro de possibilidades jurídicas, como também as competências para realizá-las, isto é, para determinar sua aplicação aos fatos do mundo que se enquadrem como fatos jurídicos.

A partir de uma Constituição, um ato de vontade corresponde a um poder conferido por uma norma superior para atribuir a outrem uma determinada conduta.²² Disso tem-se que o ato de estabelecer-se uma norma jurídica inicia-se com uma atribuição de poder por outra norma jurídica superior àquela, uma competência interpretativa. Não é o caso de falar-se em competência legislativa, mas efetivamente de uma competência interpretativa. Pois ao legislador é atribuído poder-competência de, interpretando o quadro normativo da Constituição, criar leis gerais; e ao magistrado é atribuído o poder-competência de, interpretando o quadro normativo da legislatura, criar leis concretas, ou para o caso concreto. Ambos criam direi-

¹⁹ KELSEN, op. cit., p. 1.

²⁰ Ibidem, loc. cit.

²¹ Não cabe aqui se discutir como uma Constituição nasce como norma jurídica. Deve-se tomá-la apenas como pressuposta de uma norma fundamental. (KELSEN, op. cit., p. 9.)

²² Ibidem, loc. cit.

to, e criam-no pela interpretação das normas jurídicas superiores à ordem normativa que criam.

Essa atribuição de poder por uma norma superior constitui-se no fundamento objetivo do ato de vontade como norma jurídica.²³ Um ato de vontade, entendido como aquele que pretende atribuir a outrem um determinado comportamento, tem, nessa pretensão, seu aspecto subjetivo, aquilo que expressa um querer de alguém em relação a outrem. Esse ato, contudo, somente transmuta-se em um dever-ser, em uma obrigação, se, e somente se, há um fundamento anterior e superior que assim o autorize. Mas isso não basta para que lhe seja atribuído o sentido de um dever-ser jurídico. O dever (dever-ser) de prestar auxílio ao próximo que decorre de uma norma moral ou religiosa é apenas um dever não obrigacional, porque não vinculado a uma norma jurídica que o determina como tal.²⁴ Esse mesmo dever, uma vez amparado por um ato de vontade jurídico, torna-se um dever-ser jurídico quando amparado por uma norma jurídica.²⁵ Esse fundamento anterior e exterior ao próprio ato de vontade é o seu aspecto objetivo.

3.3. A relação entre norma e interpretação.²⁶

Duas pessoas (maiores e capazes) estabelecem entre si o seguinte vínculo: a pessoa A encarrega-se de vincular-se a outras pessoas para fazerem turismo em uma certa cidade, e a pessoa B encarrega-se de transportar tais pessoas e A até lá. Isso é um fato no mundo, mas, pelo menos por enquanto, não é um fato jurídico.

A vinculação que existe entre A e B é, até aqui, apenas decorrente de um ato de vontade subjetivo. O fato até aqui corresponde a um acordo subjetivo ocorrido entre amigos que combinam de ir à praia passar o dia. O vínculo obrigacional entre eles, até aqui, é meramente moral. A partir do instante em que esse vínculo encontrar-se referido por uma norma jurídica, então essa obrigação será um dever-ser jurídico, porque encontrará em tal norma um ato de vontade objetivo, o qual é externo ao ato de vontade subjetivo estabelecido entre eles como destinatários dessa norma.

O que faz a vinculação jurídica, obrigacional, entre essas pessoas não é simplesmente a existência, de um lado, de um fato no mundo e, de outro

²³ KELSEN, op. cit., p. 1.

²⁴ Exemplo extraído de KELSEN, op. cit., p. 9.

²⁵ No Direito brasileiro, é exemplo disso o art. 135 do Código Penal, que tipifica a omissão de socorro.

²⁶ *Ibidem*, p. 4-5.

lado, de uma norma jurídica referida a ela, mas a interpretação do texto da norma e do “texto da facticidade”. É essa interpretação que torna essa vinculação um dever-ser jurídico. É a interpretação que se faz da norma jurídica que conduz ao entendimento de que o exemplificado ato (combinação) seja um ato jurídico.

4. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO HANS KELSEN.

Kelsen dedica poucas páginas a sua interpretação do Direito. De fato, ele não cria uma teoria sobre a interpretação do Direito, senão discorre sobre alguns pontos a ela relacionados; “não procura formular uma teoria de como as normas devem ser interpretadas num determinado ordenamento jurídico, mas apenas estabelecer o lugar da atividade interpretativa dentro do Direito positivo.”²⁷ Ele fala sobre quem são aqueles que interpretam o Direito e a qualificação de cada uma de tais interpretações; sobre o alcance prático delas; sobre os sentidos possíveis decorrentes dela; sobre os métodos de interpretação; e os tipos de interpretação. Kelsen não se dedica a uma hermenêutica nem a uma interpretação do Direito que responda ao núcleo da questão sobre a interpretação do Direito, que responda à pergunta: como se deve proceder para entender ou compreender o Direito?,²⁸ ou, como se interpreta? Ao tratar da interpretação, ele fala apenas sobre questões periféricas ao ato de interpretar, embora igualmente importantes. Suas perguntas são: quem interpreta o Direito? qual a validade (ou força vinculante) da interpretação? o que não se esperar da interpretação do Direito? quão segura é uma dada interpretação?

Kelsen conceitua o processo de interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.²⁹ É a partir desse procedimento que o órgão aplicador do Direito fixa o sentido da norma que vai aplicar.

À pergunta “quem interpreta o Direito”, responde-se, que qualquer pessoa que, por qualquer motivo, esteja presente em um fato que possa ser havido como jurídico, deve interpretá-lo, seja para cumpri-lo, seja para fixar-lhe o sentido e o alcance, seja para aplicá-lo.

27 MELO, Daniela Mendonça de. A interpretação jurídica em Kelsen. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 70, nov/2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957.

28 Sobre (um)a diferença entre entender e compreender, cf. BASTOS, op. cit., p. 59-63.

29 KELSEN, op. cit., p. 387.

Nas situações da vida ditas jurídicas, todas as pessoas são chamadas para interpretar o Direito com a finalidade de dar-lhe cumprimento, seja o pedestre ao atravessar a rua, seja o empregador e o empregado em suas relações de trabalho, seja o cidadão ao pagar seus impostos, seja o promotor de Justiça ao propor uma ação penal.³⁰

Há outras situações em que o intérprete atua como observador do Direito. Esse intérprete, o observador, tem lugar na ciência jurídica. Ele atua como estudioso do Direito, descrevendo-o, e apontando possíveis sentidos e alcances das normas jurídicas sem, entretanto, fixá-las. Esse intérprete pode atuar no mundo do Direito tanto como um cientista puramente jurídico, em que apenas descreve o Direito, quanto como um cientista político-jurídico, em que argumenta sobre o Direito. A diferença está em suas intenções ao produzir sua observação. Ao atuar como um observador-descritor, o cientista tem seu interesse voltado exclusivamente para o Direito; a seu turno, ao atuar como um observador-argumentador, ele tem um interesse político, ele quer influenciar o comportamento das pessoas ou destinatárias da norma ou o órgão aplicador de tal norma. Em qualquer caso, o que ele produz é ciência jurídica, da qual ele descreve as possibilidades jurídicas da norma.³¹

Há situações, contudo, em que o sujeito interpretante é chamado a dar efetividade às normas jurídicas. Em tais casos tem lugar a aplicação do Direito.

Os sujeitos aplicadores do Direito são aqueles a quem o próprio Direito confere um poder para sua aplicação, seja desdobrando o Direito, seja levando-o a cabo, seja decidindo sobre ele. Respectivamente, correspondem a esses poderes a competência legislativa – afeta ao Poder Legislativo –, a competência executiva – afeta ao Poder Executivo – e a competência judicial – afeta ao Poder Judiciário.³²

À pergunta “qual a validade (ou força vinculante) da interpretação?” responde-se que ela depende de quem interpreta.

A interpretação que se realiza por “um indivíduo [que] quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção”³³ é uma interpretação

30 KELSEN, op. cit., p. 395.

31 Ibidem, p. 396.

32 Atente-se que se trata de competências originárias. Por vezes, por previsão legal, um Poder pode ter competências que não lhe são próprias, como é o caso das medidas provisórias, que decorrem de uma competência legislativa atribuída ao Poder Executivo federal.

33 Ibidem, p. 395.

que não possui nenhuma força vinculante, e, portanto, não tem nenhuma validade. Do lado desse sujeito interpretante, tal interpretação não o força, ordinariamente, a repeti-la, nem lhe confere o direito de exigi-la de outra pessoa. Sua interpretação é efêmera, sua força vincula-se somente àquela situação em que ocorreu. Um comerciante oferta um dado produto por um preço, sobre o qual incidirá um certo desconto progressivo (mas limitado) para pagamento à vista, para o caso de um cliente comprá-lo em grupos de cinco unidades. Um certo cliente compra dois grupos, recebe o desconto ofertado, mas negocia um parcelamento, argumentando que está levando outros produtos, e aquela será uma ótima venda para o comerciante. Este aceita a oferta do cliente. Tal aceite encerra-se nessa compra. Ele não vincula o comerciante a vender o produto sob oferta para outro cliente, ainda que nas mesmas condições, nem ao cliente beneficiado em uma próxima compra. Aqui há duas interpretações por parte do vendedor. Uma diz respeito à repetição da benesse, a qual foi concedida para aquela primeira venda, o que não criou um direito para aquele comprador. A outra diz respeito a tal ser exigido por outra pessoa que se encontra nas mesmas condições, porque, no entendimento do comerciante, foi um acordo particular entre ele e aquele certo comprador. Ainda, mesmo que não pensado pelo comerciante, ele não pode exigir do comprador, mesmo em iguais condições, que este, quando ambos encontrarem-se em papéis trocados, tenha o mesmo comportamento, isto é, a mesma interpretação do fato jurídico em relação a ele.

A interpretação que se realiza pela ciência jurídica “é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas[; ela] não pode fazer outra coisa senão estabelecer possíveis significações de uma norma jurídica”.³⁴ A interpretação feita pelo cientista jurídico, seja como descritor, seja como argumentador, não possui nenhuma força vinculante, e, portanto, não tem nenhuma validade.

Sua interpretação diz apenas o que o Direito é ou o que o Direito poderia ser. Sua função é meramente orientadora. A partir dela o sujeito a quem cabe cumprir a norma jurídica pode orientar-se sobre como proceder, como se comportar quando em uma dada situação jurídica; também o aplicador do Direito pode orientar-se a respeito da melhor decisão a tomar quanto à aplicação do Direito. Mas em ambos casos ela não vincula nem o cientista, nem quem deve cumprir a norma interpretada, nem o aplicador do Direito (quanto a este, ordinariamente, salvo se a tiver adotado em uma decisão jurídica).

34 KELSEN, op. cit., p. 395.

Ela não vincula o cientista, o qual pode, a partir de novos estudos ou reflexões sobre a sua interpretação, mudar³⁵ sua interpretação como resultado (efeito) do processo (ato) de interpretação.³⁶ Também não vincula a pessoa que deve cumprir a norma, a qual pode adotá-la ou não, e, adotando-a, deixar de adotá-la sem nenhuma razão “autorizadora”.

Quanto ao aplicador do Direito, ele pode ou não adotar uma das interpretações possíveis fixadas pelo cientista do Direito (e até mesmo aquela dada pelo destinatário da norma, que a tem de cumprir, para haver comportado-se de um determinado modo). Adotando-a ao aplicar o Direito, ele toma-a como se sua fosse. Dessa decisão decorrem todos os efeitos que decorreriam se a interpretação tivesse sido feita por ele mesmo. Ao adotá-la, passa-se à interpretação realizada por quem pode aplicar o Direito.

Aplicar o Direito possui três sentidos.

O primeiro diz respeito à competência legislativa. Competência legislativa significa produzir normas jurídicas a partir de outras normas jurídicas de um escalão superior àquelas. As normas jurídicas decorrentes desta aplicação do Direito criam normas jurídicas abstratas e gerais. Ela decorre da típica função legislativa, ordinariamente exercida pelo Poder Legislativo, e, atipicamente, ou pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário.

O segundo diz respeito à competência executiva. Competência executiva significa concretizar normas jurídicas a partir das normas jurídicas criadas pela função legislativa. As normas jurídicas decorrentes desta aplicação do Direito criam normas jurídicas concretas, gerais ou específicas. Ela decorre da típica função executiva, ordinariamente exercida pelo Poder Executivo, e, atipicamente, por qualquer dos demais Poderes.

O terceiro diz respeito à competência judicial. Competência judicial significa decidir sobre conflitos de interesses a partir das normas jurídicas criadas pela função legislativa. As normas jurídicas decorrentes desta aplicação do Direito criam normas jurídicas concretas para um caso específico. Ela decorre da típica função judicial, ordinariamente exercida pelo Poder Judiciário, e, atipicamente, por qualquer dos demais Poderes.

A interpretação que se realiza por um órgão aplicador do Direito possui, e somente ela, força vinculante, e, portanto, tem validade jurídica. Isso quer dizer que uma **interpretação aplicada** por um órgão com competên-

35 Sobre a mudança na interpretação, cf. BASTOS, op. cit., p. 52.

36 Como adverte SGARBI, “a expressão ‘interpretação jurídica’ sofre de ambiguidade processo-produto. Tanto se pode, com ela, designar o ‘ato’ de interpretar (processo) como, também, o ‘resultado’ do ato interpretativo (produto)”. SGARBI, op. cit., p. 279.

cia para tanto obriga a todos os seus destinatários, vincula-os validamente. Diversamente da interpretação feita por uma pessoa comum, que nem a ela mesmo vincula, senão para o fato do qual decorre a interpretação ou por uma questão moral; diversamente da interpretação feita por um cientista do Direito, que nem a ele mesmo vincula, nem é capaz de fixar o sentido e o alcance da norma jurídica interpretada, senão unicamente como “sugestão” de um sentido e alcance possíveis; a interpretação aplicada por um órgão com competência para tanto vincula validamente todas as pessoas que, em um dado momento, estejam na situação afetada pela norma aplicada conforme tal interpretação. Dessa forma, a interpretação (produto; efeito) do Direito aplicada por um órgão com essa competência **cria** direito.

Uma tal atribuição de competência para aplicar o Direito determina quem tem direito a ela, a interpretação.³⁷ A interpretação correta,³⁸ ou a interpretação válida, é aquela feita (ou adotada) pelo órgão com competência para a interpretação do Direito. É a partir dela que os demais destinatários da norma jurídica, tal como interpretada e aplicada, devem comportar-se. Ela é lei, no sentido de que é uma ordem estatal a que todos os seus destinatários estão sujeitos. Ela expressa a interpretação que deve ser adotada por quem tem de cumprir a norma interpretada. Essa interpretação não pode mudar senão por uma razão “autorizadora”, a qual pode ser até mesmo uma mudança hermenêutica (ou sobre como interpretar). De todo modo, deve haver um motivo explicitado para a mudança na interpretação (produto; efeito), seja hermenêutica, seja na interpretação (processo; ato).

À pergunta “o que não se esperar da interpretação do direito?” responde-se que nunca se deve esperar (embora possa acontecer) que uma norma do escalão superior regule inteiramente “não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução [devem ser] postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”.³⁹

Kelsen fala que não é possível prever-se todas as possibilidades que envolvam esses fatos, porque “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual [a norma] é aplicada”.⁴⁰ Essa indeterminação pode ser intencional ou não intencional.

³⁷ Sobre a divisão social do trabalho da interpretação, cf. ORLANDI, op. cit., p. 63-78, 89-95.

³⁸ Por *interpretação correta* não significa **única** interpretação correta, mas aquela que é jurídica.

³⁹ KELSEN, op. cit., p. 388.

⁴⁰ KELSEN, loc. cit.

A indeterminação intencional decorre de uma previsão normativa que deixa a cargo do aplicador decorrente como ele criará a norma do escalão inferior.

A indeterminação não intencional decorre de uma “falha” da elaboração da norma, que permite que vários sentidos figurem na norma. Essa indeterminação decorre de um uso inapropriado da linguagem. Esse uso inapropriado gera dois tipos de indeterminação. Um refere-se ao que o texto da norma quer dizer; outro, ao que se quis dizer com o texto da norma. No primeiro caso, as expressões verbais não possuem a necessária precisão significativa. Nesse caso elas querem dizer muitas coisas igualmente possíveis, e, embora conflitantes, juridicamente válidas, compatíveis com o texto normativo. No segundo caso, as expressões verbais, embora com significações bem definidas, deixam dúvidas quanto à real significação delas, quando em confronto com as possíveis intenções de seus criadores.

A indeterminação não intencional também pode ocorrer por antinomia, quando “duas normas, que pretendem valer simultaneamente – porque, v. g., estão contidas numa e mesma lei – [contradizem-se] total ou parcialmente”.⁴¹

À pergunta “quão segura é uma dada interpretação?” responde-se que uma interpretação é tão mais segura quanto seja “uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo”.⁴²⁻⁴³

4.1. Algumas considerações sobre a interpretação do Direito segundo Hans Kelsen.

O ponto fundamental na interpretação do Direito de Kelsen é sua metáfora da moldura. E nela três pontos são havidos por fundamentais: a interpretação como ato de criação do Direito e como ato de vontade e sua pureza.

A moldura, ou quadro, representa as várias possibilidades de aplicação do Direito, isto é, o conjunto das possibilidades jurídicas de interpretações (produto; efeito; significações) hábeis a serem aplicadas. Tais possibilidades decorrem de uma interpretação como ato de conhecimento, que estabelece senão as possíveis significações de uma norma jurídica.⁴⁴

41 KELSEN, op. cit., p. 390.

42 Ibidem, p. 397.

43 Sobre critérios linguísticos para uma interpretação do Direito, em paralelismo com a sentença judicial, cf. BASTOS, op. cit., p. 127-128.

44 KELSEN, op. cit., passim.

A moldura decorre das indeterminações do ato de aplicação do Direito. Ao deixar a cargo do aplicador do Direito (do escalão inferior), ou ao não ser capaz de expressar adequadamente no texto normativo a norma jurídica a pôr, a norma do escalão superior permite que várias significações surjam da norma a ser interpretada. É a partir dessas várias significações, que decorrem de uma interpretação como ato de conhecimento, que se forma a moldura de possibilidades jurídicas de aplicação do Direito a respeito do texto normativo interpretado.

Diante da pureza da interpretação do Direito, de acordo com Kelsen, não há um método de interpretação (processo; ato) que garanta uma adequada decisão sobre qual das possibilidades jurídicas de aplicação da norma jurídica deve ser adotada.⁴⁵ Essa decisão, então, passa a ser uma escolha realizada pelo aplicador do Direito de entre as possibilidades jurídicas decorrentes da interpretação como ato de conhecimento, portanto, autorizadas pelos ordenamentos jurídico.

Kelsen entende que a interpretação do Direito por um órgão aplicador é um ato de criação do Direito, em que “o processo interpretativo dos órgãos do Estado é tanto de aplicação quanto de criação” do Direito.⁴⁶

Aplicar já é criar Direito. Aplicar também já é um ato de vontade. Mas é preciso explicar.

Um ato de vontade, que somente é afeto ao órgão aplicador do direito, não é um ato de querer, menos ainda em sentido comum. Seu significado decorre, primeiro, de um poder recebido, por atribuição de uma norma jurídica de escalão superior, “especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas”;⁴⁷ ainda, o poder de, “através de qualquer ato, [exprimir] a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira”.⁴⁸ Aplicar o Direito, portanto, é um ato de criação jurídica por meio de um ato de vontade, atribuído por uma norma de escalão superior a um órgão aplicador do Direito, dentre as possibilidades jurídicas decorrentes da interpretação do Direito realizada por esse órgão.

Mas é importante dizer-se que a interpretação do Direito, pura e simples, não é, em si, criação de Direito. A interpretação, como “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu

45 KELSEN, op. cit., p. 391-392.

46 SGARBI, op. cit., p. 286.

47 KELSEN, op. cit., p. 5.

48 *Ibidem*, loc. cit.

progredir de um escalão superior para um escalão inferior”, é processual, e, por ser processual, ela engloba fases ou momentos, que, embora distintos entre si, e não necessariamente ocorrentes os seguintes findos os antecedentes, são parte da criação do Direito. Assim, a criação do Direito não se exaure com a Constituição, nem com a lei infraconstitucional, nem com as normas regulamentadoras, ela consuma-se parcialmente a cada fase ou momento, exaurindo-se com sua execução pelo Poder Executivo e, especialmente, pela decisão judicial com trânsito em julgado, a qual pode até mesmo reinterpretar e dar nova aplicação ao Direito anteriormente aplicado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. A criação do direito não implica em Direito novo⁴⁹, mas apenas em um progredir dessa criação. Cada órgão aplicador do Direito atua em uma parte da cadeia produtiva na norma jurídica. A criação do Direito, portanto, é uma cada vez mais precisa fixação do sentido e do alcance da norma jurídica por um ato de sua aplicação.⁵⁰

Os atos de vontade e de criação do Direito são desdobramentos do ato de aplicação do Direito. Ao aplicar o Direito, o órgão aplicador do Direito realiza um duplo poder a ele atribuído, o de determinar a outrem um certo comportamento (um ser) – ato de vontade –, e o de vincular tal comportamento ao Direito (um dever) – ato de criação do Direito.

Quanto à relação entre a pureza do Direito e sua interpretação, questiona-se uma interpretação pura do Direito, uma vez que, sendo a aplicação do Direito uma escolha entre várias possibilidades, “não haveria também voluntarismo da determinação da moldura?”⁵¹

A pureza de que fala Kelsen refere-se a uma interpretação e a uma aplicação do Direito que considera exclusivamente – portanto, sem nenhuma influência extrajurídica – o Direito positivo. Nesse passo, a interpretação, como ato de conhecimento, ao realizar-se, o faz tomando por critério apenas o Direito positivo, não importando o que um conhecimento sobre a moral ou sobre a justiça possa inferir a respeito do texto normativo a interpretar, mas sim do ponto de vista do Direito, qual a interpretação a que se pode chegar de tal texto. Ainda nesse passo, a aplicação, como ato de vontade, ao realizar-se, o faz do mesmo modo.

49 Kelsen chama a atenção para a possibilidade de, na aplicação do Direito, ocorrer a criação de Direito novo, “especialmente pelos tribunais de última instância”. Op. cit., p. 395.

50 Sem a aplicação, isto é, sem o ato de vontade do órgão aplicador do Direito, não há criação jurídica, apenas interpretação do Direito.

51 BENJAMIN; SOUZA, op. cit., p. 147.

Mas, como questionado, até que ponto na interpretação e na aplicação do Direito há uma objetividade? Como se saber se órgão aplicador do Direito, nesses processos, agiu objetivamente e não segundo um querer seu, uma voluntariosidade do órgão aplicador do Direito?

4.2. Resposta à lacuna jus-interpretativa de Hans Kelsen: a impureza da interpretação do Direito.

Em Kelsen, a pureza de sua teoria, aqui especialmente em relação à interpretação e à aplicação do Direito, deixa (pelo menos) uma lacuna, relacionada à possibilidade de haver por parte do órgão aplicador do Direito uma voluntariosidade ideológica, a qual afetaria tanto seu ato de conhecimento quanto seu ato de vontade, ou, tanto sua formação da moldura quanto sua escolha dentre as possibilidades jurídicas dentro dessa moldura.

“A ideologia é sempre uma visão a respeito de um objeto dado.”⁵² Ela constituiu-se na “relação imaginária dos sujeitos com suas condições de existência”.⁵³

Ordinariamente, nós não nos damos conta de que as interpretações que as pessoas realizam diariamente estão impregnadas de ideologia; todavia, há vezes em que essa interpretação ideológica é propositada, o sujeito interpretante tem consciência de que sua interpretação está previamente orientada, daí sua voluntariosidade.

A criação do Direito (processo que se inicia com a interpretação da norma de um escalão superior e que vai até seu exaurimento pela fixação de seu sentido e alcance, portanto, sua positivação concreta) é uma concretização de uma ideologia jurídica. Essa ideologia, contudo, nesse processo de “criação” do Direito, sofre influência de outras ideologias, principalmente das ideologias que assujeitam o órgão aplicador do direito. Todavia, esta pode afastar-se de uma ideologia jurídica voluntariosamente, isto é, ele pode intencionalmente não interpretar, mas **dar** uma interpretação com base em seus preconceitos.⁵⁴ Esse “dar” caracteriza-se por uma escolha pessoal em lugar de uma escolha jurídica ou de outra natureza externa ao querer; mais de acordo com a voluntariosidade do sujeito interpretante.

É certo que a proposta de interpretação de Kelsen é insuficiente para, somente a partir do Direito, fixar o sentido e o alcance da norma jurídica.

⁵² BASTOS, op. cit., p. 85.

⁵³ ORLANDI, op. cit., p. 153.

⁵⁴ Sobre o preconceito, cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 213-214.

É necessário que outros mecanismos adiram ao processo de interpretação e de aplicação do Direito pelo órgão competente, e que tal mecanismo seja capaz, na medida do possível, de afastar uma ideologia voluntariosa do sujeito interpretante.

A decisão do órgão aplicador do Direito deve ser jurídica, e não jurídico-política. A formação da moldura é (deve ser) estritamente jurídica, mas a aplicação do Direito a partir dela pode ser estritamente jurídica? Pode, mas como assegurar isso? Chega-se a um ponto em que – parece – não é mais possível vislumbrar-se o porvir, não há mais controle nem critérios de controle sobre a decisão, sobre a criação do Direito. Para tanto, propõem-se estudos de análise do discurso jurídico, como critério prévio à tomada de decisão, e a incorporação de uma argumentação jurídica, como critério de controle imediato da decisão, nos moldes propostos por Roberto Alexy em sua “Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”.⁵⁵

“O discurso, na interpretação, é o campo em que o entendimento é possível e a compreensão é acessível.”⁵⁶ A análise do discurso não se ocupa sobre qual é o sentido, mas sobre como se produz esse sentido. Para ela, compreender não é saber **o que** algo **significa**, mas **como** algo é **significado**; nela, **a compreensão é**, portanto, **política**.⁵⁷ A análise do discurso jurídico atuaria, então, como um modo de controle prévio à tomada da decisão culminante na criação do Direito. Assim, estabelecer-se-ia um procedimento capaz de controlar a interpretação do Direito, identificando-se as ideologias determinantes de uma dada interpretação (processo; ato), buscando reduzir-se ingerências extrajurídicas nesse processo.

A argumentação jurídica, como teoria do discurso, é uma teoria procedimental. “Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido por meio de regras do discurso.”⁵⁸ Uma dada interpretação, dentro da moldura, somente é norma se aplicada por um órgão jurídico. Assim, a argumentação jurídica acompanha imediatamente a aplicação (de uma das possibilidades da moldura) do Direito. Os procedimentos da argumentação jurídica visam a controlar a tomada de decisão (aplicação do Direito) pelo órgão jurídico.

55 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

56 BASTOS, op. cit., p. 84.

57 ORLANDI, op. cit., p. 41-42.

58 ALEXY, op. cit., p. 296.

Factualmente, esses procedimentos caracterizam, e buscam concretizar, a regra constitucional⁵⁹ do dever de fundamentação de todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário.⁶⁰

Previsto na atual Constituição Federal o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, [obriga] aos órgãos do Estado o dever de fundamentarem os atos decisórios, para, assim, impedir o arbítrio e subjetividade do julgador, porque na aplicação da jurisdição, o poder conferido ao órgão julgador tem por escopo alcançar a adequada composição dos conflitos de interesses, de maneira que poderá interferir nos direitos dos cidadãos praticando atos de império, devendo, para tanto, observar, seguir as regras instituídas no sistema legal em vigor.⁶¹

A Lei nº 13.105, de 2015, que institui o novo Código de Processo Civil, apresenta, em sentido contrário, uma proposta de controle das decisões jurídicas judiciais, estabelecendo, reversamente, o que não é uma fundamentação, ou seja, estabelece um controle do que “não se considera [uma fundamentação] de qualquer decisão judicial”.⁶²

4.3. A importância da interpretação pura do Direito para a decisão judicial.

A moldura de Kelsen exerce uma importante função metodológica para a interpretação do Direito. Se se tomar por fundamental, com fundamento na pureza de sua teoria, que a interpretação do Direito deve operar-se com base exclusivamente no Direito positivo, – e, a própria teoria aponta, “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma

59 Não se trata propriamente de um princípio, mas de uma regra, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Sobre a distinção entre regras e princípios ver ALEXEY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011; BASTOS, João. Ponderação de princípios. In: **Direito, filosofia, ética e linguagem**: estudos em homenagem à professora, escritora e filósofa Theresa Calvet de Magalhães. Juiz de Fora-MG: Editor Editora Associada Ltda., 2013, p. 348-349.

60 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: 5 de outubro de 1988, art. 93, IX, segunda figura. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

61 JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. In: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwIwloTVIKPJAhXBPiYKHeLPBXAQQFggwMAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F735%2F518&usq=AFQjCNFgm1yAXefo5bt8YqFrEXJvH23giA>.

62 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, art. 489, §§ 1º, 2º e 3º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’⁶³ – tem-se, então, que a moldura é o primeiro passo no processo de interpretação do Direito, como ato de conhecimento, em que se fixam, provisoriamente, os possíveis e jurídicos sentidos e alcance da norma jurídica.

A partir desse momento, ainda de acordo com a teoria pura do Direito de Kelsen, dentre as várias significações possíveis presentes na moldura, o juiz dela extrai uma para aplicar o Direito ao caso concreto, escolhe uma para torná-la definitiva, fixando o sentido e o alcance da norma.

É necessário dizer-se que a **livre escolha** do juiz não implica em voluntariedade, mas que ele não está vinculado, em sua escolha, a forças externas, como, por exemplo, uma orientação ideológica religiosa, considerando-se, principal e pontualmente, a liberdade religiosa⁶⁴ no Brasil. Mesmo a “livre escolha” deve ser fundamentada, porque, a partir de então, ela é uma decisão jurídica judicial. A liberdade judicial para decidir-se por uma ou outra dentre as possibilidades jurídicas presentes na moldura significa que sua decisão não possui nenhum vício de vontade. E entenda-se aqui “vontade” viciada como ato de vontade, como aplicação do Direito, como criação do Direito. A exemplo de tais vícios de vontade, têm-se no Brasil recentemente denúncias de que medidas provisórias foram editadas – e, portanto, direitos criados – de forma viciada, mediante pagamento de propina a aplicadores do Direito.⁶⁵

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Inicialmente foram discutidas as diferenças conceituais e a interdependência entre a hermenêutica e a interpretação, bem como foi estabelecida a distinção entre a proposta de uma hermenêutica universal e a hermenêutica jurídica. A seguir, foram traçadas considerações pontuais acerca da teoria pura do Direito de Kelsen, com o objetivo de localizar as discussões

63 KELSEN, op. cit., p. 391.

64 Explique-se que liberdade religiosa implica também em liberdade de não religiosidade. Assegura-se, então, não somente a possibilidade de professar-se todo e qualquer credo, mas também a possibilidade de não se professar nenhum credo, bem como não crer religiosamente.

65 Cf. JUNGBLUT, Cristiane; LIMA, Maria. **Oposição pede investigação sobre Medida Provisória**. O Globo. [em linha]. 1º/10/2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/oposicao-pede-investigacao-sobre-medida-provisoria-17667065>; BOMFIM, Camila. **Zelotes apura pagamento de propina para edição de 3 medidas provisórias**. G1, [em linha]. 27/10/2015. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/zelotes-apura-pagamento-de-propina-para-edicao-de-3-medidas-provisorias.html>; **Dilma terá de explicar à Justiça edição de medidas provisórias**. Uai, [em linha]. 29/10/2015. Disponível em http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/10/29/interna_politica,702566/dilma-tera-de-explicar-a-justica-edicao-de-medidas-provisorias.shtml; HAUBERT, Mariana. **Renan defende investigações sobre denúncias de compra de MPs**. UOL, [em linha]. 27/10/2015. Seção: Poder, Caderno: Brasil em Crise. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1699061-renan-defende-investigacao-sobre-denuncias-de-compra-de-mps.shtml>.

sobre a interpretação pura do Direito de Kelsen. Depois, e mais importante, tratou-se diretamente da teoria pura da interpretação do Direito de Kelsen, localizando-a no quadro geral da interpretação e da hermenêutica. Foram feitas considerações sobre a teoria e apresentadas propostas de completude à lacuna jus-interpretativa deixada pela teoria de Kelsen quanto à aplicação do Direito com base em sua moldura, bem como se discorreu sobre sua atualidade e importância metodológica. A teoria pura do Direito de Hans Kelsen não trata de uma hermenêutica do Direito, porque não se preocupa em formular uma teoria da interpretação do Direito. Ela também não formula uma interpretação do Direito. Ela ocupa-se em demonstrar que somente a interpretação realizada pelos órgãos jurídicos são interpretações propriamente jurídicas, porque criam Direito. A interpretação pura do Direito não é capaz de dar um resultado único, mas tão somente de apresentar possibilidades jurídicas, ao que ele denomina de moldura, na qual o órgão aplicador escolhe qual interpretação será aplicada na criação do Direito.

A escolha do aplicador do Direito, contudo, embora livre, não é voluntariosa. Isso significa que o ato de escolha de uma das interpretações possíveis dentro da moldura não pode ser viciado, e, ao mesmo tempo, não pode ser uma escolha nem aleatória, nem feita a seu bel-prazer. Com o objetivo de tornar o ato de aplicação do Direito, portanto, a escolha dentre as possibilidades jurídicas dentro da moldura, propõem-se a intermediação da análise do discurso jurídico e da argumentação jurídica, com os objetivos de, preliminarmente por aquela, identificarem-se tendências ideológicas viciosas da tomada de decisão por parte do órgão jurídico, e, concomitantemente por esta, justificarem-se essas decisões, jurídica e democraticamente, do discurso jurídico da decisão judicial. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BASTOS, João. **Hermenêutica das sentenças judiciais**. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora-MG, 23/11/2013. Disponível em http://www.unipac.br/site/bb/bb_diss_res.php?id=70.

_____. Ponderação de princípios. In: **Direito, filosofia, ética e linguagem**: estudos em homenagem à professora, escritora e filósofa Theresa Calvet de Magalhães. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda., 2013, p. 345-352.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 01, p. 132-148, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/9969/9524>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 213-214.

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. In: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiwloTVIKPJAhXBPiYKHeLPBXAQFggwMAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F735%2F518&usg=AFQjCNFgm1yAXefo5bt8YqFrEXJvH23gjA>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

MELO, Daniela Mendonça de. A interpretação jurídica em Kelsen. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 70, nov/2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957.

ORLANDI, Eni P. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. 5ª ed., Campinas-SP: Pontes Editores, 2007, p. 65.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969, p. 20.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. Tradução de Celso Reni Braida. 8ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010, p. 25.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014, p. 25.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 277-292, jul./dez. 2005.

Honorários Sucumbenciais no Novo Código de Processo Civil

Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil na EMERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil tem por finalidade conferir maior celeridade e efetividade ao sistema, através de mecanismos que fortalecem a segurança jurídica, a isonomia, o contraditório, o dever de fundamentação adequada, a cooperação, a boa-fé objetiva, a autocomposição, dentre outros. Neste estudo, abordaremos as novas regras sobre honorários de sucumbência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito intertemporal. Princípio da causalidade. Honorários de sucumbência. Honorários de sucumbência recursal. Trabalho adicional do advogado em grau recursal. Direito de recorrer.

ABSTRACT: Brazil's new Civil Procedural Code aims at providing more speed and effectiveness to the legal system, through mechanisms which strengthen legal certainty, equal treatment amongst parties, adversarial principle, the obligation to provide appropriate fundamentals, cooperation, objective good faith, self-determination, amongst others. In this study, we will deal with the new rules governing fees owed by losing parties.

KEYWORDS: Intertemporal law. Causation Principle. Fees owed by losing parties. Fees owed by losing parties in an appeal. A lawyer's additional work effort at an appellate level. Right to appeal.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. Direito intertemporal e verba honorária enquanto regra de direito material. 3. Princípio da causalidade e natureza alimentar dos honorários. 4. Honorários de sucumbência recursal. 5. Outras considerações

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

O Novo Código de Processo Civil (CPC-15), vigente a partir de 18 de março de 2016, promoveu uma profunda reformulação em nosso ordenamento, implementando conceitos inovadores que buscam conferir verdadeira efetividade e celeridade aos processos judiciais. O novo regramento, fundado no modelo constitucional de processo, apresenta uma legislação moderna, consistente, com mecanismos capazes de garantir uma prestação jurisdicional de excelência, com qualidade e em tempo adequado, abandonando dogmas ineficazes de leis passadas.

Um dos traços mais marcantes do Novo Código de Processo Civil é a segurança jurídica - a previsibilidade das decisões - o que se alcança com o fortalecimento da cultura de precedentes. Com isso, consegue-se formar uma jurisprudência íntegra, coerente e estável sobre casos idênticos, conferindo maior credibilidade ao Poder Judiciário.

É certo dizer que o CPC-73 cumpriu seu objetivo de forma satisfatória. No entanto, sendo lei concebida para um outro momento histórico, tornou-se incompatível para uma sociedade mais complexa, mais beligerante, mais consciente de seus direitos, e que recebe e transmite informação em tempo real. Mais do que nunca, o processo precisava se reinventar. Não por meio de meras reformas pontuais, mas a partir de uma perspectiva totalmente nova, numa mudança completa e transformadora.

Essa missão foi assumida com louvor pelo eminente Ministro Luiz Fux¹, que, à frente da comissão de juristas responsável pela elaboração da nova lei, identificou três fatores determinantes para a lentidão na prestação jurisdicional, quais sejam: o excesso de formalidades, a litigiosidade desenfreada e a prodigalidade recursal. Com precisão, destacou S.Exa. que *“a morosidade acabou por emprestar às formas usuais de prestação de justiça ineficiência alarmante, gerando a conseqüente insatisfação popular e o descrédito do Poder Judiciário”*.

No CPC-15, ganha destaque a **valorização do precedente judicial** (previsibilidade, estabilidade, igualdade e segurança jurídica), o **fortalecimento do contraditório** (princípio da não surpresa), a **singularização e qualificação das decisões** (fim das decisões genéricas, polivalentes), a **simplicificação e a desburocratização dos procedimentos, com preponderância do julgamento do mérito** (concentração de atos processuais e vedação às armadilhas processuais), o **estímulo aos meios consensuais**

¹ FUX, Luiz. “Novo Código de Processo Civil Temático”, 1ª edição, Editora Mackenzie, p.12/13.

(mediação e composição) e a **redução das hipóteses recursais** (extinção dos embargos infringentes, limitação do agravo de instrumento e embargos declaratórios sucessivos), dentre tantas outras inovações.

Na nova lei, a aplicação das regras processuais deve necessariamente decorrer dos preceitos constitucionais, como enfatizado nas normas fundamentais do processo civil indicadas no primeiro capítulo do novo Código. Nesse ponto, Alexandre Freitas Câmara² lembra que **“o rol de normas fundamentais encontrado neste primeiro capítulo do CPC não é exaustivo (FPPC, enunciado 369), bastando recordar do princípio constitucional do juiz natural, que ali não é mencionado”**.

Não se pode desconsiderar que a redução da litigiosidade no Brasil passa necessariamente pela construção de mais precedentes vinculantes, especialmente em matérias repetitivas, aumentando a confiança do jurisdicionado em relação à instituição Poder Judiciário.

No presente estudo, serão analisadas as novas regras sobre honorários de sucumbência previstas no art. 85, que por certo contribuirão para desestimular a interposição de recursos manifestamente infundados e que assoberbam os Tribunais de todo o país diariamente.

2. DIREITO INTERTEMPORAL E VERBA HONORÁRIA ENQUANTO REGRA DE DIREITO MATERIAL:

O CPC-15 entrou em vigor a partir de 18 de março de 2016, aplicando-se de plano aos processos em curso (art. 1.046). E, como se depreende do art. 14, a norma processual não retroagirá, incidindo de imediato nos processos pendentes de julgamento, observando-se os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Tem aplicação, nesse particular, a teoria do isolamento dos atos processuais.

Se no direito processual a aplicação da nova lei é imediata aos feitos em tramitação, no direito material, ao contrário, vigora o princípio *tempus regit actum*, o que impõe a observância da regra vigente à época da prática do ato jurídico: o tempo rege o ato.

Com isso, a primeira indagação que se impõe é a seguinte: o art. 85, que versa sobre honorários sucumbenciais, pode ser aplicado aos processos pendentes de decisão, ainda que tenham sido ajuizados na vigência do CPC-73? Na vigência do CPC-15, pode o juiz, por exemplo, observar os critérios do §3º para a Fazenda Pública em ação distribuída sob égide da lei anterior?

² CÂMARA, Alexandre Freitas. “O Novo Processo Civil Brasileiro”; São Paulo: Atlas; 2015; p.5.

Em primeiro lugar, é preciso definir se a verba honorária traduz regra de direito processual, material ou híbrida (material instrumental).

Com efeito, os honorários sucumbenciais, enquanto remuneração pelo trabalho desenvolvido pelo patrono da parte vencedora, consiste no próprio bem da vida, direito material por excelência, substancial, não podendo, portanto, se confundir com regra de direito processual. Tanto é que essa verba possui natureza alimentar, autônoma, e decorre de pedido expresso ou implicitamente deduzido. Consiste, nessa linha de raciocínio, em regra de direito material inserida na lei processual, como bem demonstra o §14 do art. 85 do CPC-15.

Ademais, é pertinente dizer que, no momento em que a parte decide ingressar com uma ação judicial, a avaliação das chances de sucesso e insucesso são baseadas nas regras de direito material em vigor no momento do ajuizamento, nelas incluída a verba honorária a ser eventualmente despendida em caso de improcedência. Suponha-se, hipoteticamente, que uma reforma legislativa futura venha a alterar o patamar máximo dos honorários sucumbenciais, passando dos atuais 20% para 40%. Seria juridicamente aceitável, à luz do princípio da segurança jurídica (previsibilidade), que o risco da demanda para a parte fosse agravado nessa proporção caso a regra fosse aplicada aos processos em curso? Será que, nessas condições, a parte teria decidido ingressar com a ação judicial? Possivelmente não.

Marcelo Barbi Gonçalves³ formula relevante consideração para o tema:

“E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código, é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?”

3 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Artigo intitulado “Honorários advocatícios e Direito Intertemporal” veiculado na revista eletrônica JOTA, em 04 de março de 2016. <http://jota.info/artigos/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal-04032016>

De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.

Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.”

O assunto foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do RESP 470.990/RS, de relatoria do eminente Ministro HAMILTON CARVALHIDO, quando se destacou que *“embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil (CPC-73), não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança jurídica também colimado pelo Direito. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a nova lei subsequente”*.

Nada obstante, cumpre reconhecer a existência de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, estabelecendo uma natureza híbrida da verba sucumbencial, de caráter material-processual, considerando a sentença como marco definidor para fixação das regras de arbitramento dos honorários. Para essa corrente, o fato gerador do direito aos honorários é a sucumbência, evento esse que ocorre somente com o trânsito em julgado da sentença, e não na propositura da ação. Inclusive, em decisão recente, a 4ª Turma da Corte Superior enfrentou a questão no julgamento do RESP nº 1.481.917/RS, tendo decidido que *“o Superior Tribunal de Justiça*

propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015” (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016).

Não se trata de decisão vinculante, mas pode indicar uma tendência na Corte na interpretação da matéria. Todavia, e com as necessárias vênias, entendemos que o debate em torno do assunto persiste e deve ser fomentado pela comunidade jurídica, notadamente considerando a existência de sólidos argumentos em favor da natureza material da verba honorária.

É inapelável que a sucumbência tem caráter alimentar, sendo titularizada pelo advogado, que inclusive pode requerê-la de forma autônoma. Essa pretensão se materializa no momento do ajuizamento da ação ou no oferecimento da contestação, sendo apenas definida sua titularidade e montante na sentença, conforme o resultado da lide, sem possibilidade de compensação em caso de sucumbência recíproca. Essa pretensão, por óbvio, nasce no momento em que se verifica a resistência do réu ao pedido do autor, para ser apenas definida na sentença.

Consequentemente, as inovações contidas no art. 85 somente poderão ser aplicadas às ações ajuizadas após a entrada em vigor do CPC-15, ressalvadas as hipóteses já previstas na lei anterior ou reconhecidas pela jurisprudência, e incorporadas ao novo diploma. Evidentemente, excetuam-se os honorários de sucumbência recursal previstos no §11, que poderão ser reconhecidos nos recursos interpostos após a vigência do CPC-15, conforme autorizado pela teoria do isolamento dos atos processuais.

3. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E NATUREZA ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS:

O *caput* do artigo 85 do CPC-15 dispõe que a **“a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”**. Por evidente, essa regra deve nortear a interpretação de todos os dezenove parágrafos do art. 85, pois, na estrutura dos textos legais, o *caput* do dispositivo legal orienta a compreensão de seus parágrafos, alíneas, incisos e itens. Por conseguinte, não se deve interpretar de forma isolada e literal determinado parágrafo se houver afronta com a premissa maior, definida pelo artigo.

Logo, como a regra de fixação do ônus da sucumbência tem inspiração no princípio da causalidade, essa remuneração do advogado deverá ser suportada por quem motivou a instauração do processo ao oferecer resistência indevida, injustificada, à pretensão da parte contrária (§10). Inclusive, o § 1º do artigo 85 estabelece que os honorários de sucumbência também serão devidos na reconvenção, no cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), na execução (resistida ou não) e nos recursos interpostos, cumulativamente. Note-se que a possibilidade de fixação de honorários em diversas fases do processo, de forma cumulativa, tem o indisfarçável propósito de desestimular a utilização de medidas protelatórias pelas partes, manifestamente infundadas, confirmando a tônica do CPC-15 de prestigiar a celeridade processual.

Oportuno consignar que não será possível a cumulação de honorários no cumprimento provisório e no cumprimento definitivo, como se depreende da leitura do §1º. Noutras palavras: tendo havido fixação no cumprimento provisório, não serão cabíveis novos honorários se o cumprimento se tornar definitivo. Nunca em ambos.

Na doutrina, Cássio Scarpinella Bueno⁴ assinala que ***“esta cumulação deve ser compreendida com a ressalva constante do § 11, no sentido de que, na etapa de conhecimento do processo, os honorários não podem ultrapassar os limites dos §§ 2º a 6º, ainda que passíveis de majoração em eventual segmento recursal”***.

Por seu turno, Sergio Bermudes⁵ tece as seguintes considerações sobre o tema: ***“O §1º do art. 85 estatui que os honorários de advogado serão devidos na reconvenção. Mostra o dispositivo, pelo uso do advérbio ‘cumulativamente’, que os honorários cominados ao vencido na ação não obstam a cominação de honorários na reconvenção, impositivos, ainda quando o vencedor da ação for também o da reconvenção. Cumulam-se os honorários. Determina ainda o §1º do art. 85 a condenação em honorários no cumprimento, provisório ou definitivo de sentença, na execução, não importa se de título judicial ou extrajudicial e nos recursos de qualquer espécie. A norma é drástica e visa a desestimular atos temerários”***.

Nada obstante e ressalvados os casos em que a Fazenda Pública for parte (para ela a lei indica critérios próprios, listados nos parágrafos 3º a 7º),

4 BUENO, Cassio Scarpinella. “Novo Código de Processo Civil anotado”; 2ª edição rev. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2016; p. 212.

5 BERMUDES, Sergio. “CPC de 2015: inovações”; 1ª ed; Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico; 2016; p. 82

os percentuais de honorários deverão estar em conformidade com o §2º, ou seja, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do valor da condenação ou do proveito econômico obtido. E caso não seja possível mensurá-lo, incidirá sobre o valor atualizado da causa, atentando-se para o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. A bem dizer, o CPC-15 adotou nessa parte a mesma regra que vigorava no §3º do art. 20 do CPC-73.

Importante perceber que, em caso de concessão de gratuidade de justiça, não haverá afastamento da responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, §2º), sendo certo que, ***“vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”*** (art. 98, §3º).

Pelo seu caráter alimentar, os honorários sucumbenciais são destinados ao advogado do vencedor da demanda (art. 23, Lei 8.906/94), mesmo quando atuar em causa própria, consoante §17. O §14 é categórico ao reconhecer a natureza alimentar da verba, vedando expressamente sua compensação em caso de sucumbência parcial. E nem poderia ser diferente, na medida em que o instituto de compensação exige expressamente a identidade de credores e devedores para fim de extinção recíproca das obrigações, até o limite da equivalência (art. 368, Código Civil).

Em caso de improcedência da pretensão formulada contra réu revel, e que jamais se fez representar nos autos, não haverá que se falar em imposição de honorários sucumbenciais. E tal se afirma porque a verba honorária pertence ao patrono da parte, fruto do trabalho realizado no processo, e não à parte.

4. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL:

Os honorários de sucumbência recursal, ou apenas honorários recursais, encontram-se previstos no §11 e representam importante inovação da nova lei processual.

Como antes acentuado, uma das premissas (ou promessas) do CPC-15 é acelerar os trâmites processuais, combatendo medidas protelatórias e desestimulando providências manifestamente infundadas.

Estabelece o §11 que *“o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”*.

De início, pode-se afirmar que os honorários recursais pressupõem anterior arbitramento da verba, o que impede sua fixação, por exemplo, em agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória ou rejeição do pedido de gratuidade. Sem anterior cominação, não será admitida a regra do §11.

Além disso, como o parágrafo não pode ser interpretado isoladamente na sua literalidade, devendo guardar sintonia com a regra do *caput*, urge reconhecer que os honorários recursais somente serão devidos pelo vencido ao advogado do vencedor da demanda, e não por um eventual êxito lateral do vencido em determinado recurso. Vejamos: numa ação de extravio de bagagem movida contra uma companhia aérea, a sentença fixa danos morais no valor de dez mil reais, com imposição de juros moratórios a partir do evento. Se ambas as partes apelarem, o autor para majoração da indenização e o réu para ajuste termo inicial dos juros, pode ocorrer de a sentença ser confirmada, mas provendo-se apenas o recurso do réu para que os juros sejam computados a partir da citação, considerando-se a existência de relação contratual. Nesse caso, mesmo que o réu tenha se sagrado vencedor em seu apelo, o resultado da demanda lhe permanecerá desfavorável, motivo pelo qual não será cabível o arbitramento de honorários recursais para parte vencida na ação.

É preciso ter em mente que os honorários recursais - que independem de requerimento para sua concessão - não representam sanção, mas sim uma remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte vencedora. O exercício abusivo do direito de recorrer deve ser censurado pela aplicação das penas de litigância de má-fé (arts. 80 e 81), sendo expressamente admitida a cumulação de multas e sanções com os honorários recursais (§12).

Mas, embora os honorários recursais visem, essencialmente, a remunerar o trabalho adicional do advogado em grau recursal, é indispensável que esse acréscimo na atividade laborativa seja injustificado, despropositado, representando mera renovação da tese vencedora ou, ainda, demonstrando que o tema ventilado pela parte adversa questiona matéria remansosa nos Tribunais, que não gere dúvida razoável em torno da decisão recorrida. É dizer que o trabalho adicional que enseja os honorários de sucumbência recursal deve caracterizar uma ação redundante, fruto da simples reiteração argumentativa em face de um recurso manifestamente impertinente.

A propósito, há julgados no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que **“o §11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos cuja matéria já tenha sido exaustivamente tratada”** (AgInt no AREsp 736.006/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016).

Esse parece ser o ponto-chave da questão: é imperativo que o trabalho adicional do advogado da parte vencedora, em grau recursal, seja decorrente de um recurso improsperável da parte adversa, apoiado em razões vazias, estéreis em conteúdo, e que não sejam capazes de, minimamente, gerar dúvida razoável no espírito do julgador. Assim, diante de recurso manifestamente infundado, e havendo comprovação do trabalho adicional pelo patrono do vencedor, serão devidos honorários de sucumbência recursal. Noutros termos: não será possível a mera presunção de trabalho adicional, sendo obrigatório que o advogado beneficiado pela sucumbência recursal tenha apresentado resposta ao recurso, oferecido memoriais, realizado sustentação oral, enfim, empreendido novos esforços em favor da tese do seu constituinte.

Ao tratar do tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶ defendem que **“a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos (mesmo havendo já a multa em razão da litigância de má-fé e pela interposição de embargos de declaração protelatórios). Ainda em relação ao mesmo documento, a sucumbência só ocorrerá nos casos de recursos provenientes de decisão em que se tenha sido fixada verba**

⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. “Comentários ao Código de Processo Civil”. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 437.

honorária (o que, ao que parece, se deduz do texto do § 11), de forma que as decisões interlocutórias não ensejariam acréscimo no valor dos honorários”.

Observe-se, todavia, que se o Tribunal confirmar sentença desafiada por recursos de apelação de ambas as partes, não será o caso de fixação de honorários recursais, porquanto os patronos de autor e réu se impuseram mutuamente trabalhos adicionais, afastando, a meu sentir, o requisito objetivo do §11.

Com isso, fica evidenciado que a majoração dos honorários anteriormente fixados é facultativa por parte dos Tribunais, dependendo da análise individual de cada caso específico, para que não se viole o princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o legítimo exercício do direito de recorrer, escorado nos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Se, no primeiro grau, a sentença arbitrar honorários de sucumbência em grau máximo (20%, conforme §2º do art. 85), não será possível fixar honorários recursais adicionais. A sucumbência recursal somente poderá ser somada à sucumbência definida no primeiro grau até o limite de 20%. Porém, sendo reformada a sentença, serão redefinidos os honorários de sucumbência. A inversão do resultado anterior pressupõe, portanto, um redimensionamento da própria sucumbência.

Embora não haja vedação legal, tem prevalecido entendimento que desautoriza a majoração dos honorários recursais na hipótese de recurso interposto no mesmo grau de jurisdição (Enfam, Enunciado 16), o que significa dizer que, havendo arbitramento de honorários recursais no julgamento do recurso de apelação, não caberia novo arbitramento, a esse título, na apreciação dos subsequentes embargos de declaração. Tem vigorado o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, no sentido de que os honorários recursais são devidos apenas no recurso que inaugura a instância, e não nos recursos subsequentes, como agravo interno, embargos declaratórios e etc.

Em linhas gerais, quanto aos honorários de sucumbência recursal, entendo que:

- são devidos ao advogado da parte vencedora na demanda(a sucumbência recursal não se separa da sucumbência na causa).
- não tem natureza de sanção.

- independem de requerimento da parte.
- não são obrigatórios, devendo o Tribunal avaliar as peculiaridades de cada o caso concreto.
- têm como pressupostos o trabalho adicional ao advogado da parte vencedora em caso de recurso inconsistente do vencido, e que depende de comprovação.
- não se confundem com os honorários de sucumbência.
- são cabíveis, conforme o caso concreto, apenas no recurso principal apresentado em cada instância.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema de forma minudente, conforme se depreende da leitura do judicioso voto de lavra do eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (EDcl no AgInt no REsp nº 1.573.573/RJ, j. 04/04/2017, DJe 08/05/2017), por meio do qual a Terceira Turma deliberou que, para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;
2. o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;
3. a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;
4. não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;

5. não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;

6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.

Em relação a tais conclusões da Corte Superior, com as quais concordo em maior parte, faço apenas duas observações: em relação ao item (4), penso que os honorários recursais podem ser reconhecidos no julgamento de embargos declaratórios ou agravo interno, mas desde que não tenham sido fixados no julgamento anterior do recurso principal. O conceito razoável é impedir, tão somente, um duplo arbitramento na mesma instância recursal. E, no tocante ao item (6), entendo que o trabalho adicional não é presumido, devendo ser minimamente comprovado nos autos. Não parece coerente, com a devida vênia, que se conceda uma remuneração, decorrente de trabalho adicional na esfera recursal, em favor de quem se manteve absolutamente inerte. O trabalho do advogado do vencedor realizado em primeira instância enseja honorários sucumbenciais, o que não se confunde com o trabalho adicional desempenhado nas demais instâncias, que autorizam os honorários recursais, observado o teto de 20%. Logo, o trabalho não deve ser presumido.

5. OUTRAS CONSIDERAÇÕES:

Em relação às demais disposições do art. 85, cabe enfatizar a possibilidade de o advogado postular que o pagamento dos honorários devidos seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integre na qualidade de sócio (seja majoritário ou minoritário), sem desnaturar o caráter alimentar, como autorizado pelo §15.

Eventual omissão quanto ao direito ou valor dos honorários na decisão final deverá ser resolvida de forma autônoma, como disposto no §18, pelas vias próprias, dando ensejo, vale dizer, a nova fixação de honorários em razão dessa nova ação de cobrança.

E, por último, reconheceu-se no §19 o direito ao recebimento de honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos, nos termos da lei que discipline a respectiva carreira. ♦

O Contraditório Participativo como Traço Distintivo do Processo no Estado Democrático de Direito

Anderson de Paiva Gabriel

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011).

RESUMO: O objetivo deste artigo é realizar uma análise, sob as premissas da moderna ciência processual e à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil/2015, do princípio do contraditório participativo como traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Processo. Código de Processo Civil/2015. Princípio do Contraditório.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze, under the modern procedural science and the Federal Constitution of 1988 and the New Code of Civil Procedure, the Judicial Hearing principle, today in a participatory dimension, as a hallmark of the process in a democratic state.

KEYWORDS: Law. Procedure. New Code of Civil Procedure. The Right to a Judicial Hearing Principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estado Democrático de Direito. 3. O Código de Processo Civil/2015. 4. O Princípio do Contraditório Na Dimensão Participativa 5. O Princípio do Contraditório no Código de Processo Civil/2015. 6. Considerações Finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, cabe salientar que o processo configura verdadeiro produto da cultura¹ de um povo, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural do qual emerge. Assim, torna-se imperioso visualizarmos o processo sob a ótica do Estado e do contexto histórico e social em que se encontra inserido, posto que as ideias dominantes sobre o papel do processo² influenciam sobremaneira o seu desenvolvimento e a tomada de decisões sobre seus rumos.

Assim, no Estado Liberal Clássico, à luz da ideologia burgo-liberal e do caldo cultural da época, o processo era visto como um duelo privado³, no qual as partes atuavam com autonomia, sendo a intervenção do juiz reduzida ao mínimo (talvez em decorrência da desconfiança com que os magistrados eram vistos, sendo frequentemente ligados à nobreza, repudiada pela Burguesia de então), limitando-se a atuar como *boca da lei*, isto é, atendo-se às possibilidades estritamente legais. Esclareça-se que o Estado Liberal se estruturava nos direitos de liberdade, com predomínio do Legislativo (do qual emanava o Direito) e da força social hegemônica da época, forjando o chamado *Império da Lei*, fortemente ligado ao princípio da legalidade (a Era do Positivismo). Nesse sentido, cabe citar as duas principais legislações processuais da época: o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865.

Contudo, o excessivo liberalismo do Estado Liberal abalou ainda mais os ideais de igualdade, ensejando a opressão social e econômica de parte da sociedade, bem como levando à eclosão de movimentos sociais e

1 TARUFFO, Michele. **Cultura e processo**. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: v. 63, n. 1, mar. 2009. p. 63-92.

2 DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Edizione originale: The faces of justice and State Authority. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41.

3 TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in italia dal '700 a oggi**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1980. p. 67.

revoluções em busca de melhores condições sociais e da efetiva concretização de seus direitos fundamentais.

Dessa crise, emergiu o chamado Estado Social, no qual os juízes passaram a ter um papel ativo, ao mesmo tempo em que o processo deixou de ser um mero instrumento para a tutela de interesses privados e atuação da lei, passando a representar o exercício de uma função pública e soberana⁴, tendo por objetivo realizar o interesse público de administração da justiça⁵. Dessa forma, a passividade dos juízes frente às partes foi suplantada por uma busca denominada “Justiça Social”. Nesse ponto, cabe destacar ter ocorrido o que Enrico Allorio declarou ser a história da publicização do Direito Processual Civil⁶. Essa conjuntura levou a uma inexorável maximização da importância do Poder Judiciário e à ruptura de diversos paradigmas.

Todavia, o aumento exagerado dos poderes do juiz também levou a uma crise derivada dos excessos judiciais, na qual surge a figura do *Juiz Hércules*, retirada do escólio do Professor Humberto Dalla⁷, que, inspirado nos estudos do belga François Ost⁸, realiza magistral analogia com o Herói grego responsável por realizar os mais fantásticos trabalhos, posto ser um semideus e não um mortal. Dessa forma, muitos magistrados passaram a realizar a justiça ao seu entender, ignorando seu déficit democrático e criando a lei do caso concreto, substituindo, assim, os demais Poderes e ampliando a insegurança jurídica. Assim, havia se trocado o *Império da Lei* pelo *Império das Decisões Judiciais*, com o agravante de que o legislativo é eleito pelo povo e está sempre sendo renovado, enquanto os juízes são vitalícios.

Nesse cenário, surgiu na Europa, uma terceira tipologia de juiz, que agregaria as virtudes das anteriores, consistindo na figura do Juiz “Hermes”, em atenção ao Deus Grego da Comunicação, representando a necessidade contemporânea de busca pela legitimação das decisões através da efetivação do contraditório participativo, disseminando-se o uso da mediação, do *amicus curiae* e das audiências públicas.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Storiografia giuridica “manipolata”*. Rivista di diritto processuale. v. 29. Parte I. 1974. p. 108.

5 TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in italia dal '700 a oggi*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1980. p. 188.

6 ALLORIO, Enrico. *Significato della storia nello studio del diritto processuale*. Rivista di diritto processuale civile. Volume XV - Parte I. Anno 1938 - XVI-XVII. p. 189.

7 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito*. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 21 de julho de 2015. pp.6-13.

8 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: *Tres modelos de Juez*. In: DOXA, n° 14, 1993. pp. 169-194. Disponível em < <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 20 de agosto de 2015.

O magistrado deixa de se preocupar simplesmente com a justa composição da lide (juiz *Carneluttiano*) ou com a aplicação concreta da lei (juiz *Chiovendiano*), voltando-se para a aplicação e preservação das garantias constitucionais, sobressaindo-se aqui o contraditório participativo e a duração razoável do processo, tornando-se verdadeiro agente garantidor de um “processo justo”⁹.

Eis o Estado Democrático de Direito, que, no Brasil, foi alicerçado com o advento da Constituição de 1988. A partir desta, expandiu-se e consolidou-se uma nova consciência jurídica, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados¹⁰, que, no entanto, parece alcançar nova dimensão com a promulgação do Código de Processo Civil/2015.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A constitucionalização do ordenamento jurídico se expandiu pelo mundo com o fim da Segunda Guerra Mundial, alcançando, como visto, o Brasil em 1988, ano de promulgação da chamada *Constituição Cidadã*.

A Constituição Federal Brasileira, mais do que qualquer outra, além de regular os temas materialmente constitucionais, como a organização do Estado e dos poderes, a forma e regime de governo, assegurou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, trazendo ainda normas atinentes ao Direito Civil, Penal, Tributário e Processual.

No tocante ao Direito Processual, torna-se imperioso reconhecer que diante da consagração de inúmeros direitos e garantias tipicamente processuais, revelou-se uma nova conformação ao processo, seja em relação ao processo civil ou penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), adequada ao Estado Democrático de Direito.

No ponto, não podemos deixar de elencar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandando

⁹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. p. 1.

¹⁰ GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas Da Efetividade e do Garantismo Processual*. Estudo em homenagem ao Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 1

de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

Esse fenômeno tornou imperiosa a releitura de diversos institutos, tanto de direito material quanto processuais, reconhecendo-se que vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados. Há que se repensar, portanto, as normas processuais à luz de uma perspectiva constitucional, impondo o redescobrimiento da trilogia clássica: Jurisdição, Ação e Processo.

No renomado ensaio de FIX-ZAMUDIO, este faz referência a obra de Couture, noticiando a ascensão do *derecho constitucional procesal*, surgido como *resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*.¹¹ Haveria, na verdade, o surgimento de duas disciplinas: o direito constitucional processual, relativo aos remédios constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), e o direito processual constitucional, responsável pela análise das normas e princípios processuais sob o prisma constitucional, sob pena de inconstitucionalidade ou mesmo não-recepção.

Assim, o processo no Estado Democrático de Direito não se satisfaz com o regular e formal acesso à justiça, demandando que se proporcione uma tutela procedimental e substancialmente justa a quem quer que necessite, levando a uma nova dimensão do devido processo legal, hoje encarado como “Processo Justo”. Há que se buscar, portanto, o modelo constitucional do processo, isto é, “o conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.¹²

Esse processo almejado pelo Estado Contemporâneo, calcado no respeito às garantias fundamentais, deixa evidente que a eficácia concreta destas está intrinsecamente relacionada à garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, pois como destacou Taruffo, nenhum direito existe de verdade se não está acompanhado pela respectiva tutela jurisdicional¹³.

A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais se solidificaram na jurisprudência dos tribunais constitucionais e nas cortes internacionais de direitos humanos, cabendo ressaltar a importância

11 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, 1977. p. 315.

12 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Jose Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo, v. 168. Fev/2009. p. 108.

13 TARUFFO, Michelle. “*Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*”, in Páginas sobre justicia civil, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p.22.

da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais consagraram a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental, elencando garantias fundamentais para o processo, que se espalharam pelo ordenamento de todos os países que primam pelos direitos humanos, considerando-os como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito¹⁴.”

Essas garantias consubstanciam o devido processo legal, instituído pelas Emendas 5^o e 14^o da Constituição americana, ou o denominado processo justo, na concepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 111 da Constituição italiana.

Esse arcabouço garantístico foi acolhido pelo ordenamento brasileiro, e nele se destaca o princípio do contraditório. Corroborando esse entendimento, faz-se imperioso trazer à baila as lições de Leonardo Greco:

Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5^o, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.¹⁵

Em outra oportunidade, também asseverou o autor em referência:

Talvez a mais importante dessas garantias, porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do artigo 5^o da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa. Contraditório como a garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla

14 CAPPELLETTI, Mauro e Denis Tallon, **Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil**, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n^o 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo. *Lezioni sul Processo Civile*, 5^a ed., il Mulino, Bologna, 2011, cap.3, “Le garanzie costituzionali”, págs.55/95; Serge Guinchard et alii, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, 6^e ed., Dalloz, Paris, 2011; Augusto M.Morello, *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

15 GRECO, Leonardo, **“Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”**, in Os princípios da Constituição de 1988, coletânea organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Fírlly Nascimento Filho, 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, págs.369/406; **“O princípio do contraditório”**, in Revista Dialética de Direito Processual, n^o 24, março de 2005, , São Paulo: Dialética, 2005, p.71/79; **“A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa”**, in Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ, n^o 35, Brasília, outubro-dezembro de 2006. p. 20/27.

possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas.¹⁶

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

O advento da Constituição Federal de 1988, bem como a própria evolução do processo, acarretou a necessidade de diversas alterações em nosso Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que se tornou uma colcha de retalhos (verdadeiro *Frankenstein*), mutilado em sua essência e desprovido de um espírito, demandando a edição de um novo Código.

Ademais, o transcorrer do tempo pareceu se alterar com o desenvolvimento tecnológico e a globalização (como se os ponteiros do relógio se movessem mais rápido que em séculos atrás), de forma que as relações passaram a se constituir e se modificar numa velocidade em que os procedimentos estatais não conseguiram acompanhar. Surgiam, assim, os litígios de massa. Esse dinamismo da vida contemporânea passou a demandar urgência na resposta estatal, incorrendo em descompasso com o formato milenar do processo.

O debate sobre o papel do Estado na resolução dos conflitos levou a uma preocupação com a celeridade, uma vez que esta encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade, já que a prestação jurisdicional tardia nada mais é do que uma injustiça travestida de justiça. O novel diploma se fazia necessário, não só pelo decurso do tempo, como pela flagrante morosidade na prestação da justiça.

Como se não bastasse, após a inserção em nossa Carta Magna, através da EC nº 45/2004, da cláusula pétrea que assegura a razoável duração do processo, o Código de Processo Civil/2015 se fazia ainda mais urgente, uma vez que com base nos ensinamentos de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, o CPC/73 estava a caminho da inconstitucionalidade (ou de uma não-recepção).

Finalmente, em março de 2015, após belíssimo trabalho da Comissão presidida pelo Ministro do STF Luiz Fux, foi promulgado o Código de Processo Civil/2015 (Lei 13.105/15).

¹⁶ GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-4.

O douto ministro, proferindo palestra aos magistrados do Estado do Rio de Janeiro¹⁷, salientou que a referida comissão, atenta à garantia constitucional da duração razoável do processo, diagnosticou três grandes problemas em nosso processo, os quais nortearam os trabalhos em busca de soluções e do aprimoramento do processo: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada (constatou-se que de cada 2 brasileiros, 1 litiga) e a prodigalidade recursal. O NCPC buscou, portanto, conciliar as garantias constitucionais, dentre as quais sobressai o contraditório participativo, com a economia processual, a isonomia e a segurança jurídica.

Luiz Fux destacou ainda que um país que não se desincumbe da prestação de justiça num prazo razoável, é um país que tem uma justiça inacessível. No ponto, cabe esclarecer que a demora excessiva na solução do litígio prejudica ambas as partes, causando o chamado dano marginal. Inegavelmente, a parte vencedora é mais prejudicada, contudo, o estado de incerteza prolongada prejudica também o vencido. O réu também tem direito à celeridade do processo, como reflexo não só do direito à tutela jurisdicional efetiva, mas principalmente do direito de defesa e da garantia de não ser submetido ao poder estatal - jurisdicional ou administrativo - por mais tempo que o necessário.¹⁸

Cumpra, contudo, salientar que direito à duração razoável não é sinônimo de direito à celeridade do processo (não pode importar em supressão de direitos e garantias fundamentais ou atropelamento do devido processo legal), pois os prazos devem permitir ao autor e ao réu a prática dos atos que estão localizados dentro do direito de influir sobre o convencimento judicial.

As partes têm, em virtude do direito à duração razoável do processo, o direito ao prazo adequado, o qual pode ser extraído do devido processo, isto é, do “processo justo”, relacionando-se intimamente com o princípio do contraditório, garantido na Constituição Federal brasileira no art. 5º, LV: “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”.

17 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida pelo ilustre ministro na EMERJ no dia 02/03/2015.

18 CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil**. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 73-99.

Explique-se. O transcurso do tempo é uma necessidade do juiz, sem o qual ele não pode formar adequadamente a sua convicção, sendo ainda uma necessidade do Estado Democrático de Direito e da garantia de um contraditório participativo, isto é, do direito das partes participarem efetivamente do processo, buscando influir no convencimento do juiz e, assim, legitimando a decisão final, que deverá ser proferida tão somente quando estiver devidamente “amadurecida”.¹⁹

Assim, a duração razoável do processo encontra seu ideal no momento em que, asseguradas as devidas garantias processuais, exaure-se o contraditório apto a ensejar a convicção do magistrado, legitimando a sentença a ser proferida e tornando-a digna do Estado Democrático de Direito.

4. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA DIMENSÃO PARTICIPATIVA

O princípio do contraditório, em concepção tradicional, pode ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.²⁰

O referido brocardo, incorporada ao direito ocidental há muito²¹, é mencionado na obra do escritor, filósofo estoico e quaestor romano Sêneca (4 a.C. – 65 d.C.), mais especificamente na tragédia Medeia: “*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*” (Quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo).²²

O princípio do contraditório como direito a audiência bilateral tem, portanto, origem na Antiguidade grega, alcançando o direito contemporâneo como um princípio de direito natural, inerente a qualquer processo, exigindo que o juiz somente profira decisão após possibilitar a manifestação das partes. Leonardo Greco destaca que, ainda em nossos dias, alguns autores, como Guinchard, sustentam esse fundamento jusnaturalista do contraditório.²³

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, São Paulo: RT, 2007, p. 46-47.

²⁰ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, in Revista Dialética de Direito Processual, n° 24. São Paulo: Dialética, março 2005, p.71/79.

²¹ BODART, Bruno. *O Processo Civil Participativo - A Efetividade Constitucional E O Projeto Do Novo Código De Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 205 março 2012. p. 333

²² SENECA. Medeia. Trad. Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p. 51.

²³ GRECO, Leonardo, “*O princípio do contraditório*”, in Revista Dialética de Direito Processual, n° 24, São Paulo: Dialética, março de 2005. p.71/79.

Na doutrina dos países de origem anglo-saxônica, por sua vez, o princípio é chamado de “direito a uma audiência judicial” (*right to a judicial hearing principle*).²⁴

Importante registrar que o referido princípio chegou a sofrer mitigações nas décadas que antecederam a Segunda Grande Guerra Mundial (*Picardi*²⁵), mas logo após seu fim, o contraditório renasceu e se tornou mais do que um princípio, verdadeira garantia.

Leonardo Greco disserta sobre o tema:

O segundo pós-guerra marcou o renascimento do princípio do contraditório. O Estado de Direito que se reconstruiu após os nefastos regimes autoritários, redefiniu as suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela através da Justiça. Readquiriram relevância o método dialético de solução de conflitos e a paridade de tratamento dos litigantes, componentes essenciais do princípio do contraditório, como fatores indispensáveis à concretização no processo judicial dos valores humanitários nacional e internacionalmente reconhecidos como inerentes ao estágio de civilização atingido pela sociedade humana.

Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecutorio do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais.²⁶

Consagrado no art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988, o princípio do contraditório é tão importante no direito processual que doutrinadores

²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 177.

²⁵ PICARDI, Nicola. “*Audiatur et altera pars*” le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 7.

²⁶ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 24, São Paulo, 2005, p. 71-79.

como Elio Fazzalari²⁷ e Cândido Rangel Dinamarco²⁸ já afirmaram que “*sem contraditório, não há processo*”. Cabe ressaltar, contudo, que Cândido Dinamarco defende que processo é todo procedimento em contraditório animado por uma relação jurídica processual, enquanto Elio Fazzalari rejeita a teoria do processo como relação jurídica (Bülow), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo.²⁹

Assim, na concepção clássica, o contraditório podia ser identificado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou mesmo administrativo), com a possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Frequentemente, afirma-se que o tratamento igualitário garantido às partes no processo passa pela imposição legal do contraditório.³⁰ Nesse sentido, Theodoro Junior corrobora que o “principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo³¹”.

A partir da segunda metade do Século XX, surge o denominado “contraditório participativo”, no qual se amplia a atuação das partes ao longo do processo, enquanto o juiz passa a assumir figura ativa apta a coordenar o diálogo e a cooperação entre as partes, tornando a comunicação verdadeira via de mão dupla, em que todos os envolvidos ouvem e são ouvidos num processo dialeticamente estruturado, construindo em conjunto a solução da causa. O processo, passa assim, a ser verdadeiro instrumento de realização dos valores da pessoa humana.

Nesse sentido, há que se abrir a possibilidade de através desse diálogo, as partes, assim como eventuais interessados, participarem da formação do convencimento do juiz, influenciando, por conseguinte, no resultado do processo. É o direito de influência advindo do Princípio do Contraditório.

Juntamente com o princípio da isonomia, destaca com propriedade Humberto Dalla, o contraditório constitui importante premissa

27 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed. CEDAM: Padova, 1996.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, volume I. São Paulo: Malheiros, 2001.

29 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>

30 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27.

31 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 34.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

democrática, que com ele se relaciona de modo a garantir um efetivo equilíbrio entre as partes.³²

Comoglio salienta que, na Alemanha, o princípio do contraditório participativo ganhou feição constitucional:

Graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1 – o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo; 2 – o direito de defender-se ativamente posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3 – o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.³³

Conforme leciona Ronaldo Brêtas³⁴, o princípio do contraditório, que já se considerou ser o binômio: informação e reação, implica, na dimensão participativa, num quadrinômio composto dos seguintes elementos: Informação, Reação, Diálogo e Influência.

Informação, no sentido de que, os envolvidos devem ser adequadamente notificados de todos os atos processuais, preferencialmente através de comunicações reais e de maneira prévia. É aceitável, mas apenas excepcionalmente, que ocorra o chamado contraditório postergado, isto é, que a parte seja notificada da prática de um ato a posteriori, desde que isto ocorra de maneira fundamentada e em virtude da ponderação de interesses existentes no caso concreto, sopesando-se os riscos de inefetividade da decisão com o contraditório prévio ideal.

Reação, consistindo na possibilidade das partes exporem suas alegações, propondo e produzindo provas (bem como de impugnar as produ-

32 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI. p. 27

33 COMOGLIO, Luigi Paolo. **Voce: Contraddittorio (Principio del)**. In: *Enciclopedia giuridica*. vol. 8. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 6.

34 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, no qual o Professor Ronado Bretas proferiu a palestra “O novo CPC e o Processo Constitucional”, abordando o tema.

zidas por outrem), isto é, em síntese, é o direito de serem ouvidas.³⁵ Aqui, cabe destacar a associação existente entre o contraditório e a ampla defesa, sendo ambos erigidos como garantias fundamentais no mesmo inciso do artigo 5º da Constituição, inclusive havendo quem considere esta última mero “*aspecto substancial do princípio do contraditório*”.³⁶ Certo é que estão intrinsecamente relacionados, e que a ampla defesa é a possibilidade de uma parte (não necessariamente o réu, posto a possibilidade de alternância momentânea das posições jurídicas ao longo do processo) se manifestar adequadamente após a outra.

Diálogo, como ferramenta tipicamente democrática, evidencia a necessidade de abertura de vias comunicativas entre o juiz e as partes, bem como entre estas, que devem cooperar em prol de uma solução jurisdicional dialeticamente construída.

Influência, por sua vez, é o direito das partes e dever do juiz de receber a manifestação daquelas de forma efetiva, e não puramente formal, como parte da práxis. A possibilidade de influenciar a tomada de decisão configura verdadeiro direito de participação, contribuindo para a legitimação da decisão a ser proferida.

Evidencia-se, assim, que o contraditório deve ser visto como um verdadeiro direito fundamental, traço distintivo do processo no Estado Democrático de Direito, permitindo a efetiva participação do indivíduo³⁷ na construção de um ato de poder.

Poderíamos dizer, seguindo as lições de Angela Espindola e Igor Santos, que a democracia, no bojo do processo, recebe o nome de contraditório³⁸. Assim, a participação no processo³⁹, como expressão da democracia, se materializa através de um contraditório efetivo, visualizado nessa nova roupagem, que é elemento essencial e fator de legitimação democrática das

35 MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**, São Paulo: Juarez Oliveira, 2003, p. 195.

36 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, 12ª ed., Salvador: Jus Podium, 2010, p. 55. Nesse trecho, o Prof. Didier diz que contraditório e ampla defesa formam um “*belo casal*”. Em nosso sentir, contraditório e ampla defesa são como irmãs, durante o período monárquico brasileiro. Só que a ampla defesa é a irmã feia, que nunca é escolhida para dançar nos bailes. Enquanto que o contraditório é a irmã bonita, cortejada por todos, mas que tem sempre que levar a irmã feia a tiracolo, por imposição dos pais.

37 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório**. In: Revista AJURIS, n. 74, 1998.

38 ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos; **O processo civil no estado Democrático de direito e a reeleitura das garantias constitucionais: entre a Passividade e o protagonismo judicial**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011

39 CAPPELLETTI, Mauro. **Spunti in tema di contraddittorio**. In: Studi in memoria di Salvatore Satta. Volume primo. Padova: Cedam, 1982. p. 210.

decisões judiciais (em última análise, do próprio poder jurisdicional), repudiando a visão ultrapassada que focaliza a parte como simples objeto do pronunciamento judicial no *iter* procedimental⁴⁰, e passando a reconhecê-la como sujeito de direitos.

Arremata Leonardo Greco⁴¹:

Como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados. Quando os possíveis atingidos não são determináveis, audiências públicas e outros procedimentos podem tornar viável a sua participação no processo de tomada de decisões dos poderes públicos.

Assim, concretizou-se mudança paradigmática, erigindo-se o contraditório participativo como verdadeiro instrumento de proteção à dignidade humana no Estado Democrático contemporâneo, e, graças à jurisprudência das cortes constitucionais da Alemanha, Itália e Espanha, bem como da Corte Européia de Direitos Humanos, essa concepção se espalhou por toda a Europa Ocidental, alcançando países cujo processo judicial seguia tradições históricas extremamente assimétricas.

5. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Dentro desse cenário, veio a lume o Código de Processo Civil/2015, de espírito e conteúdo “democrático”, na feliz expressão do Ministro Luiz Fux⁴², incorporando em seu seio não só o contraditório participativo, como as demais garantias constitucionais, a exemplo da necessidade de duração razoável dos processos e de fundamentação das decisões judiciais.

Basta manusear o referido Diploma para se sepultar qualquer dúvida sobre isso, uma vez que o primeiro capítulo, intitulado “DAS NORMAS

40 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O juiz e o princípio do contraditório.** In: Revista de processo, n. 73, 1998, p. 10.

41 GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 24. São Paulo: Dialética, março de 2005. p.71/79.

42 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida pelo ilustre ministro na EMERJ no dia 02/03/2015.

FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS”, inicia-se com dispositivo repleto de simbolismo (art. 1):

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Não obstante ser imperiosa a interpretação das normas processuais à luz da Constituição Federal desde a promulgação desta, a previsão é salutar e tem caráter didático, desvelando o espírito democrático do Código e consagrando a constitucionalização do processo.

Posto isso, passemos a verificar de que forma o Código de 2015 alçou o contraditório participativo a verdadeiro traço distintivo do processo democrático. Nesse sentido, cabe trazer à baila o art. 7 :

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Gize-se que o dispositivo não se contenta com o simples contraditório, atribuindo ao juiz o dever de zelar por sua efetividade, consagrando os matizes modernos da Informação, Reação, Diálogo e Influência. Assim, restam explicitadas diversas formas de “reação”, através das quais os envolvidos no processo “dialogam”, buscando “influenciar” no convencimento do julgador, emergindo, assim, novo paradigma processual.

Há que se trazer à baila a célebre indagação: “como as partes podem influir no convencimento do juiz se não sabem o que ele pensa?”⁴³

A resposta a essa pergunta materializa-se na translúcida adoção do contraditório participativo, que deflui de maneira instantânea da leitura do art. 10, o qual estabelece a vedação da surpresa, verdadeiro corolário do contraditório:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

43 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009., p. 541.

Registre-se que essa concepção já havia sido adotada pelo anterior Código de Processo Civil Francês, sendo mantida no art. 16 do Atual Código de Processo daquela nação.

O juiz deve coordenar a interação entre as partes, abrindo-se ao diálogo e construindo em conjunto as decisões proferidas, com a efetiva participação e influência das partes, permitindo que o processo atinja o melhor resultado, distinguindo-se pela plena efetividade e adequação, e qualificado pelo proceder democrático, verdadeiro fator de legitimação das sentenças. Só assim, torna-se verdadeiramente concretizado o acesso à Justiça.

Espancando qualquer dúvida acerca da relevância do contraditório, salta aos olhos a previsão de nulidade ou de ineficácia para as sentenças proferidas sem a devida integração com o contraditório, ou melhor, proferidas sem o devido diálogo capaz de legitimá-las, em nítido desacordo com o caráter democrático do processo:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

Por outro lado, atento à concretização do real e amplo acesso à justiça, o Código assegura a gratuidade para a prática dos atos processuais inerentes ao exercício do contraditório a quem não possuir recursos, pois não há processo democrático sem a viabilização do contraditório participativo⁴⁴.

A relevância do contraditório também se observa no tocante à modificação do pedido ou da causa de pedir, já que os limites para tal se encontram no referido princípio. Com efeito, figuram possíveis entre a citação e o sane-

44 Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

...

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

amento do processo, desde que assegurado o contraditório, mediante manifestação do réu, facultado o requerimento inclusive de prova suplementar⁴⁵.

Como dito, em alguns casos, o direito à informação, que precede a reação, pode ser postergado excepcionalmente, em atenção à ponderação de interesses em possível conflito, mas nunca suprimido, sendo este o entendimento acolhido pelo art. 372⁴⁶, que exige o contraditório para admissão da prova emprestada, e o art. 962⁴⁷, que admite a execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, sem audiência de réu, desde que garantido o contraditório posterior.

Até mesmo nos notáveis avanços do Código de 2015, observa-se o traço distintivo do contraditório participativo, como ocorre no tratamento das questões prejudiciais, que atendidos alguns requisitos, entre os quais, o contraditório prévio e efetivo (gize-se que mais uma vez o diploma frisa a necessária efetividade do princípio), sofrerão os influxos da coisa julgada⁴⁸.

Dentro dessa concepção de contraditório participativo como alicerce do processo democrático, o ‘consagra ainda a cooperação, como verdadeiro princípio, abrangendo a boa-fé que deve nortear o diálogo entre os envolvidos em um processo justo. Nesse sentido, é a previsão do art. 6º:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Contudo, é possível vislumbrar a cooperação, reflexo do contraditório participativo, em diversos outros dispositivos, como no art. 3º, §3º, que impõe a permanente busca pelos métodos de solução consensual de conflitos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público,

45 Art. 329. O autor poderá:

...

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

46 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

47 Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

...

§ 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

48 Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

...

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

deixando claro que todos os referidos atores, ao interagirem e dialogarem, deverão estimular o alcance do consenso, ainda que no curso do processo⁴⁹, bem como no art. 5º, ao prescrever o dever de boa-fé⁵⁰ a todos que participam do processo, revelando verdadeiro dever anexo da cooperação e premissa para o diálogo efetivo.

Em que pesem as posições antagônicas das partes, e a distinção destas com a posição do juiz, todos os sujeitos do processo estão inseridos dentro de um complexo de relações jurídicas (ou dentro de uma mesma relação jurídica), e devem colaborar entre si para que essa relação, que é dinâmica e visa a um determinado fim, desenvolva-se razoavelmente até a resposta jurisdicional final.

Registre-se que na Alemanha se proclama o dever de cooperação há mais de 70 anos, enquanto na França e no Brasil (Barbosa Moreira), há pelo menos 40 anos já se defendia a cooperação como princípio do Processo⁵¹. A cooperação busca seu fundamento justamente na plenitude do contraditório, um dos grandes pilares do novo Código, alicerçando-se ainda na boa fé, na moralidade e na razoabilidade.

A principal crítica feita a cooperação é que ela seria utópica, limitando-se a ser verdadeira exortação, uma vez que o processo envolve um litígio e as partes se consideram adversárias. Contudo, não é demais recordar, que até mesmo na guerra, há a instituição de regras básicas entre os inimigos.

Assim, consoante o escólio de Eduardo Talamini⁵², a cooperação englobaria a necessidade de esclarecimento das manifestações, sanando-se eventuais obscuridades, seja das partes ou do juiz; diálogo, como imposição do contraditório participativo; prevenção de erros; e auxílio mútuo, como no caso da distribuição dinâmica da prova, flexibilização procedimental e dilação dos prazos.

A íntima relação, quase simbiótica, entre o contraditório participativo e a cooperação, salta aos olhos na previsão disposta no art. 357, §2º e 3º:

49 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

50 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

51 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, onde o Dr. Eduardo Talamini proferiu palestra sobre o “Dever de cooperação no novo CPC”, expondo sua visão sobre o tema.

52 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, onde o Dr. Eduardo Talamini proferiu palestra sobre o “Dever de cooperação no novo CPC”, expondo sua visão sobre o tema.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

...

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

O diálogo, exigido pelo contraditório participativo, demanda a participação das partes no saneamento de causas complexas, devendo o juiz realizá-lo em cooperação com as partes, materializando a figura do Juiz “Hermes”, no qual a interação entre as partes e o juiz efetiva a democracia participativa no seio do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que legitima a decisão proferida. Nesse sentido, a possibilidade de acordos processuais disposta pelo §2º, em reforço à previsão das convenções processuais inscrita no art. 190⁵³, é mera consequência lógica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, o cidadão deve passar a ser visto como participante, e não como simples objeto da intervenção social do Estado⁵⁴. Nesse diapasão, o processo deve incorporar essa premissa, à luz da Constituição Cidadã, e o traço distintivo deste modelo de processo constitucional é o contraditório participativo.

O juiz inerte, mero expectador, característico do Estado Liberal, bem como a figura oposta, representativa do Estado Social, não se revelam compatíveis com o Estado Democrático, nem com o processo contemporâneo.

53 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

54 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.p. 191.

Surge assim, a necessidade de uma releitura do processo, englobando a conduta das partes e a própria figura do juiz, a fim de redimensioná-lo, adequando-o ao dinamismo vivenciado pelo Brasil globalizado.

Emerge dessa visão contextualizada, a jurisdição contemporânea, prestada através do processo justo, tendo por traço distintivo o contraditório participativo, através do qual os personagens do processo interagem, cooperam e dialogam, influenciando na convicção do julgador e permitindo a formação dialética da melhor decisão, ao mesmo tempo em que a legitimam, tornando-a digna à luz do Estado Democrático de Direito.

Cabe registrar, contudo, que o Código de Processo Civil/2015 é apenas mais uma pedra fundamental lançada nos alicerces da concretização do tão almejado Estado Democrático de Direito, sendo necessário muito mais que a simples edição de novas normas e Códigos para atingir tal desiderato, sob pena de termos apresentado uma visão romântica, quiçá utópica do processo.

Imperiosa, portanto, se mostra verdadeira revolução cultural e ética a fim de suplantarmos os desvios de todo tipo que amesquinham nosso presente. Mas, como já disse Nelson Mandela, “a esperança é uma arma poderosa e nenhum poder no mundo pode nos privar dela”. O próximo passo a ser dado, por exemplo, a implementação de um processo democrático, fundado no contraditório participativo, incumbe a nós, operadores do direito, e há de ser dado. ❖

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. **Rivista di diritto processuale civile**, Volume XV - Parte I. p. 189. Anno 1938 - XVI-XVII.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf> Acesso em 15 de maio de 2011.

BIAVATI, Paolo. La realizzazione dello spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza: stato attuale e tendenze evolutive alla luce del programma di Stoccolma. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 67, n. 1, p. 185-201., mar. 2013.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. O processo civil participativo: a efetividade constitucional e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 333-345., mar. 2012.

BOVE, Mauro. Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, p. 479-522, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; et al. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC**. 1ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 73-99.

CAPONI, Remo. “Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo”. In: **Relazione generale al XIV convegno mondiale dell’Associazione internazionale di diritto processuale**, Heidelberg, 26-30 luglio 2011, p. 01-130.

CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: **Studi in memoria di Salvatore Satta**. Volume primo. Padova: Cedam, 1982. p. 210.

_____ ; TALLON, Denis. **Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil**. Milano: Giuffrè, 1973.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, n.1, p. 129- 152, 2008.

CIPRIANI, Franco. Diritti fondamentali dell’Unione europea e diritto d’impugnare. In: **Il processo civile nello stato democratico**. Saggi. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006. p. 199-217.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 90, p.95-150, abr./jun. 1998.

_____. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 64, n.6, p. 1684-1700, nov. 2009.

_____. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, p. 702-758, 2002.

_____. Voce: Contraddittorio (Principio del). In: **Enciclopedia giuridica**. V. 8. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

_____ ; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul Processo Civile**. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2011.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere**: análise comparatística del processo. Edição original: *The faces of justice and State Authority*. Tradução de Andrea Giussani (capítulos III, IV e V) e Fabio Rota (capítulos I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1, 12 ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. volume I. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011.

FAZZALARI, Elio. Il giusto processo e i “procedimenti speciali” civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milan, v. 57, n.1, p. 1-22, mar. 2003.

_____. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**: um dibattito teorico, a cura de Ermanno Vitale. Roma: Laterza, 2008.

FERRI, Corrado. Sull’effettività del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 42, n. 3, p. 780-795, set. 1988.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad Del México, v. 10, n. 30, p. 315, 1977.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal - CEJ**, Brasília, v. 10, n. 35, p. 20-27, dez. 2006.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 24, p. 71-79, mar. 2005.

GUINCHARD, Serge; et al. **Droit processuel: droits fondamentaux du procès**. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

JUNOY, Joan Picó i. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 3, n. 4, p. 111, jul./dez. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica “manipolata”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 29, Parte I, p. 108, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito - The Brazilian Lessons**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121/139.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27.

MENDONÇA, Luís Correa de. Processo Civil Líquido e Garantias (o regime processual experimental português), In: CIPRIANI, Franco. **Stato di Diritto e Garanzie Processuali**, Quaderni de Il Giusto Processo Civile n. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 2008, pp. 205/237.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

MORELLO, Augusto M. **Constitución y Proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales**. La Plata-Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.p. 191.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 3, n. 4, p. 223, jul./dez. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. **Revista AJURIS**, v. 25, n. 74, p. 103-120, nov.1998.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**, São Paulo, n. 73, p. 10, 1998.

OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. p. 169-194. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 20 de agosto de 2015.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”: le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 57, n.1, p. 7-22, mar. 2003.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 53, n. 3, p. 673-681, jul./set.1998.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado In: MONTERO AROCA, JUAN. **Proceso Civil e Ideologia**: Un prefacio, una sentencia, doscartas y quinceensayos. Valencia: TirantloBlanch, 2006, p. 109-127.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 49-92, 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; DURCO, Karol. **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional**. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10190>>. Acesso em 21 de julho de 2015.

PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. In: **Le tutele giurisdizionali dei diritti**. Studi. Napoli: Jovene Editore S.P.A., 2003. p. 655-669.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária**: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENECA. **Medeia**. Trad. Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p. 51.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, giu. 1997.

_____. **La giustizia civile in Italia dal’700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: ed. Marcial Pons, 2009, p.22.

TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 01-22, 2001.

_____. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 60, p. 317-328, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et.al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influencia, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TROCKER, Nicolò. Dal «giusto processo» all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte seconda). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 61, n. 2, p. 439-460, jun. 2007.

_____. La carta di diritti fondamentali dell’Unione Europea, ed il processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 56, n. 4, p. 1171-1241, dez. 2002.

_____. **La Formazione del Diritto Processuale Europeo**. Torino: Giappichelli, 2011.

_____. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 55, n. 2, p. 381-410, jun. 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito Processual Civil Americano Contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010.

_____. Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011.

O Encarceramento e a Via Restaurativa para uma Nova Abordagem da Execução Penal

Márcia Maciel Quaresma

Juíza de Direito do X Juizado Especial Cível da Capital

RESUMO: A apresentação deste trabalho visa a trazer uma reflexão sobre outros caminhos para a questão do encarceramento por meio da mudança de paradigma. A experiência da Justiça Restaurativa em diversos países aponta para um novo pensamento sobre a necessidade do aprisionamento, mas também para uma abordagem mais eficaz do desencarceramento. Objetiva-se ainda nestas breves considerações despertar a curiosidade sobre o tema e instigar o raciocínio para a investigação da inspiração filosófica para a assunção desse novo caminho pelo operador do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento - Execução da Pena - Justiça Restaurativa - Justiça Retributiva - Horizontalidade - Reintegração

ABSTRACT: The presentation of this work aims to bring a reflection on other ways to the matter of incarceration, through the paradigm shift. The experience of Restorative Justice in several countries points to a new thought about the need for imprisonment, but also for a more effective approach the prison release. One of the aims of these brief considerations is also to arouse curiosity on the subject and instigate the reasoning for the investigation of the philosophical inspiration for the assumption of this new way by the legal practitioner.

KEYWORD: Incarceration - Execution of sentence - Restorative Justice - Retributive Justice - Horizontality - Reintegration

Vive-se no Brasil uma época de extremos, sem querer parafrasear Hobsbawm, mesmo porque já estamos no O NOVO SÉCULO - o século XXI e não mais na ERA DOS EXTREMOS do século XX, mas no sentido puramente latino da palavra *extremus*, ou seja, algo que atingiu o ponto máximo ou o limite.

Deixaremos de lado os muitos extremos pelos quais passamos neste momento (a exacerbação da intolerância, o avanço do fascismo, a falência econômica dos estados, o exagero da manipulação midiática, o fracasso do quadro político, o aprofundamento das desigualdades sociais, etc), e falaremos de um limite bastante palpável e aferível. O alcance dos extremos no atual sistema de encarceramento brasileiro e a necessária mudança de abordagem da questão.

As recentes notícias acerca das “rebeliões” nos presídios do Norte e Nordeste (Pedrinhas - São Luiz do Maranhão, Alcaçuz - Rio Grande do Norte, Monte Cristo - Roraima, Anísio Jobim - Amazonas) denunciam não apenas as péssimas condições do aprisionamento, a violação dos direitos humanos dos detentos diante da Constituição Federal, do Pacto de San José da Costa Rica, das Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos e da Lei nº 7.210/84, como também as complexas relações entre administração prisional e facções criminosas, a duvidosa gestão privada dos presídios, a ineficiência estatal, *et cetera*. Tais conclusões mostram-se bastante óbvias e são muito bem-abordadas em incontáveis artigos, livros, ciclos de debates e teses de grandes analistas do tema.

Debruçamo-nos simplesmente sobre duas evidentes, singelas e inquestionáveis constatações: a superlotação carcerária e a ausência de esforços para a integração social do preso.

Na análise da *krisis*, entendida esta como momento decisivo, somente a mudança radical de abordagem da própria ideia de pena como retribuição-vingança para a assunção de outro significado, ou seja, como restauração-reconciliação das relações conflituosas, pode representar uma alternativa.

Abandonar a concepção do Estado como único e inafastável detentor do poder punitivo talvez seja o maior desafio.

Nessa linha de raciocínio, vários países têm lido a questão criminal sob a ótica da JUSTIÇA RESTAURATIVA. Canadá, Nova Zelândia, Bélgica, Alemanha, Estados Unidos, França e Peru são alguns exemplos que merecem ser mencionados.

Não se pode definir ou conceituar de modo estanque o que seja JUSTIÇA RESTAURATIVA, pois sua construção se encontra em constante

movimento. Acrescente-se ainda que as diversas práticas restaurativas têm fundações próprias de cada país ou de pensamento ou ainda de objeto de aplicação (conflitos escolares, familiares, empresariais, judiciais). Ademais, qualquer conceito neste momento significaria restringir ou limitar seu alcance, engessando-a em moldes preestabelecidos. Assim, em que pese a existência de algumas tentativas de conceituação, abstermo-nos de mencioná-las, para apenas identificar que os diversos modelos restaurativos deslocam o poder e a responsabilidade do terceiro (Estado-Juiz) para os verdadeiros envolvidos, ou seja, a vítima, o ofensor e a comunidade, olhando sempre para suas necessidades e responsabilidades.

Apesar da inadequação de qualquer conceito acerca da Justiça Restaurativa, é certo que ela quebra paradigmas na eterna busca da Justiça como valor, através da possibilidade de um modelo alternativo ao caráter retributivo da Justiça Tradicional Moderna, por meio da valorização da horizontalidade, do diálogo, das emoções e das histórias dos envolvidos, e convida à participação ativa e coletiva na criação de um consenso voltado para a solução do conflito.

Nesse aspecto, vale ser mencionada a recente Resolução CNJ nº 225/2016, a estimular a adoção da Justiça Restaurativa, inclusive na esfera criminal, com seus princípios e elementos fundantes.

Tratando-se da questão criminal especificamente, o emprego dos modelos restaurativos representa uma medida a evitar o encarceramento em massa.

Representa também a possibilidade de se desafogar o sistema prisional, já na fase de execução da pena, de uma forma responsável, cuidadosa e voltada para a integração do apenado na sociedade, contribuindo para a diminuição da reincidência.

Afirma-se isso porque os diversos procedimentos restaurativos visam precipuamente a promover o atendimento das necessidades da vítima e do ofensor, a participação dos envolvidos, das famílias e da comunidade, a reparação dos possíveis danos e a distribuição de responsabilidades e obrigações para superação das causas do conflito e suas consequências.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a própria Lei de Execução Penal (LEP) traz em si oportunidades para aplicação de práticas restaurativas ao dispor no *Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado; no Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos*

pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política; e finalmente no Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Outra previsão legal extremamente feliz presente na própria LEP e que poderia servir como instrumento para a implementação da Justiça Restaurativa seria a valorização e qualificação dos Patronatos e dos Conselhos Comunitários, de forma a realizarem diretamente ou por meio de convênios os círculos restaurativos em uma construção da rede de apoio.

O Patronato encontra-se previsto nos artigos 78 e 79 da LEP, assim como o Conselho Comunitário acha-se nos artigos 80 e 81 e em todos os dois institutos pode-se localizar a abertura necessária para a produção de práticas restaurativas que olhem para a relação ofensor-vítima-comunidade, na medida em que devem prestar assistência ao interno e ao egresso, assim como diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para a persecução de seus fins.

A participação da sociedade local, construindo uma rede social, através de associações de comércio, empresas privadas, organizações de assistência humanitária, profissional, religiosa e comunitária, e do Poder Público por seus diversos órgãos da esfera federal, estadual e municipal, mostra-se como um caminho eficaz para o necessário cuidado em relação ao ofensor e ao ofendido.

Afirma-se que, enquanto não enfrentado humanamente o conflito originário, será mais difícil recompor o tecido social atingido e, portanto, reinserir o condenado e apelar a dor da vítima.

Ressalte-se que não se está aqui defendendo a obsolescência da Justiça Tradicional, mesmo porque ela faz parte da nossa matriz e assim permanecerá por muito tempo.

Tampouco se pretende afirmar que a Justiça Restaurativa seja uma panaceia para todos os males, pois certamente há casos e situações em que não será possível e até aconselhável a utilização dessa via, dadas determinadas circunstâncias, as quais não são objeto da presente dissertação.

O que deve ser observada é a necessidade de se abrir uma outra oportunidade de caminho. O percurso por um e outro modelo implica em uma abordagem híbrida e complementar (Restaurativa e Tradicional) estabelecendo até mesmo conexões e relações entre as duas posições aparentemente (e só aparentemente) opostas.

A par de tais possibilidades, deve-se destacar que a mais árdua tarefa a ser cumprida seria invariavelmente a abertura do campo de visão dos aplicadores do Direito, sejam eles Juízes, Defensores ou Promotores.

Cita-se, nesse aspecto, por ser bastante esclarecedor, o seguinte trecho de recentíssima reportagem do jornal *Le Monde Diplomatique Brasil* de 26 de janeiro de 2017 (“JUSTIÇA RESTAURATIVA – ALIVIAR AS VÍTIMAS SEM BANIR OS CULPADOS”), de autoria de Léa Ducre e Margot Hemmerich, em que abordam o modelo francês de JR.

“Mas 'os profissionais procuram segurança. Eles recorrem a procedimentos que conhecem', observa Breton. 'Até o momento, o conjunto não está claro; são noções ainda um pouco confusas.' Para além de sua falta de visibilidade, a justiça restaurativa pode suscitar preocupações, pois coloca em questão o papel do juiz. O ex-magistrado de Lyon, agora instalado em Rouen, reconhece que, em algumas situações, sua intervenção não fornece uma solução satisfatória: 'Tomar uma decisão, isso eu sei fazer; mas, às vezes, uma decisão causa tanto dano quanto o próprio litígio'. De fato, a intervenção da justiça muitas vezes se revela contraproducente para a resolução de conflitos que envolvem pessoas em situação de interdependência – vizinhos, familiares ou colegas, por exemplo. A pena é aplicada, mas o conflito permanece, exacerbado. A filosofia restaurativa admite que os profissionais da justiça não podem agir sozinhos, perturbando o sentido da pena.

No direito moderno, a infração aparece em primeiro lugar como a violação de uma regra: um ato repreensivo contra o Estado. É ele que pune. Um processo de justiça restaurativa concentra-se no restabelecimento das relações, sem necessariamente solicitar uma intervenção do Estado. Em Poissy, Goetz não é o único a lamentar a ilusão do encarceramento generalizado: 'Abrimos mais prisões para resolver o problema da delinquência e do crime, quando ninguém no meio acredita nisso! No entanto, aplicar uma medida restaurativa significa ser imediatamente acusado de laxismo'.”

O grande temor que inspira a JR segue exatamente essa linha, pois tais práticas têm como princípio respeitar o ser humano como ser social, ao

estimular e valorizar a produção horizontal do consenso coletivo e a responsabilização do indivíduo e da comunidade pelo conflito e pela solução deste, a importar em uma leitura final no próprio questionamento da função judicial. É preciso, portanto, de coragem para abraçá-la e de desprendimento para implementá-la.

Filosoficamente, temos que o sistema tradicional de Justiça Retributiva trabalha com alguns princípios que muitas vezes não possuem significado para a Justiça Restaurativa, tal como a árvore e o rizoma, pois este “é feito de direções móveis, sem início nem fim, mas apenas um meio” (Deleuze e Guatarri, “Rizoma”, “Mil Platôs”), que leva à liberação do pensamento, no qual a HORIZONTALIDADE tece uma teia de significados e uma rede de relações, abrindo inéditas oportunidades de reflexão e, conseqüentemente, de soluções e escolhas.

A prática restaurativa surge como a possibilidade de resgate da capacidade verdadeiramente humana de busca do outro como ser coletivo e como fonte de resolução de controvérsia, seja ela familiar, social ou institucional.

Cuida-se do resgate da própria HUMANIDADE e de sua interconectividade com a essência da vida em sociedade, das emoções e do meio que nos cerca, por meio de uma rede rizomática na qual não há prevalência de valores, considerações ou pensamentos, em que todas as falas, propostas, sugestões, afirmações integram uma multiplicidade de ideias, conexas, sem hierarquia ou centralização.

A Justiça Restaurativa, portanto, implica no percurso de um caminho dialógico e consensual para além dos atuais paradigmas da retribuição, na busca incessante da própria libertação do pensamento.

Desta feita, temos que a aplicação de práticas restaurativas por ocasião do desencarceramento do condenado pode significar a compreensão e responsabilização da vítima e do ofensor, em um movimento de superação do conflito, no qual se estimula a participação da comunidade local no processo de reintegração na sociedade, de forma a que ocorra um comprometimento da rede pública e privada, para que o egresso consiga se reestruturar, prevenindo a reincidência. ❖

O Estado Intervém para Quem?

Allen dos Santos Pinto da Silva Filho

Aluno do Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes. Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: A Cide é uma forma do Estado intervir no mercado para manter a primazia dos princípios elencados no artigo 170, da Constituição de 1988. No entanto, apesar de legítima, a intervenção nem sempre atinge sua finalidade prática, visto o desvirtuamento que alguns agentes públicos impõem para instituir a Cide.

PALAVRAS-CHAVES: Brasil. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Cide. Desenvolvimento. Constituição. Livre iniciativa. Limitação constitucional.

ABSTRACT: Cide is a way for the State to intervene in the market to maintain the primacy of the principles listed in Article 170 of the 1988 Constitution. However, although legitimate, intervention does not always reach its practical objective, given the distortion that some public agents impose to establish Cide.

KEYWORDS: Brazil. Contribution of Intervention in the Economic Domain. Cide. Development. Constitution. Free Initiative. Constitutional limitation.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, promulgada em 1988, prevê uma série de princípios, bem como é fundada na valorização da livre iniciativa, sendo assegurado o direito do livre exercício de qualquer atividade econômica desde que obedecido as normas legais.

Esta livre iniciativa deve ser regulada pelo Estado para evitar abusos no exercício da atividade econômica desenvolvida pelo empresário. Para tanto, o Estado se utiliza da contribuição social, de intervenção no domínio econômico, artigo 149, CF, de forma instrumental para atender a uma finalidade predeterminada, qual seja a intervenção da União na economia do país, na forma regulamentar, assim, evitando abuso à livre iniciativa.

O Brasil vive uma das suas piores crises políticas. A Operação Lava Jato vem demonstrando a fragilidade de algumas instituições estatais. No entanto, como dizem os religiosos, das coisas ruins temos que extrair o melhor.

Em recente depoimento, o Sr. Marcelo Oderbrecht demonstrou como funciona o artigo 149, 170 e 173, da Constituição Federal, ao pleitear ao Ministro da Fazenda o retorno da Cide-combustível.

Aqui se pretende esmiuçar como esse trecho da delação do empresário demonstra como a positividade constitucional tem a função de propor um programa racional e um plano de desenvolvimento da sociedade, enquanto vincula os órgãos executores na função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A população brasileira, sufocada pela rigidez da ditadura militar iniciada em 31 de março de 1964, sofreu ainda mais com o Ato Institucional nº 5, instituído em função da negativa da Câmara dos Deputados do pleito de licenciamento do Deputado Márcio Emanuel Moreira Alves, para que fosse julgado pelo discurso proferido no Congresso no início de 1968, no qual estimulava o boicote ao militarismo¹:

“ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968.

São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências.”²

Com esta norma em vigor e diante de tamanha brutalidade nos direitos civis, a população brasileira se organiza em protestos, inclusive, incitados por políticos através dos seus discursos no Congresso³.

Diante disso, resta claro que o AI-5 foi a norma fundamental para que a população, ou a quem interessava, fortalecesse a disposição em acabar com a ditadura militar.

¹ Documentário “Discurso de Marcio Emmanuel Moreira Alves – 1968”.

² Ementa do Ato Institucional nº 5.

³ Dramatização do discurso do Dep. Mario Covas no dia 12.12.1968, às vésperas do AI-5.

Desse modo, após uma tentativa frustrada em 1984, me valendo da expressão de Kelsen, onde a primeira Constituição histórica deriva de revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nessa ordem, mas inaugura uma nova⁴, e que o Brasil estava sob a égide do AI-5, em outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federativa pelos:

“representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias(...)”⁵

1.1. A Constituição dirigente

No ímpeto de direcionar a sociedade ao desenvolvimento, no Capítulo I, do Título VII, a Ordem e Econômica Financeira, o constituinte estabeleceu princípios que visam a harmonia entre o empresário, mercado e consumidor:

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento

⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

⁵ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Tais princípios, nos moldes das Constituições do México e Weimar, se consubstanciam no cunho social que permeia a Constituição de 1988, que, diante da falência da ditadura militar, se inspirou no movimento de que deve o Poder Público intervir no seio da coletividade para, mediante ação positiva, promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, todos os direitos previstos em sede constitucional⁶:

Art. 171. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri., Revista de informação legislativa : v. 43, n. 169 (jan./mar. 2006). p. 104.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) diferenciada por produto ou uso; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - os recursos arrecadados serão destinados: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser

feitos por embarcações estrangeiras. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

Para tanto, a União ganha poderes constitucionais para intervir no mercado, quando a atividade econômica sobrepujar os princípios trazidos na nova norma constitucional, quais sejam, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente e demais incisos contidos no artigo 170, da Constituição Federal.

Dessa forma, estando o Estado diante de um abuso econômico ou alguma norma jurídica que infrinja os supracitados princípios, deve intervir normatizando de forma a regulamentar a situação oposta aos preceitos constitucionais, nesse sentido, o trecho do voto do jurista Eros Grau, enquanto Ministro do STF:

“A realidade nacional evidencia que nosos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora- vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, defini os objetivos do Brasil (porque o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) – vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigo-

roso, capaz de assegurar a todos a existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.”⁷

Nesse sentido, o constituinte fez a previsão da contribuição social, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

⁷ Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 92.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 149 - A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Logo, a contribuição é o método do Estado (União) intervir no mercado com fito de controlar eventual desequilíbrio dos princípios previsto no artigo 170, da Constituição Federal.

Considerando que “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”⁸, bem como que na sua última colaboração premiada, o Sr. Marcelo Odebrecht ter mencionado a Cide-combustível, passaremos a sua análise como exemplo de intervenção do Estado na atividade econômica.

2. A INTERVENÇÃO ESTATAL QUE PREJUDICA A LIVRE INICIATIVA

No Brasil, a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito trouxe consigo uma grande dificuldade: conciliar a liberdade econômica e de iniciativa com a possibilidade de interferência dos entes públicos em esferas antes pertencentes à iniciativa privada.⁹

A Lei nº 10.336/2001, instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível - Cide-combustível - com fito de assegurar:

⁸ Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 91.

⁹ BASSO, Maria Elisa. **As contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para concretização de suas finalidades**. Disponível em < www3.puers.br/puers/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/...1/maria_elisa.pdf >

“I – pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; II – financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e III – financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.”¹⁰

Segundo a Confederação Nacional de Transporte (CNT), de 2002 e 2012, a Cide arrecadou R\$ 76 bilhões, dos quais R\$ 37,6 bilhões foram investidos em infraestrutura de transporte, e desse total arrecadado, 20% dos recursos são desvinculados, de acordo com o instrumento Desvinculação de Receitas da União (DRU), 29% são destinados aos estados e municípios e 51% são investidos conforme determina a lei¹¹.

Pois bem, considerando tais dados, não resta dúvida quanto a aparência que a Cide-combustível obedece a norma constitucional no que tange sua finalidade, no entanto, demonstra-se que durante alguns anos o Governo desvirtuou a Cide-combustível.

Cabe lembrar que, no último debate antes das eleições presidenciais de 2002, o então candidato Anthony Garotinho perguntou a opinião do candidato Lula sobre “a Cide”, sem explicações adicionais. Desprevenido, o petista começou a esboçar uma resposta tratando da sigla como se fosse referente a um órgão.¹²

Infelizmente, tal desconhecimento não demorou muito para se transformar em conhecimento.

O Governo brasileiro constatou que tinha nas mãos uma poderosa ferramenta para intervir no mercado na hora e na forma que fosse conveniente e com a força impositiva de um tributo, nos termos do julgamento do STF¹³.

Passada a eleição, Lula teve um intensivo sobre a Cide-combustível e instituiu o Decreto nº 6.683 em dezembro de 2008, no qual estabeleceu que:

“§ 1º Para os efeitos do caput, a produção residual de gasolina ou diesel, a partir de nafta petroquímica¹⁴ importada ou adquirida no mercado interno por centrais petroquímicas, não caracteriza destinação para formulação desses combustíveis.”

¹⁰ Artigo 1º, §1º, I, II e III, da Lei nº 10.336/2001.

¹¹ Cide. Disponível em: <<https://goo.gl/16YagF>>. Acesso 15 abril 2017.

¹² Governo desvirtua uso da Cide e prejudica etanol. Disponível em: <<https://goo.gl/7wlnNU>>. Acesso 15 abril 2017.

¹³ Recurso Extraordinário n. 146.733-9/SP

¹⁴ Explica-se que nafta petroquímica é um derivado de petróleo utilizado principalmente como matéria-prima da indústria petroquímica, inclusive para produção de gasolina.

Até então, a Cide-combustível continuava com sua finalidade constitucional, mas estava desvirtuada na sua essência, porque visava garantir benefícios de individuais ou de determinado conglomerado empresarial, contrariando a norma constitucional, conforme foi declarado pelo Marcelo Odebrecht e Alexandrino Alencar nas suas colaborações premiadas, ambos ex-executivos da sociedade empresária Odebrecht.

Portanto, fica cada vez mais evidente como a finalidade da Cide-combustível foi se perdendo durante os anos, ao ponto de chegar a alíquota zero em 2012 (gráfico abaixo elaborado pelo Sindicom/ANP), como parte do pacote que contribuiu para aquisição de automóvel pela população.

Desse forma, a Cide-combustível não vem obedecendo ao princípio da legalidade na aceção de preservação da segurança, mas, tão somente, na forma positiva, ou seja, cumpre a lei no papel, mas, na prática, é desvirtuada em prejuízo dos princípios previstos no artigo 170, da Constituição Federal.

3. CONCLUSÃO

Como resta demonstrado, a Constituição Federal, dentro do seu programa, estabeleceu normas que visam a perfeita harmonia na atividade econômica. No entanto, o Brasil vem sofrendo com a má ocupação dos cargos públicos, o que ocasiona a aplicação desvirtuada das normas constitucionais e, por conseguinte, regulação do mercado não para garantir a livre iniciativa, e, sim, o monopólio do mercado.

Com base no texto constitucional, identificamos as características fundamentais das contribuições de intervenção no domínio econômico, a finalidade de sua instituição e a existência de um grupo ou setor identificado com a intervenção e a arrecadação destinada a custear ou ser a própria intervenção.

Nas palavras de Marco Aurélio Greco¹⁵, as contribuições de intervenção no domínio econômico são figuras voltadas para o futuro: o legislador, ao instituí-las, quer modificar uma realidade. Por meio de sua instituição, busca-se alcançar determinados objetivos.

Com isso, apesar de a Constituição ter um relevo prático no modelo da constituição de um programa, de nada adiantará, ou contribuirá para o desenvolvimento almejado à época da sua promulgação, em 1988. Enquanto a gestão pública não seguir uma moralidade administrativa no exercício da sua função, visto que a lei continuará a ser utilizada para intervir na economia em benefício individual e não como forma de contribuir no desen-

¹⁵ GRECO, Marco Aurélio. Contribuições: uma figura “sui generis”, p. 30.

volvimento econômico, tornando ainda mais *sui generis* a contribuição de intervenção no domínio econômico - Cide. ❖

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 874, p. 70-100, ago. 2008.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://goo.gl/37QxG7>>. Acesso em 17 abril 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/044zZC>>. Acesso em 15 abril 2017.

_____. Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. Diário Oficial da União, de 20.12.2001. Disponível em: <<https://goo.gl/gHl7EN>>. Acesso em 15 abril 2017.

_____. Decreto nº 6.683, de 9 de dezembro de 2008. Diário Oficial da União, 10.12.2008. Disponível em: <<https://goo.gl/kdLK4b>>. Acesso 15 abril 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

CASTRO, Carlos José Figueirêdo. **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (Cide)**. Disponível em: <<https://goo.gl/4PzzvI>>. Acesso 15 de abril 2017.

Cide - TECNOLOGIA. Disponível em: <<https://goo.gl/kDw4F1>>. Acesso 15 abril 2017.

Cide. Disponível em: <<https://goo.gl/j3Vy9W>>. Acesso 15 abril 2017.

Cide-combustíveis (Contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre as operações realizadas com combustíveis). Subsecretaria de Tributação e Contencioso. Disponível em: <<https://goo.gl/wSdpsD>>. Acesso 15 abril 2017.

Documentário “DISCURSO DE MARCIO EMMANUEL MOREIRA ALVES - 1968”. Disponível em: <<https://goo.gl/k01j5K>>. Acesso em 17 abril 2017.

Documentário “DRAMATIZAÇÃO DO DISCURSO DO DEP. MARIO COVAS NO DIA 12.12.1968, ÀS VÉSPERAS DO AI-5”. Disponível em: <<https://goo.gl/IWRMPt>>. Acesso em 17 abril 2017.

Governo brasileiro não avalia no momento elevar Cide para gasolina. Reuters. Disponível em: <<https://goo.gl/yVGHne>>. Acesso 15 abril 2017.

GRECO, Marco Aurelio. **Contribuições (uma figura *sui generis*)**. São Paulo: Dialética, 2000.

Lava Jato: Marcelo Odebrecht usava rede de influências para favorecer setor de etanol. Disponível em: <<https://goo.gl/1yaHNe>>. Acesso 15 abril 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 7-36, out.-dez. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Talita. **TCU e projetos centralizados pelo governo atrapalham, diz Odebrecht**. Jornal O Valor Econômico. Disponível em: <<https://goo.gl/R0T2cY>>. Acesso 15 abril 2017.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 461 p. (Série Concursos)

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917 Disponível em: <<https://goo.gl/BLfYW3>>. Acesso 17 abril 2017.

O problema do etanol se chama Cide, diz CEO da Odebrecht. Disponível em: <<https://goo.gl/VyKSmf>>. Acesso 15 abril 2017.

O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais. Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional – STN. Disponível em: <<https://goo.gl/92uey0>>. Acesso 15 abril 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

O Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho

João Marcos de Castello Branco
Fantinato

Juiz de Direito do TJRJ

RESUMO: A Cruz Vermelha foi inicialmente obra de um só homem, Henry Dunant. Concebeu-a diante da sangrenta batalha de Solferino, pela unificação da Itália. A situação dos milhares de feridos sem socorro exigia uma organização internacional neutra que os assistisse. Dita instituição nasceu com a 1ª Conferência de Genebra, de 1863, e passou não somente a cuidar dos feridos de guerra como também a promover o desenvolvimento do direito humanitário. Com a 1ª e 2ª Guerras Mundiais, proliferou-se por vários países do mundo. Notórias são as Convenções de Genebra do início do século XX, consolidando as linhas mestras do direito internacional humanitário, que procurou amenizar a violência dos conflitos armados. Sua estrutura é descentralizada, havendo uma organização autônoma em cada país. A coerência e a unidade de sua atuação, contudo, são garantidas pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha, com sede em Genebra, que define seus princípios fundamentais. Dentre esses princípios, destaca-se o da “humanidade”, pois resume e orienta os demais.

PALAVRAS-CHAVE: História da Cruz Vermelha. Direito da guerra. Direito Internacional Humanitário. Organizações internacionais. Conferências de Genebra.

ABSTRACT: The Red Cross was originally created by a single man, Henry Dunant. He has conceived it during the cruel battle of Solferino, for the unification of Italy. The situation of thousands of helpless wounded demanded a neutral international organization to assist them. Such an organization was born in the 1st Conference of Geneva in 1863 and, thereafter, has begun

not only to take care of the war casualties but also to develop the humanitarian law. With World War I and II, it has spread out all over the world. The Conferences of Geneva in the beginning of the XX century became notorious for creating the main headlines of humanitarian law, which helped to control the violence of armed conflicts. Its structure is decentralized and every country has its own independent organization. Nevertheless, its unity and coherence are granted by the International Red Cross Comity in Geneva, which defines its fundamental principles. Among them, the principle of “humanity” summarizes and orients the others.

KEYWORDS: History of the Red Cross, War law, International Humanitarian Law, International organizations. Conferences of Geneva.

RÉSUMÉ: La Croix Rouge fut d’abord l’oeuvre d’un seul homme, Henry Dunant. Il l’a conçue devant la sanglante bataille de Solféрино, pour l’unification de l’Italie. La situation des milliers de blessés sans secours exigeait une organisation neutre pour les assister. La Croix Rouge naquit donc à la Conférence de Genève de 1863 et passerait à s’occuper non seulement des blessés de guerre, mais aussi du développement du droit humanitaire. Avec la 1^{ère} et 2^{ème} Guerres Mondiales, elle se proliféra dans plusieurs pays du monde. Les Conférences de Genève du début du siècle XX consolidèrent les principales lignes du droit international humanitaire, visant à améniser la violence des conflits armés. Sa structure est décentralisée, existant une organisation autonome dans chaque pays. La coérence et l’unité de son actuation, cependant, sont garanties par le Comité International de la Croix Rouge, ayant siège à Genève, qui définit ses principes fondamentaux. Parmi eux, le principe de « l’humanité » se d’ détache, car il résume et oriente les autres.

MOTS-CLÉ: Histoire de la Croix Rouge, Droit de la guerre, Droit International Humanitaire, Organisations internationales, Conférences de Genève.

1. INTRODUÇÃO

A Cruz Vermelha foi criada a partir da ideia de um homem, Henry Dunant, em decorrência da experiência traumática que teve ao testemunhar a batalha de Solferino, no norte da Itália, entre os exércitos do império austríaco e os aliados franco-piemonteses. A quantidade de feridos desassistidos após o combate o levou a conceber a criação de uma entidade que

visasse justamente a prestar auxílio às vítimas de conflitos armados. A ideia se propagou com grande êxito e foi adotada por quase todos os países do mundo. A Cruz Vermelha passou também a se ocupar de outras tarefas em tempos de paz, como a prevenção de epidemias e a assistência a vítimas de catástrofes naturais. A estrutura montada para tempos de guerra se mostrou perfeitamente apta aos tempos de paz, evitando desperdícios logísticos.

Outra tarefa a que a Cruz Vermelha se dedicou desde a primeira hora foi o desenvolvimento do direito humanitário. Afinal, tão importante quanto cuidar dos feridos é tentar evitar o seu sofrimento. Imbuída desse espírito, a Cruz Vermelha têm atuado como grande promotora da implementação de tratados internacionais para regulamentação do direito da guerra, dos cuidados com os feridos, com os prisioneiros e com a população civil vítima de tais conflitos. São famosas as Convenções de Genebra a esse respeito, todas entabuladas sob os auspícios da Cruz Vermelha.

A rigor, fica difícil relatar todas as atuações da Cruz Vermelha pelo mundo. Preferimos aqui, em vez disso, narrar a história da Cruz Vermelha, descrever sua estrutura e, sobretudo, expor os princípios jurídicos humanitários que norteiam sua atividade. Tais princípios constituem sua verdadeira alma, que informam sua estrutura e definem sua atuação. Eles foram sendo concebidos ao longo dos mais de cento e cinquenta anos da sua existência. Obra de vários juristas, é certo, mas que teve um embrião matricial na pessoa de Henry Dunant e de sua luta, a partir do que assistiu na Batalha de Solferino.

2. HENRY DUNANT E A BATALHA DE SOLFERINO

Algumas correntes da História tendem a subestimar a influência do indivíduo no curso dos acontecimentos. A História decorreria assim mais de fatores coletivos ou anônimos, como a luta de classes etc. e não da atuação de pessoas destacadas. Mas o caso da história da Cruz Vermelha parece uma exceção a tais conclusões. De fato, essa organização supranacional de dimensões planetárias tem sua origem indiscutível no esforço de um homem, o qual, durante toda sua vida, lutou pela construção de uma entidade que prestasse socorros às vítimas dos conflitos armados. Sem a atuação individual de Henry Dunant nada disso existiria. Por esse motivo, vale a pena relatar aqui a sua epopeia, da qual resultou a criação da Cruz Vermelha, assim como a 1ª Convenção de Genebra, com o consequente desenvolvimento do direito humanitário.

Jean Henry Dunant nasceu em Genebra em 1828, no seio de uma próspera família protestante. Foi criado por uma mãe atenciosa, que o educou nos valores da caridade e do auxílio ao próximo. Desde cedo, demonstrou esse espírito ao visitar os presos de sua cidade e prestar-lhes assistência¹. Mais tarde, já como empresário, enfrentou dificuldades nos seus negócios com moinhos na Argélia francesa. Decidiu tentar um encontro pessoal com o imperador francês Napoleão III, a fim de obter a concessão do fornecimento de água para seus estabelecimentos. Tomando conhecimento de que Napoleão III estava na Lombardia, para lá se dirigiu.

Era 24 de junho de 1859 e Napoleão III se tinha aliado ao rei Vittorio Emanuele da Sardenha e Piemonte, na guerra pela unificação da Itália travada contra o império austríaco. Da parte da França, havia uma antiga pretensão de compensar a humilhação sofrida pelo tio do imperador (Napoleão I) com a divisão da Europa desenhada no Congresso de Viena de 1815. Os dois exércitos se confrontaram quase que acidentalmente em Solferino, perto do rio Mincio, que divide a Lombardia do Vêneto. As tropas juntas somavam mais de 300 mil homens, compostas por várias nacionalidades, provenientes dos respectivos domínios imperiais. Após combates que duraram mais de um dia, os aliados franco-piemonteses se sobrepuseram às tropas austríacas, mas deixando por volta de 40.000 mortos ou feridos no campo de batalha (incluindo 3 marechais de campo, 9 generais e 1566 oficiais, dos quais 630 austríacos e 936 franco-piemonteses)². Os feridos do lado franco-piemontês foram de início amontoados no vilarejo próximo de Castiglione, para serem em seguida levados para Brescia e outras cidades lombardas. Em Castiglione, as três igrejas existentes foram improvisadas como hospitais de campanha e chegaram a reunir 9 mil feridos, para serem atendidos por apenas três médicos.

Note-se que estamos numa época de plena revolução industrial, em que o progresso da metalurgia se fazia sentir diretamente no armamento, com a invenção da metralhadora, do projétil para cano em espiral, do fuzil com carregamento por trás e de peças de artilharia de cada vez maior calibre. O resultado desse “progresso” industrial era visível no estrago provocado aos milhares de soldados feridos estendidos em Castiglione. Lamente-se, por outro lado, que o avanço da medicina não acompanhasse, nem de perto, tal escalada mortífera.

1 Antes de conceber a Cruz Vermelha, Henry Dunant fundara a Associação Cristã de Moços de Genebra, entidade assistencial criada em Londres por George Williams em 1844. Em 1855, Dunant promoveu o nascimento da União Mundial de Associações Cristãs de Moços, instrumento que converteu a A.C.M. no movimento mundial que é hoje.

2 Tais números são mencionados por Henry Dunant no seu livro “*Un souvenir de Solferino*”, em que compara dita batalha com as de Borodino, Leipsick e de Waterloo, em número de baixas.

Henry Dunant chegou desavisado a esse cenário e imediatamente se colocou a serviço no tratamento dos feridos, improvisando um hospital em Castiglione. O trabalho era inglório e os feridos morriam às centenas a cada instante, não só pela gravidade das feridas, mas também pela total falta de infraestrutura, como médicos, enfermeiras, remédios, gases, leitos, ambulâncias etc. As mulheres de Castiglione se entregaram ao extenuante trabalho voluntário no cuidado dos feridos, lembrando, diante do fato de estarem tratando também de soldados inimigos, que naquele momento trágico eram “*tutti fratelli*”. A comoção de Henry Dunant o levou a empregar todas suas forças físicas e seu dinheiro pessoal na ingrata empreitada, eis que era patente o despreparo do serviço médico das forças armadas francesas, pelo menos para sequelas sanitárias daquelas proporções.

Passados esses momentos tensos, Henry Dunant foi morar em Paris, frequentando as altas rodas da sociedade. A experiência vivida em Solferino lhe rendera a condecoração de São Maurício e São Lázaro em 1860. Suas lembranças, porém, o continuaram atormentando, o tanto que decidiu que algo deveria ser feito para aliviar o sofrimento dos feridos de guerra. Escreveu então, em 1862, um livro relatando o que viu: “*Un souvenir de Solferino*”. O sucesso foi impressionante! O livro retrata com detalhes os sofrimentos individuais de vários feridos, além do esforço seu e das pessoas então envolvidas na tentativa de socorrê-los. Descreve detalhadamente a morte de trágica de vários combatentes no campo de batalha, pessoas pertencentes à sociedade parisiense e vienense, por ex. nobres que tiveram sua cabeça estilhaçada por obuses ou seu maxilar separado da face por um sabre etc. No final da obra, formula a seguinte indagação: “*não seria possível fundar, em tempo de paz, sociedades prestadoras de socorro, compostas por voluntários abnegados altamente qualificados para, em tempo de guerra, prestar assistência aos feridos?*”.

Em decorrência da sua obra, recebeu diversas cartas comovidas felicitando-o, notadamente de monarcas europeus e celebridades, como, por ex. Florence Nightingale, famosa pioneira da enfermagem. Tal repercussão o fez ser procurado por um velho amigo seu, Gustave Moynier, advogado que presidia a Sociedade de Beneficência de Genebra. Juntos, esboçaram o projeto daquela que seria uma nova organização para os fins vislumbrados por Henry Dunant em seu livro. Tal entidade seria composta por sociedades nacionais, às quais caberia recrutar os colaboradores em tempo de paz. A Sociedade de Beneficência se reuniu então em 9 de fevereiro de 1863, no in-

tuito de levar adiante a ideia de ultrapassar os limites de Genebra, propondo a criação de sociedades nacionais de socorro permanente aos feridos em ação de guerra. Estavam presentes, além de Henry Dunant e Gustave Moynier, o Dr. Louis Appia³, o Dr. Theodore Maunoir e o respeitado General G.H. Dufour. Formou-se naquele dia o Comitê dos Cinco, verdadeiros fundadores da Cruz Vermelha, embrião do futuro Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Das atas do Comitê constam as diretrizes da nova organização, destacando a necessidade de enviar enfermeiras aos campos de batalha e de se obter transporte, hospitais e tratamento adequados para os feridos. Saiu daí também a ideia de reunir em Genebra especialistas de diferentes países do mundo para discutir a questão. Tal encontro, conhecido como a 1ª Conferência de Genebra, ocorreu em 23 de outubro de 1863 e marca o nascimento da Cruz Vermelha. Para promover dito encontro, Henry Dunant viajou por vários países da Europa, angariando apoio à nova organização. Compareceram então trinta e um delegados representando dezesseis países. Moynier presidiu os debates, onde se adotou a recomendação de que a organização seria neutra, assim como neutras seriam as ambulâncias, os médicos e seus assistentes. Como estes eram frequentemente alvejados em campo de batalha enquanto socorriam os feridos, estipulou-se que usariam um emblema identificador, representado pela cruz vermelha em fundo branco (numa evocação à neutralidade suíça, que, àquela altura, já era respeitada por todos os países)⁴.

Nascia, portanto, a Cruz Vermelha. Faltava, contudo, um apoio institucional de maior envergadura; nesse sentido, o Comitê dos Cinco fez gestões junto ao governo suíço para convocar uma ampla conferência diplomática, a qual se reuniu em Genebra em 8 de agosto de 1864. Deste encontro, gerou-se a 1ª Convenção de Genebra, tratado que é o verdadeiro marco histórico do direito humanitário⁵. Compareceram vinte e quatro delegados dos dezesseis países que aceitaram o convite. Os Estados Unidos foram convidados por carta enviada por Henry Dunant diretamente ao então Presidente Lincoln, que acabara de assinar a abolição da escravatura em seu país. Os EUA, no entanto, acabaram não sendo signatários da referida convenção, por motivos

3 Médico inventor de um novo tipo de maca para transporte de feridos.

4 Cite-se aqui, por curiosidade, a sugestão (não acolhida!) do delegado inglês Twining de suprimir os feridos terminais de forma humanitária, após estes fazerem suas últimas orações, a fim de que não morressem com a mente febril e uma blasfêmia nos lábios, como o menciona Pam Brown em sua obra "Henry Dunant, o fundador da Cruz Vermelha. Sua compaixão salvou milhares de vidas", Exley Publications Ltd. 1988.

5 Não confundir a 1ª Conferência de Genebra de 23/10/1863, que criou a Cruz Vermelha e reuniu especialistas em questões sanitárias e militares, com a subsequente 1ª Convenção de Genebra, de 8 a 22 de agosto de 1864, tratado esse realizado por diplomatas que inaugurou o direito humanitário.

de política interna. Mas enviaram dois observadores. Portugal foi representado por José Antônio Marques, médico militar de prestígio, que viria a se tornar o 1º presidente da Cruz Vermelha Portuguesa, criado pouco depois.

O documento final continha dez artigos e garantia a neutralidade das ambulâncias, hospitais e pessoal de saúde, assim como dos médicos, enfermeiras e civis que estivessem prestando socorro aos feridos de guerra. Os soldados inimigos feridos adquiriam também essa neutralidade, comprometendo-se as potências beligerantes a lhes prestar o devido socorro, como se nacionais fossem⁶ (vingou aqui o sentimento das voluntárias socorristas de Castiglione de que eram “*tutti fratelli*!”). Adotou-se também o emblema identificador da cruz vermelha sobre fundo branco, como símbolo do socorro neutro. Naquele mesmo ano, 10 países participantes da 1ª Convenção de Genebra a ratificaram: em 1867, já eram 21 e, em 1910, quando faleceu Dunant, eram mais de 40, sendo hoje 186.

3. A CRUZ VERMELHA E O DIREITO HUMANITÁRIO

A Convenção de Genebra de 1864 foi o primeiro tratado internacional firmado não para travar alianças de guerra, mas para evitar os sofrimentos decorrentes dos conflitos armados. Até então, o que havia eram acordos circunstanciais e normalmente bilaterais entre as partes envolvidas num conflito, a fim de regular questões transitórias, segundo fórmulas de estrita reciprocidade. Geralmente tratavam de capitulações militares, válidas somente durante o conflito, determinando, por ex. o comportamento das tropas para com os feridos e prisioneiros inimigos. A partir de então, passamos a ter um tratado de direito humanitário universal, aplicável de forma duradoura a todas as circunstâncias.

Nasce então o direito internacional humanitário. O direito humanitário é um ramo do direito internacional público que se inspira no sentimento de humanidade e que visa à proteção da pessoa. Por sinal, o sentimento humanitário com relação às vítimas de conflitos armados sempre existiu, embora não positivado dessa forma num tratado internacional⁷.

Nas palavras de Jean Pictet⁸, “*le droit humanitaire comprend, d’une part, le droit de la guerre, principalement formé des Conventions de la*

⁶ Tal norma de direito internacional humanitário invoca o sentimento manifestado pelas socorristas voluntárias de Castiglione de que os feridos eram “*tutti fratelli*”, conforme vem retratado por Henry Dunant em “*Un souvenir de Solférino*”.

⁷ Ações dessa natureza são encontradas como no gesto do chefe muçulmano Saladino, ao retomar a cidade de Jerusalém dos cruzados, libertou os defensores derrotados e cuidou dos feridos sem qualquer distinção.

⁸ Pictet, Jean, “*Les principes de la Croix Rouge*”, Comité International de la Croix Rouge, Genève, 1955.

Haye et de Genève et, de l'autre part, les règles relatives à la sauvegarde des droits de l'homme, édictées sous les auspices de la Société des Nations puis de l'Organisation des Nations Unies". Dentro do direito da guerra, cumpre distinguir as normas das Convenções de Genebra, que dizem respeito ao tratamento humanitário dos prisioneiros e da população civil, e as normas das Convenções de Haia, que regulam mais propriamente os meios de condução das operações militares, de modo a que se restrinjam a objetivos militares.

O documento assinado em Genebra garantia a neutralidade dos serviços de saúde empregados na guerra, incluindo ambulâncias, hospitais, médicos, enfermeiras etc. Os países em guerra se comprometiam a prestar assistência médica aos soldados inimigos capturados feridos. Além do mais, era adotado o emblema da cruz vermelha sobre fundo branco para identificar os serviços médicos, que gozavam de neutralidade. Note-se que o símbolo da cruz vermelha sobre fundo branco não representa uma marca privativa do movimento Internacional da Cruz Vermelha, mas é adotado universalmente para identificar os serviços médicos, além de hospitais, embalagens de remédios etc. O tratado representava o implemento das ideias de Henry Dunant transcritas no livro "*Un souvenir de Solferino*" e ganhava o nome de "*Convenção para o melhoramento do destino dos soldados feridos nos exércitos em campanha*".

Mais tarde, em Haia, em 1899, é assinada nova convenção que adapta à guerra marítima os princípios da Convenção de Genebra de 1864. As disposições do Tratado de Haia são em seguida melhoradas e completadas em nova convenção, firmada naquela cidade holandesa em 1906 e 1907. Seu texto traz a definição dos combatentes que têm direito ao estatuto de prisioneiro de guerra em caso de captura, beneficiando-os assim de um tratamento humanitário mínimo durante o cativeiro. A extensão do direito humanitário à guerra naval decorreu muito da comoção internacional com o naufrágio da belonave "*Re d'Italia*", afundado pela marinha austríaca na batalha de Lissa.

Com a 1ª Grande Guerra, o mundo assiste alarmado a um conflito de proporções devastadoras. As Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha existentes atuaram em larga escala, cada qual do seu lado. Terminado o conflito, sentiu-se a necessidade de maior coordenação dos esforços socorristas e verificou-se também o desperdício que representaria a desmobilização de todo o aparato montado em razão da guerra. Disso nasceu a Liga das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, em 1919. Ademais, as epidemias que se

alastraram depois do conflito, como a gripe espanhola, revelaram também a utilidade de empregar a estrutura da Cruz Vermelha em tempos de paz.

Em 1929 é assinada uma nova Convenção de Genebra, reafirmando e complementando os princípios dos tratados anteriores e dando especial ênfase ao tratamento dos prisioneiros de guerra e não apenas os feridos. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha gestionou para que fossem incluídas normas de proteção extensivas também à população civil, maiores vítimas que foram da 1ª Guerra Mundial, por causa do aperfeiçoamento da artilharia. Seus esforços, contudo, foram inúteis e não sensibilizaram as grandes potências signatárias. Em decorrência, na 2ª Grande Guerra que se seguiu, de maiores proporções ainda, o mundo careceu de um instrumento jurídico para aliviar o sofrimento das vítimas dos campos de concentração, dos bombardeios-tapete, das bombas atômicas e outras tragédias de que temos conhecimento.

Em seguida, em 1949, são então firmadas mais quatro Convenções de Genebra, ainda hoje em vigor. Com seus mais de 400 artigos, constituem o maior monumento jurídico de direito humanitário e resultam diretamente dos esforços do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (doravante CICV). A 1ª Convenção trata de melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha. Repete e complementa assim matérias tratadas anteriormente, mas com maior detalhamento. Cria normas mais precisas sobre os estabelecimentos sanitários, o pessoal de saúde, o material envolvido, transportes etc. Atribui ainda ao CICV várias prerrogativas, como a autorização aos seus delegados para visitar os locais em que se encontram prisioneiros de guerra, sobretudo os locais de confinamento, detenção e trabalho, com acesso a todos aqueles utilizados pelos prisioneiros.

A 2ª Convenção de Genebra, de 1949, trata da situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar. Revê assim a Convenção de Haia, de 1907, com proteção especial aos navios hospitalares.

A 3ª Convenção revê a Convenção de Genebra de 1929, dando novo regulamento aos prisioneiros de guerra. Estabelece normas que conferem proteção geral aos cativos, garantindo-lhes tratamento humanitário relativamente a alojamento, alimentação e vestuário, além de higiene e cuidados médicos. Garante-lhes também liberdade de culto, além da prática de atividades intelectuais e físicas. Permite que a potência detentora empregue prisioneiros em trabalhos, desde que leve em conta idade, sexo, aptidão e graduação e que respeite os oficiais. Aos prisioneiros é facultado nomear um representante

para dialogar com a potência detentora. Sua correspondência por correio deve ser autorizada. Importante frisar que os prisioneiros deverão ser documentados, facilitando assim o trabalho da Agência Central de Pesquisas da Cruz Vermelha⁹, órgão encarregado de encontrar familiares desaparecidos no conflito. Note-se que aos espíões não se aplicam as regras aqui dispostas, mas deve ser-lhes garantido um tratamento humanitário mínimo. Cite-se ainda o artigo 126, que confere prerrogativas ao CICV.

A 4ª Convenção trata da proteção às pessoas civis em tempo de guerra. A matéria finalmente sensibilizou as grandes potências. E já era tempo! Princípio nodal do direito da guerra veda aos beligerantes causarem ao seu adversário qualquer mal desproporcional ao objetivo a ser atingido. Assim, passou-se a condenar os ataques às populações, bens e instalações civis, devendo as agressões se restringir a objetivos militares. A tomada de reféns e as execuções sem prévio julgamento também se tronaram expressamente ilícitas, assim como as torturas, mutilações, suplícios etc. Os territórios ocupados, com as respectivas populações, passaram então a gozar de proteção legal, inclusive os estrangeiros que aí se encontrarem. Até os espíões e sabotadores passaram a ter direito a tratamento humanitário e a julgamento conforme a Convenção (art. 5º).

A 4ª Convenção, entretanto, somente protege os civis contra os abusos de poder por parte da autoridade ocupante, não prevendo nenhuma restrição contra o emprego de armas desproporcionais. Ressalte-se que, em 1977, o panorama mundial tinha mudado, surgindo novos tipos de conflito, sobretudo com as guerras de libertação colonial, em que, de um lado, foram empregadas táticas de guerrilha e, de outro, armas de incendiárias e bombas de fragmentação. A população civil passou a servir de escudo humano para refúgio dos insurgentes, tornando-a assim ainda mais vulnerável. Fazia-se necessária nova regulamentação jurídica para a situação. Nesse sentido, foram firmados dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949.

O Protocolo I trata da proteção às vítimas dos conflitos armados internacionais. Proíbe o ataque à população e aos bens civis, somente sendo passíveis de ataque os objetivos militares. Os bombardeios maciços (ou bombardeios-tapete, tais como os ocorridos em Dresden no final da 2ª Grande Guerra) ficam então vedados. De igual forma o são os ataques indiscriminados, como aqueles que podem atingir tanto alvos militares quanto civis,

⁹ A Agência Central de Pesquisas tem assento em Genebra e tem a função de obter, registrar e transferir aos seus próximos todas as informações que permitam identificar as vítimas de conflitos armados. Sua criação ocorreu durante a guerra franco-prussiana, após o CICV obter dos beligerantes as listas dos feridos e prisioneiros detidos.

além de ataques a zonas não defendidas ou desmilitarizadas¹⁰. No que toca mais diretamente à população civil, as partes no conflito devem lhe fornecer os socorros necessários ou, se as mesmas não puderem proceder ao próprio abastecimento, devem permitir o seu abastecimento, seja da população nacional ou da do país ocupado. Fica, pois, proibida a fome como arma de guerra, sendo ainda protegido o meio ambiente, eis que necessário ao aprovisionamento da população. A política da “terra arrasada”¹¹, muito usada em tempos antigos, torna-se expressamente ilegal.

Destaque deve ser dado às normas de evacuação das crianças da zona de conflito para um país estrangeiro, a fim de evitar que, sem identificação necessária, se percam de seus pais. Tais normas vieram em auxílio ao serviço prestado pela Agência Central de Pesquisas da Cruz Vermelha na procura de desaparecidos. Cite-se ainda que os jornalistas também foram contemplados com normas protetoras. Estes poderão obter junto às autoridades do país onde estão trabalhando documento de identidade, estipulando que o respectivo portador tem o direito de executar o seu trabalho e ser tratado como uma pessoa civil, no sentido das Convenções de Genebra.

Firmou-se também na mesma ocasião o Protocolo II, relativo à proteção às vítimas dos conflitos armados não internacionais. Trata-se de uma novidade necessária, dado o problema ocorrido na época da guerra civil espanhola, conflito em que as duas partes beligerantes controlavam, cada qual, durante muito tempo, parte considerável do território e da população da Espanha. Já vigorava o artigo 3^a das Convenções, de 1949, mas era insuficiente. O artigo 1^o do Protocolo define o seu campo de aplicação no caso de conflito entre forças armadas do país em questão e *“forças armadas dissidentes ou grupos organizados que, sob a chefia de um comandante responsável, exercem sobre uma parte do seu território um controlo tal que lhes permite levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo”*.

No mais, quanto ao seu campo de aplicação pessoal (artigo 2^o), o tratado não distingue raça, cor, sexo, língua, religião ou credo, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra

10 Talvez em atenção a essa regra de direito da guerra, hoje em dia os bombardeios pretendem se definir como “cirúrgicos” (restrito a objetivos militares) e o eventual massacre de civis vem justificado como mero “dano colateral”, resultante do emprego doloso de “escudo humano” pelo adversário.

11 “Terra arrasada” se refere ao recurso que um exército dispõe para matar de fome o adversário ao destruir os meios de subsistência agrícolas, industriais ou outros, existentes numa região. Na antiguidade era comum salgar os campos, como o fez Aníbal na segunda guerra púnica, nos arredores de Roma, o agro-latino, causando séculos de sequelas para a agricultura.

situação ou quaisquer outros critérios análogos (chamados de “*distinção de caráter desfavorável*”) a qualquer pessoa afetada por um conflito armado, nos termos do artigo 1º.

O Protocolo II complementa as regras previstas para conflitos não internacionais no artigo 3º das Convenções de 1949, com algumas particularidades. Ele inclui a interdição de ordenar operações em que não haja sobreviventes, além de proibir deslocamento de populações¹², salvo extrema necessidade, como já ocorrido outrora.

Trata-se de incontestável evolução. Faltava, porém, um tratado que contivesse restrições ao uso de armas desproporcionais. O projeto apresentado pelo CICV, que resultou no Protocolo I, não continha esse gênero de dispositivo e, por isso, foram organizadas, sob seus auspícios, duas reuniões com peritos militares, em 1974 e 1976 (em Lucerna e Lugano, respectivamente), permitindo elaborar uma lista de armas específicas. Do trabalho, terminado em 1980, sob o patrocínio das Nações Unidas, resultou um tratado sobre a interdição e limitação de armas. O texto passou então a proibir as seguintes armas: a) armas cujos fragmentos não são localizáveis no corpo humano, impedindo assim a cura dos ferimentos; b) as minas, armadilhas e outros dispositivos (que causaram muitas vítimas no seio da população civil, mesmo muito tempo após a cessação das hostilidades¹³; c) as armas incendiárias (que também causaram enormes danos, tanto aos homens quanto ao meio ambiente). É certo que faltaram ainda muitas armas, como as de pequeno calibre etc., mas o tratado já representa um passo.

Vale ainda citar o Protocolo III, de dezembro de 2005, que acolheu a determinação da 29ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. Esse tratado adota o símbolo do cristal vermelho sobre fundo branco como emblema identificador da organização, ao lado da cruz e do crescente vermelhos.

Fato importante é a contribuição do CICV para a promoção e desenvolvimento do direito internacional humanitário. Ele elabora os textos a serem sufragados nos tratados internacionais, além de zelar para que os mesmos sejam cumpridos pelas partes, eis que faz fiscalizações periódicas. Não possui tal órgão nada que se assemelhe a um “poder de polícia”, prerrogativa comum de entidades de direito interno. Seu poder, entretanto, de-

¹² Exemplo de deslocamento de populações é o dos armênios por parte do império Otomano na 1ª Grande Guerra, pois sua posição na fronteira com a Rússia era considerada temerária, eis que ambos eram cristãos.

¹³ Os casos de Angola e da Bósnia são exemplos de minas que até hoje, muito após o término do conflito, ainda fazem vítimas entre a população civil.

corrente da sua reputação moral, não é desprezível, talvez até proporcional à sua falta de força física.

4. A QUESTÃO DOS EMBLEMAS

A ideia de usar uma identificação para as pessoas envolvidas no serviço médico e sanitário das forças armadas se revela genial e surgiu logo em 1863, na reunião do Comitê dos cinco fundadores da Cruz Vermelha, entre eles Henry Dunant. Até então, o símbolo identificador do pessoal médico e sanitário em batalha variava de país para país e geralmente não era conhecido pelos combatentes. Resultado disso é que os socorristas eram frequentemente alvejados em campo de batalha, enquanto tentavam recolher os feridos, independentemente da deslealdade do atirador, pois eram tomados por combatentes.

O símbolo da Cruz Vermelha sobre fundo branco foi aprovado pelos signatários da 1ª Convenção de Genebra, de 1864. Tratava-se de um emblema de fácil reconhecimento à distância. Representava também a bandeira da Suíça com as cores invertidas, o que não enfrentou a oposição de nenhuma das partes contratantes, pois a neutralidade da Suíça era reconhecida desde o Renascimento e gozava de grande autoridade moral na Europa¹⁴. É claro que, da parte de Henry Dunant, havia uma influência da concepção de caridade própria do cristianismo, dada a sua profunda educação religiosa. Mas naquela 1ª Convenção de Genebra só havia países cristãos à mesa, e isso não foi óbice.

Ficou assim acordado que o emblema da cruz vermelha identificaria universalmente, no campo de batalha, as ambulâncias e o pessoal médico, gozando estes de neutralidade. A violação a essa neutralidade consistiria em grave ofensa ao direito internacional, sendo ainda um perigo para a própria noção de proteção que o referido signo importa. Aliás, o disfarce, como aquele ocorrido, por ex., no episódio do “cavalo de Troia”, hoje provavelmente não prosperaria, pois existe maior interesse geral no emprego correto da identificação de neutralidade.

Na guerra russo-turca de 1876-1878, travada nos Balcãs pela libertação da Bulgária, o pessoal médico do exército otomano passou a usar, unilateralmente, o símbolo do crescente vermelho em fundo branco para a mesma finalidade. Sua alegação era irreprensível, pois se tratava de um país muçul-

¹⁴ A neutralidade suíça tem origem após sua derrota na batalha de Marignano (1515), travada na Lombardia contra as tropas francesas, na qual seu exército perdeu 14 mil soldados. No Congresso de Viena de 1815 tal neutralidade foi ratificada pelas potências vencedoras de Napoleão.

mano em guerra contra um país cristão. Mas o problema criado ameaçou a unicidade do símbolo identificador. O crescente vermelho foi então também aceito provisoriamente, até porque o Império Otomano tinha proporções territoriais consideráveis e boa parte do mundo era muçulmana. Afinal, a prioridade era o desenvolvimento do movimento universal de caridade.

Após a 1ª Grande Guerra, na Convenção de Genebra de 1929, o império persa passou a pleitear o reconhecimento de sua Sociedade Nacional com o emblema do leão e sol vermelhos sobre fundo branco. As discussões foram muitas e acabou se tolerando a pretensão persa a fim de não prejudicar a questão, que, afinal, é desenvolvimento do movimento internacional de socorro aos feridos. A unidade do símbolo se via assim seriamente ameaçada, pois até o Afeganistão passou também a pretender o reconhecimento do símbolo de uma mesquita vermelha sobre fundo branco.

A proliferação de emblemas não terminou aí. Na Convenção de Genebra de 1949, três propostas foram levadas à votação: a) a criação um novo símbolo único; b) a adoção única e exclusiva da cruz vermelha e c) a proposta de Israel de reconhecimento também da estrela de Davi vermelha sobre fundo branco (Magen David Adom), símbolo que vinha sendo utilizado pelo pessoal médico das forças armadas israelenses então em guerra de independência. Nenhuma das propostas foi aceita e se decidiu reconhecer apenas as que já existiam, sendo de se ressaltar que, em 1979, o Irã, após a queda da monarquia, renunciou ao leão e sol vermelhos. Hoje, 151 Sociedades Nacionais utilizam o símbolo da cruz vermelha e 32 o crescente vermelho¹⁵.

Mas a questão continuou: várias Sociedades Nacionais pleiteiam utilizar o seu próprio símbolo nacional, ou então a cruz vermelha e o crescente vermelho juntos. Criou-se, portanto, um grupo de trabalho para escolher um símbolo desprovido de qualquer conotação religiosa, política ou nacional. Em 2005, o Protocolo III às Convenções de Genebra adotou então o cristal vermelho sobre fundo branco. Temos, portanto, mais um símbolo, o que nada contribui à sua exclusividade, nem à universalidade do movimento. Certo, contudo, que o CICV, órgão de cúpula do movimento, ainda se chama Comitê Internacional da Cruz Vermelha e que, no imaginário internacional, a cruz vermelha é o símbolo mais comumente associado ao movimento.

Por fim, cumpre esclarecer que é vedado fazer uso comercial ou publicitário do emblema. As Sociedades Nacionais podem se servir do emblema para designar o que lhes pertence, como locais, veículos etc. Pode ainda o

¹⁵ Dados extraídos do site da Cruz Vermelha (www.cicr.org), sob o título “*Histoire des emblemes*”.

emblema ser utilizado para designar material médico hospitalar, mesmo não pertencente à estrutura do movimento, sem que isso constitua uma violação da marca, uma vez que tal questão não vem tratada como um patrimônio comercial, mas como identificador de assistência sanitária neutra.

5. A ESTRUTURA DO MOVIMENTO INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA E DO CRESCENTE VERMELHO

5.1. Introdução

A estrutura do movimento da Cruz Vermelha no mundo não observa a forma piramidal que seria própria de um organismo estatal interno, mais se assemelhando a uma rede de organismos independentes coordenados por um Comitê Central, o CICV. Assume a forma multicelular, parecendo-se assim, por ironia, com a rede terrorista Al-Qaeda (imagem que hoje todos têm em mente!), só que com propósito opostos.

Lembre-se que a sugestão original de Henry Dunant, no livro “*Un souvenir de Solférino*”, era de que se formassem sociedades nacionais de auxílio às vítimas dos conflitos armados. Temia, quiçá, que a centralização excessiva de tal entidade pudesse prejudicar sua ampla difusão. Formaram-se pois, desde cedo, várias Sociedades Nacionais do gênero; primeiramente, nos países que assinaram a 1ª Convenção de Genebra, de 1864; depois, vários países aderiram ao tratado, atendendo às condições de reconhecimento impostas para tanto.

O exemplo se proliferou pelo mundo e hoje temos mais de 180 Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho pelo mundo, as quais contam com a colaboração de milhões de voluntários, sem distinção de nacionalidade, raça, credo, ideologia política, classe etc. Nesse sentido, a partir de 1919, sentiu-se a necessidade de coordenar a atividade dessas várias Sociedades Nacionais. Os países envolvidos firmaram, em consequência, um acordo que criava a Liga Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, hoje denominada Federação.

Em Genebra, o Comitê dos Cinco, que originalmente criou tudo junto com Henry Dunant, deu origem ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Trata-se do órgão central do movimento, que é depositário das Convenções de Genebra e o principal responsável pela promoção do direito humanitário. Tem também a prerrogativa de reconhecimento das Sociedades Nacionais. Pode-se, pois, comparar o CICV ao cérebro de um grande corpo.

Até 1928, a Cruz Vermelha não dispunha de um estatuto que regulamentasse toda sua estrutura e a relação entre as diversas entidades envolvidas. Bastavam, para tanto, as normas contidas na 1ª Conferência de Genebra, de 1863 (primeiro congresso interno da entidade reunido logo antes da 1ª Convenção Internacional de Genebra, de 1864). Essa situação foi resolvida com a adoção de estatutos, em que se definiram os princípios fundamentais do movimento e se estabeleceram as condições para o reconhecimento das Sociedades Nacionais.

Nesse sentido, temos que a noção do que consiste o movimento da Cruz Vermelha junto às pessoas em geral compreende tanto as Sociedades Nacionais de cada país, quanto a Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho e, sobretudo, o CICV, Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. Mas cumpre ainda mencionar a existência de outros órgãos, como a Agência Central de Pesquisas (ligada ao CICV), a Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, o Conselho dos Delegados e a Comissão Permanente. Examinemos, pois, cada um desses órgãos.

5.2. Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho

Começemos primeiro com as Sociedades Nacionais, ressaltando que a Cruz Vermelha Portuguesa e a Cruz Vermelha Brasileira serão tratadas em capítulo à parte no presente trabalho. Essas Sociedades Nacionais são livres para se organizarem da forma que bem entenderem. Devem, entretanto, observar os princípios fundamentais do movimento, tais quais previstos em seu estatuto de 1928, com as complementações de 1952 e 1986. Para tanto, foram estabelecidas condições para as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho se tornarem membros do movimento, a saber:

- Estar constituída no território de um Estado onde a Convenção de Genebra esteja em vigor;
- Ser nesse Estado a única Sociedade Nacional e ser dirigida por um único órgão que a represente;
- Ser reconhecida pelo governo local como sociedade de socorro auxiliar dos poderes públicos no domínio humanitário;
- Gozar de um estatuto de autonomia que lhe permita exercer sua atividade de acordo com os princípios da Cruz Vermelha;

- Fazer uso do emblema de acordo com as Convenções de Genebra;
- Possuir uma organização que lhe permita satisfazer suas tarefas precípuas;
- Estender sua ação a todo o território do Estado;
- Recrutar membros sem discriminação de raça, sexo, social, religiosa e política;
- Aderir ao estatuto da Cruz Vermelha e participar solidariamente do Movimento Internacional;
- Respeitar os princípios do Movimento e do direito humanitário.

Tal controle foi atribuído ao CICV, primeiro, implicitamente, e depois, pelos próprios estatutos da Cruz Vermelha. Note-se que o controle quanto à observância dessas condições não apresenta o caráter de uma fiscalização rigorosa, a ponto de excluir a Sociedade Nacional pela mínima infringência, como se fosse a hipótese, por ex. de um contrato de franquia. A ideia é agregar as Sociedades Nacionais ao movimento e não excluí-las, pois o principal propósito é levar adiante o movimento, priorizando as vítimas e não aspectos formais da Sociedade Nacional envolvida. Mais vale a existência de uma sociedade defeituosa do que sua inexistência¹⁶.

Ressalte-se que o grosso do trabalho da Cruz Vermelha, como a assistência aos feridos de guerra e às vítimas de catástrofes naturais, é levado a cabo pelas Sociedades Nacionais, seguindo a aspiração original de Henry Dunant (obviamente, sem prejuízo do trabalho assistencial do próprio CICV!). Cite-se também o auxílio material aos refugiados, como aquele prestado em 1956 aos egressos do conflito na Hungria. Na ocasião, a Cruz Vermelha austríaca e húngara, em coordenação com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), prestou assistência a 200 mil refugiados, promovendo sua identificação e seu reassentamento, 18.200 dos quais lograram ser repatriados¹⁷.

16 Transcreva-se aqui a pertinente indagação de Jean Pictet, em sua obra citada (pag. 91) "*Les principes de la Croix Rouge*": "*Ne vaut-il pas mieux que, dans chaque pays, il y ait une Croix Rouge imparfaite plutôt que pas de Croix Rouge du tout?*"

17 Dados obtidos da exposição da mestranda junto a essa UDL, Dra. Anne Paiva de Alencar.

5.3. Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho

As Sociedades Nacionais tiveram grande desenvolvimento com a 1ª Guerra Mundial, dada a grande demanda por socorro aos feridos. Após o conflito, o mundo assistiu à tragédia da gripe espanhola, o que fez salientar a necessidade de uma coordenação no trabalho das Sociedades Nacionais. Em 1919, sob a batuta de um dos dirigentes da Cruz Vermelha americana, Henry P. Davidson, convocou-se uma conferência médica internacional em que cresceu a ideia de “confederar” as Sociedades Nacionais. Nasceu assim a Liga das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, a qual se tornou uma Federação em 1991. Estabeleceu-se em Paris na sua origem, mas, em 1939, se mudou definitivamente para Genebra¹⁸.

O papel da Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho é contribuir com o trabalho desenvolvido pelas Sociedades Nacionais e pelo CICV, sem prejuízo de executar ela própria trabalho análogo. Seu órgão máximo é a Assembleia Geral, que se reúne a cada dois anos e onde cada Sociedade Nacional tem um voto. A Assembleia elege a cada quatro anos o Presidente e os Vice-Presidentes da Federação. Seu Secretariado Geral tem sede em Genebra e conta com 200 membros de mais de 50 nacionalidades. A Federação exerce também funções consultivas junto ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e, nessa função, submete-lhe os pleitos das Sociedades Nacionais. A Federação se sustenta com quotas anuais das Sociedades membros, além de doações voluntárias de várias procedências.

Outra função importante da Federação consiste em auxiliar os refugiados das zonas de conflitos armados. Nesse sentido, já foi chamada várias vezes a atuar em situações de urgência, na qualidade de parte operacional do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR ou UNHCR). Atua notoriamente também junto com as Nações Unidas em caso de catástrofes naturais, auxiliando na prestação de socorros.

5.4. Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (CICV)

O CICV é o cérebro da Cruz Vermelha. Promove todas as atividades que normalmente se imagina como sendo área de atuação da Cruz Vermelha,

¹⁸ Dados extraídos de “*Cruz Vermelha e Crescente Vermelho. Retrato de um movimento internacional*” de Françoise Bory, CICV.

sem prejuízo daquelas desenvolvidas pelos demais órgãos do movimento. Tem a responsabilidade de promover o direito internacional humanitário, não só no campo diplomático, como na redação de propostas e minutas de tratados, mas também tem direito de iniciativa reconhecido pelos Estados. A esse respeito, faz visitas a prisioneiros de guerra e políticos em vários países.

Durante um conflito armado, a Sociedade Nacional do país beligerante frequentemente se vê impotente para visitar seus compatriotas detidos pelo inimigo. E em situação igual estará a Sociedade Nacional do país inimigo. O CICV serve então como um intermediário neutro. Sua ação se dirige às vítimas e, nesse sentido, faz visitas, presta assistência e redige relatórios. Esses relatórios são confidenciais e enviados unicamente às potências detentoras, a fim de tomar as devidas providências. O procedimento também é feito com relação a prisioneiros políticos, sendo, contudo, de se ressaltar que o CICV não entra na matéria relativa aos motivos das prisões, mas tão somente cuida da situação material e psicológica dos detidos, a fim de que tenham tratamento humanitário. Note-se que o CICV não possui divisões blindadas, mas sua autoridade moral (*soft power*) lhe confere um poder, que, a longo prazo, não se verifica nem um pouco desprezível.

Quanto aos programas de assistência, o CICV dispõe em Genebra da Divisão Geral de Socorros e da Divisão Geral Médica, que atuam de forma auxiliar às Sociedades Nacionais. Lembre-se que, frequentemente, o conflito ou a catástrofe natural é de proporções maiores do que pode suportar a capacidade operacional da Sociedade Nacional do local. Nessas ocasiões, o CICV lhe vem em auxílio, por meio de suas mencionadas Divisões de Socorros e Médica.

O órgão supremo do CICV é uma assembleia de 25 eminentes cidadãos suíços, eleitos por cooptação, em razão de sua notória dedicação à causa. Estes elegem o Presidente para um mandato renovável de quatro anos. Elegem também um Conselho Executivo de sete membros (o Presidente, Vice-Presidente permanente, dois outros membros da Assembleia, o Diretor Geral, o Diretor das Atividades Operacionais, o Diretor de Doutrina e Direito). A instituição conta também com 650 colaboradores e por volta de mil delegados pelo mundo, incluindo o pessoal atuando junto às Sociedades Nacionais, além de vários empregados locais¹⁹.

O sustento financeiro do CICV provém basicamente das seguintes fontes de recursos: contribuições dos Estados-Partes nas Convenções de Ge-

19 Dados obtidos em "*Cruz Vermelha e Crescente Vermelho. Retrato dum movimento internacional*" de Françoise Bory, CICV.

nebra, contribuições das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, rendimentos financeiros vários, além de doações e legados. Há ainda o custeio próprio da sede do CICV, em Genebra, metade do qual é arcado pela Suíça. A verdade, entretanto, é que o orçamento anual da Cruz Vermelha varia de ano a ano e muitas vezes não é suficiente para as enormes tarefas que lhe incumbem.

5.5. Agência Central de Pesquisas

A Agência Central de Pesquisas é ligada ao CICV, mas vale a pena lhe dar destaque especial, pois exerce papel vital na busca de desaparecidos. Antes de sua existência, quando um soldado era morto, ferido ou caía em mãos do inimigo, sua família ficava sem suas notícias, na angústia. Na maior parte das vezes, os mortos em combate eram enterrados em vala comum, quando não eram incinerados em pilhas. Sua identidade desaparecia. Durante, porém, a guerra franco-prussiana de 1870/71, o CICV tentou minimizar esse problema, ao requerer às potências beligerantes as listas de feridos e prisioneiros de cada lado. Desse modo, as respectivas famílias puderam ter notícias. Nasceu aí a Agência Central de Pesquisas do CICV.

A tarefa da Agência é obter, registrar e transmitir às respectivas famílias todas as informações que possam auxiliar na busca dos desaparecidos. Para tanto, administra em Genebra um arquivo com informações relativas a 60 milhões de pessoas. Tratava-se, originariamente, de fichas manuais, mas hoje as informações constam cada vez mais de arquivos eletrônicos. O trabalho inclui a busca das famílias ou dos próprios desaparecidos, conforme o caso, e tem tido notório relevo tanto nos conflitos armados, quanto na hipótese de catástrofes naturais ou em qualquer outro acontecimento em que as pessoas desapareçam.

5.6. Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho

Trata-se da mais alta autoridade da Cruz Vermelha, uma espécie de Parlamento da instituição. Reúne-se de quatro em quatro anos e se encarrega de determinar as grandes opções e diretrizes do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, tanto quanto à sua doutrina, quanto no que diz respeito ao direito humanitário. Lembre-se que a 1ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha se reuniu em 1863, preparando a 1ª Convenção Diplomática de Genebra, que lhe sucedeu no ano seguinte.

Agrupa um conjunto de delegados do Movimento da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, da Federação, das Sociedades Nacionais, dos Estados-Partes nas Convenções de Genebra, além de observadores de organizações governamentais e não governamentais. De seus debates surgem as inovações relativas ao direito humanitário.

5.7. Conselho de Delegados

Congrega, a cada dois anos, representantes do CICV, da Federação e delegados de todas as Sociedades Nacionais. Trata-se assim de um órgão interno do Movimento Internacional para assuntos tais como discutir o posicionamento em determinado ponto de doutrina, além de questões administrativas.

5.8. Comissão Permanente

Compõe-se de nove representantes, sendo dois do CICV, dois da Federação e os restantes eleitos pela Conferência Internacional. Seu Presidente é eleito internamente e seu mandato se estende até a Conferência Internacional seguinte. Sua função é preparar a realização da Conferência Internacional, estudando previamente as questões a serem debatidas e fazendo sugestões. É encarregada de atribuir a “medalha Henry Dunant” a pessoas que se distinguiram no serviço à causa defendida pelo movimento.

6. PRINCÍPIOS DA CRUZ VERMELHA: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

6.1. Introdução

A criação da Cruz Vermelha, como se disse, foi ideia de um homem, Henry Dunant, a partir de sua experiência trágica na batalha de Solferino. Sua atitude de ajudar os feridos atendeu, em princípio, a um apelo de sua consciência cristã de praticar a caridade para com o próximo. Nesse sentido, incentivou também as mulheres italianas de Castiglione (onde tinha sido instalado um hospital de campanha) a se esquecerem da nacionalidade dos feridos, lembrando-as que eram “*tutti fratelli*”. Desde sua criação, a Cruz Vermelha expandiu as suas atividades por todos os cantos do globo, mas sempre se baseou naquele gesto originário de Henry Dunant como sua fonte axiológica. De tal gesto, acabou resultando a elaboração de toda uma estrutura uniforme de princípios jurídicos que servem para regular sua atuação.

Com efeito, a atividade da Cruz Vermelha exige certa uniformidade de pensamento e de conduta. Da atitude improvisada de Henry Dunant em Solferino se despreendem alguns princípios que se verificam fundamentais para o bom funcionamento a nível planetário da instituição que ele concebeu. Pode-se dizer, portanto, que se faz necessário que a Cruz Vermelha observe princípios e tenha uma doutrina bem definida, para fins de manter a fidelidade aos ideais humanitários e o melhor funcionamento da máquina universal de assistência que veio a se tornar. Daí a preocupação com a definição de princípios universais para a instituição.

A Cruz Vermelha se construiu pelo mundo, primeiramente, por meio de ações práticas. A definição de uma doutrina para embasar tais ações foi sendo formulada gradualmente, diante de situações concretas, sempre se lembrando do sentimento básico que inspirou Henry Dunant em Solferino, o qual poderia ser traduzido simplesmente na prática da caridade universal. Depois da Primeira Guerra Mundial, contudo, a necessidade de se definir uma doutrina uniformizadora da Cruz Vermelha se tornou mais imperativa, sobretudo diante da proliferação de Sociedades Nacionais pelo mundo. Foi assim na Conferência Internacional da Cruz Vermelha de 1921, em que se reconheceu o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) como sendo o guardião e propagador dos princípios fundamentais, morais e jurídicos da instituição e se incumbiu o mesmo de velar por sua difusão e aplicação no mundo. Note-se que, até 1915 (após 52 anos de existência), o próprio CICV sequer tinha vislumbrado a necessidade de se dotar de estatutos, bastando para tanto o conteúdo da sua 1ª Conferência Internacional, de 1863, e da subsequente Convenção de Genebra de 1864.

Na verdade, a primeira expressão dos princípios fundamentais da Cruz Vermelha data de 1920. Um dos membros do Comitê (CICV), M. Edmond Boissier, afirmava na *Revue internationale de la Croix Rouge* (agosto 1920, pag. 883) que “*le prince reconnu et proclamé jusqu’ici par toutes les Sociétés unies sous le drapeau de la Croix Rouge, c’est la charité universelle, vouée au service de l’humanité souffrante, sans distinction de races, de frontières. Charité et universalité, à côté de l’indépendance et de l’impartialité, sont les caractères essentiels et distinctifs de la Croix-Rouge*”²⁰. Sua intenção não era criar nada de novo do ponto de vista moral, mas consolidar valores humanitários universais de longa data. No ano seguinte, em 1921, o CICV instituiu expressamente nos seus estatutos um sumário dos princípios

20 Boissier, Edmond, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, CICV, agosto de 1920, pag. 883.

fundamentais, atribuindo-se a função de zelar pela sua observância. Tais princípios são: a imparcialidade, a independência política, confessional e econômica, a universalidade da Cruz Vermelha e a igualdade das Sociedades Nacionais. Esse sumário, *grosso modo*, passou a constar das condições de reconhecimento das Sociedades Nacionais e dos princípios fundamentais da Liga das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha. Foram ainda solenemente proclamados pela XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, de 1965.

Jean Pictet, em sua obra “*Les principes de la Croix Rouge*” (CICV, Genebra, 1955), vai mais longe. Distingue os princípios fundamentais, como aqueles que dão seu caráter próprio à instituição (humanidade, igualdade, proporcionalidade, imparcialidade, neutralidade, independência e universalidade), dos princípios orgânicos, sendo estes os que dizem respeito à sua estrutura e atuação [desinteresse, gratuidade, voluntariado, complementariedade (*auxiliarité*), autonomia, pluralismo (*multitudinisme*), igualdade das Sociedades Nacionais, unidade, solidariedade e previdência (*prévoyance*)].

Não obstante a XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, de 1965, ter proclamado como princípios da instituição a humanidade, imparcialidade, neutralidade, independência, universalidade, voluntariado e unidade, preferimos adotar as suprarreferidas definições de Jean Pictet. Sua enumeração mais extensa e a distinção entre princípios fundamentais e orgânicos permitem um estudo mais profundo e técnico do tema, facilitando melhor sua compreensão. Nesse sentido, para melhor exame da matéria, enumeramos abaixo os princípios da Cruz Vermelha conforme expostos por Jean Pictet na citada obra.

6.2. Humanidade

O princípio da humanidade é o mais basilar da Cruz Vermelha, do qual todos os demais dependem. Se a Cruz Vermelha devesse ter um só princípio, este o seria. Note-se que o mesmo não vem enumerado na sua já mencionada XX Conferência Internacional, talvez, exatamente, por estar subentendido, de tão estrutural que é.

O princípio da humanidade pode ser definido como o sentimento de amor aos homens. A referência aqui à parábola do bom samaritano no Evangelho é patente e não se pode negar a origem de tal sentimento nas mentes ocidentais. Mas igual sentimento é encontrado mundo afora, embora invocando outras referências culturais; sendo certo, o valor é o mesmo.

A noção de humanidade inclui a de caridade, mas também a de bondade, piedade, doçura, generosidade, paciência e clemência. Distingue-se, po-

rém, do humanismo, pois este conceito engloba, mais especificamente, uma promoção do homem e de sua personalidade e não propriamente o combate ao sofrimento, que é o norte principal da Cruz Vermelha.

O conceito de amor ao próximo se verifica plenamente aplicável ao princípio da humanidade. Mas a palavra “amor”, nas línguas latinas (e nas germânicas também!), traduz um sentimento que ultrapassa a ideia que estamos aqui tratando. De fato, o amor é empregado tanto para o sentimento ligado ao erotismo, quanto para aquele que revela um desprendimento altruístico. Lembre-se que o grego denomina aquele primeiro conceito de “*eros*” e o segundo de “*agapê*”. Interessa-nos mais aqui o segundo²¹.

De fato, a Cruz Vermelha luta contra o sofrimento e a morte. A humanidade concretiza assim o ideal de evitar o sofrimento das pessoas e, se possível, a morte. Para tanto, a Cruz Vermelha organiza os esforços das pessoas bem-intencionadas, a fim de prestar socorro às vítimas de conflitos armados e catástrofes naturais. Sua prioridade é concentrar e racionalizar esses esforços humanitários, pois sua dispersão provavelmente resultaria num fracasso. Cuida não somente da cura dos doentes, mas também da prevenção de doenças em tempos de paz, por meio da profilaxia e da higiene. Mas não só: o princípio da humanidade a orienta também nas atividades de busca de desaparecidos, reduzindo o sofrimento das correspondentes famílias, para quem a confirmação do óbito acaba eventualmente sendo melhor do que a expectativa angustiante.

A luta contra o sofrimento por parte da Cruz Vermelha, porém, não chega a autorizá-la a desenvolver atividades recreativas, tais como o entretenimento dos soldados feridos em hospitais. Ditas tarefas não possuem senão uma relação muito indireta com o seu objetivo central. Aliás, a expansão desmedida das atividades da Cruz Vermelha, para além de suas tarefas originais, poderia eventualmente até reforçar a capacidade combativa das forças armadas, o que certamente não é sua intenção. E tampouco lhe cabe combater o sofrimento provocado pela organização precária e injusta da sociedade, como a pobreza, a escravidão ou a criminalidade, sob pena de incorrer no erro de uma excessiva dispersão de suas tarefas.

A Cruz Vermelha pretende que, em qualquer circunstância, as pessoas sejam vistas de forma humana. Nesse sentido, exerce gestões junto às autoridades competentes para que os prisioneiros de guerra sejam bem tratados, sendo, aliás, a principal patrona do desenvolvimento do direito humanitário.

21 Ideia extraída da citada obra de Jean Pictet, *Les principes de la Croix Rouge*, capítulo 1, pag. 16.

rio. A propósito, as Convenções de 1949 e os Protocolos de 1977 limitam o uso de armamento desnecessariamente mortal ou que atinja a população civil. Na hipótese, o princípio da humanidade conduz a participação da Cruz Vermelha na negociação de tais tratados internacionais. Eles regulamentam o direito da guerra, tendo as potências beligerantes concordado com a limitação de sua conduta durante os conflitos para o fim de restringir sua ação militar somente aos males inerentes ao objetivo perseguido. Incluem também salvaguardas aos direitos do homem, como o reconhecimento da inviolabilidade do soldado ferido fora de combate.

Lembre-se de que já na Idade Média as regras de cavalaria, inspiradas na moral cristã, deploravam que um indefeso fosse atacado. Não podemos tampouco omitir o exemplo do chefe muçulmano Saladino, que, ao tomar Jerusalém dos cristãos em 1187, os poupou de qualquer crueldade, inclusive tratando dos feridos. E, desde então, tal sentimento humanitário só fez se propagar.

6.3. Igualdade

O princípio da igualdade tampouco consta do sumário de princípios da XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha. A referência que existe é de imparcialidade e de proporcionalidade, que são conceitos correlatos. Em realidade, os homens não são iguais entre si, mas as nações civilizadas firmaram a regra de que todos têm o mesmo valor.

Para a Cruz Vermelha, a igualdade dos homens se materializa na igualdade de tratamento, sobretudo de tratamento médico. Nesse sentido, todos merecem socorro médico, até mesmo pessoas odiáveis, quando feridas, pois se há um momento em que os homens são mais iguais do que nunca é no sofrimento. Daí decorre o ideal da não discriminação, vedando o tratamento diferenciado de pessoas pelo simples motivo de pertencerem a uma categoria distinta. O princípio da igualdade deplora assim qualquer discriminação objetiva entre indivíduos. Os inimigos devem ser socorridos da mesma forma que os compatriotas. Invoque-se aqui, mais uma vez, a atitude de Henry Dunant incitando as senhoras de Castiglione a tratarem dos austríacos feridos como se fossem “*tutti fratelli*”.

Note-se que tal equiparação não se revela fácil, sobretudo em guerras civis. Já houve tempo em que a própria Cruz Vermelha, na sua Conferência Internacional de 1912, recusou-se a abordar o problema da assistência aos feridos de guerras civis, pois poderiam ser considerados como criminosos. A assistência a insurgentes chegou a ser comparada ao favorecimento de

inimigos do Estado ou da Humanidade. Felizmente tal entendimento foi afastado²². A Cruz Vermelha passou a estender sua ajuda a todos, independentemente de culpa. Cabe aos tribunais julgar a culpa; já à Cruz Vermelha cabe dar tratamento humano a qualquer necessitado, protegendo de forma igual qualquer soldado posto fora de combate. O mesmo princípio, por sinal, existe também na deontologia médica.

É claro, no entanto, que, diante de determinadas situações, deve ser feita uma escolha, pois às vezes os recursos são escassos. O princípio da igualdade não é infringido se se dá preferência, por ex., àquele ferido que tem uma família para cuidar, em detrimento de outro solteiro, ou de um jovem com relação a um mais velho. O bom senso ditará a solução mais justa.

Esclareça-se que tampouco viola o princípio da igualdade se uma Sociedade Nacional da Cruz Vermelha assistir prioritariamente aos necessitados de seu próprio país, lembrando que cabe ao Comitê Internacional (CICV) tal assistência no âmbito global. Ora, não se pode exigir que uma Sociedade Nacional preste auxílio a vítimas do outro lado do planeta, por impossibilidade operacional, já que ditas organizações são constituídas sobre uma base nacional. Aliás, é até perdoável que, no ser humano, o sentimento de caridade venha a brotar mais intensamente com relação a tragédias mais próximas de que são vítimas compatriotas ou povos vizinhos. A distância esfria a piedade. Quando, porém, a tragédia excede a capacidade operacional da Sociedade Nacional envolvida, cabe então ao CICV coordenar a assistência, valendo-se do princípio da solidariedade entre Sociedades Nacionais.

No caso de prisioneiros de guerra, torna-se natural que uma Sociedade Nacional dê menos atenção aos inimigos capturados nas suas prisões do que aos nacionais feridos. Mas haverá sempre nacionais detidos pelo inimigo. Aqui, mais uma vez, o princípio da igualdade deve imperar, nem que impedido pela reciprocidade, lembrando que os nacionais capturados, em poder da potência adversária, devem estar ansiando pela assistência da Sociedade Nacional do país detentor.

6.4. Proporcionalidade

A Cruz Vermelha entende que o homem deve ser socorrido na medida de seu sofrimento. Daí decorre a necessidade de se fixar em certas regras de repartição, seja quanto aos cuidados médicos dispensados ou quanto aos

²² A partir de 1977, as vítimas dos conflitos armados não internacionais, incluindo os respectivos combatentes, passaram a ser protegidas pelo Protocolo II às Convenções de Genebra de 1949.

remédios ministrados aos feridos. A ajuda deve, portanto, ser proporcional ao malogro da vítima. Revelar-se-ia desumano preferir alguém que requeira cuidados urgentes por outrem com moléstia menos grave.

O princípio da igualdade informa que se deve tratar igualmente todos: a igualdade entre os homens, porém, termina quando alguém apresenta um sofrimento físico mais intenso do que o do outro. Aí se recorre, em substituição, ao princípio da proporcionalidade, devendo ser feita a devida distinção entre indivíduos na medida de seu sofrimento. Tal é a única distinção lícita, sendo vedadas aquelas “de caráter desfavorável”, para usar o termo pertinente empregado na Convenção de Genebra de 1949. Esse diploma, em seu artigo 12º, determina ainda que somente razões de ordem médica autorizam a prioridade na ordem de cuidados.

No que toca ao princípio da proporcionalidade, cumpre distinguir a noção de justiça da de caridade, eis que ambas o norteiam. Na verdade, os ditos conceitos não se opõem. A rigor, “a justiça é virtude que dá a cada um o que é seu, de acordo com o respectivo direito”, segundo Santo Agostinho²³. Já a caridade implica dar a cada qual o que necessita, segundo seu sofrimento. Nessa esteira, a noção de justiça a nortear a Cruz Vermelha é a caridade, não lhe interessando, por ex., punir culpados, o que já é uma das funções mais importantes da justiça como instituição estatal. Assim, se um soldado inimigo é vítima de mal maior do que um nacional, o dever da Cruz Vermelha é curar antes o primeiro.

Ultimamente, os povos têm procurado organizar seus governos de forma racional. Ao tentar fazê-lo, acabam por desdenhar a caridade, na crença de que os problemas que a reclamam devem ser resolvidos com a organização mais racional dos serviços públicos e não com esmolas. Esse pensamento, todavia, não reflete a orientação da Cruz Vermelha, que prioriza a caridade. Para a mesma, o princípio resume-se no sentido de que “*l'aide disponible sera répartie selon l'importance relative des besoins individuels et suivant leur ordre d'urgence*”²⁴.

6.5. Imparcialidade

O princípio da imparcialidade impõe à Cruz Vermelha agir sem favorecimento nem prevenção com relação a ninguém. A noção de imparcialidade parte, primeiramente, da ideia de parcialidade, sendo, pois, a sua negação.

²³ Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, I, 19-25 e 31.

²⁴ Pictet, Jean, obra citada, pag. 40.

Parcial é aquele que toma partido, em razão de uma prevenção ou preferência. A imparcialidade, por sua vez, é não ter prevenções nem preferências.

Distingue-se da neutralidade, pois esta é estática e a imparcialidade imprime uma ação. A rigor, imparcial é aquele que, ao tomar partido, o faz sem prevenção. Trata-se de uma qualidade pessoal, uma atitude do espírito, nas palavras de Jean Pictet²⁵. Às vezes referimo-nos a um ato imparcial, mas tal qualidade é mais propriamente de seu autor, que assim a transfere ao seu ato. A imparcialidade é exigida numa escolha, como por ex. na distribuição de remédios pela Cruz Vermelha. Pressupõe liberdade de escolha e independência. Pressupõe também a existência prévia de regras, a serem aplicadas sem prevenções ou paixões, de forma objetiva. Requer, por conseguinte, um esforço intelectual para que o agente se liberte do prisma de sua personalidade e ache uma solução justa. Lembre-se que o homem não é forçosamente um ser razoável; ao contrário, é emotivo e passional.

A imparcialidade retrata uma qualidade interior do agente. Já a igualdade se refere ao objeto de sua ação, sendo exterior ao autor do ato. A igualdade pertence ao domínio dos fins. Se o princípio da igualdade veda qualquer distinção objetiva entre indivíduos, é a imparcialidade que proíbe distinções de natureza subjetiva, derivadas da relação própria do agente com a pessoa interessada na sua conduta imparcial.

Desse modo, o princípio da imparcialidade existe para moldar a conduta da Cruz Vermelha na sua ação humanitária. Isso se denota tanto na assistência a vítimas de conflitos armados e catástrofes naturais, quanto na visita a prisioneiros de guerra, quando deve elaborar relatórios sobre os tratos a que estão submetidos, tendo em conta as normas das Convenções de Genebra.

6.6. Neutralidade

O presente princípio obriga a Cruz Vermelha a observar a mais estrita neutralidade no domínio militar, político, confessional e filosófico. Como bem lembra Jean Pictet²⁶, a palavra neutralidade vem do latim “*ne-uter*”, que significa “nem um, nem outro”. Parte de uma noção essencialmente negativa, que é a de não tomar partido a respeito de um conflito. Não contém em si valor moral algum, pois pode decorrer de motivos elevados ou não, como o medo, a indiferença, a perspicácia ou simples interesse. A neutralidade só adquire valor moral quando atende a princípios permanentes, tais como o amor à paz, o respeito a algum juramento etc.

²⁵ Pictet, Jean, obra citada, cap. 4.

²⁶ Pictet, Jean, obra citada, capítulo 5.

No direito internacional, a neutralidade vem tratada nas Convenções de Haia, que abordam mais o seu aspecto militar, significando uma ampla abstenção. Indaga-se, porém, se abrangeria também o domínio econômico; se um Estado neutro pode manter relações comerciais com duas partes beligerantes, haja vista que influiria no esforço de guerra dos envolvidos. Indaga-se também se tal relação comercial deveria se manter em patamares equivalentes em relação às partes adversas.

A neutralidade pressupõe dois elementos: uma atitude de abstenção e a existência de duas outras partes que se opõem. Distingue-se da imparcialidade uma vez que esta requer que alguém aja de acordo com regras preestabelecidas e sem prevenção, ao passo que a neutralidade implica uma abstenção. Da parte da Cruz Vermelha, entretanto, não há abstenção perante aqueles que sofrem, apesar de sua neutralidade perante os beligerantes.

Na doutrina da Cruz Vermelha, a neutralidade adquire diversos significados, pois se trata de uma consequência da imunidade que lhe atribuíram logo na primeira Convenção de Genebra, de 1864. De fato, o dito tratado conferiu neutralidade às ambulâncias e aos hospitais militares, assim como ao pessoal sanitário e aos combatentes feridos. Frise-se que a neutralidade, em contrapartida, impõe a abstenção de favorecimento a qualquer operação de natureza militar, como a utilização de um hospital como depósito de munição ou como posto de observação etc.

A neutralidade, no entanto, não impede o pessoal sanitário de andar armado, para, por ex., manter a ordem nas formações sob seus cuidados ou para defender-se contra ataques ilícitos. Mas tal exceção à neutralidade não chega ao ponto de autorizar a defesa de instalações com armas, como se casamatas fossem; nem de fazer prisioneiros em episódios do gênero. Lembre-se que a própria recuperação de combatentes feridos pela Cruz Vermelha, sua função precípua, já foi outrora criticada por influir no esforço de guerra da parte em questão.

A neutralidade da Cruz Vermelha a permite fazer entregas de medicamentos a potências em estado de guerra, atravessando cercas de arame farpado típicas desse cenário, em ambos os lados do conflito. O fornecimento de víveres e roupas, entretanto, é limitado às crianças e grávidas, nos termos da IV Convenção de Genebra. Note-se que o bloqueio econômico ainda é uma arma permitida no direito internacional, apesar de afetar também a população civil.

A Cruz Vermelha deve manter sua neutralidade com relação às doutrinas políticas, filosóficas, morais e religiosas. Para levar a cabo sua obra, a

Cruz Vermelha evita qualquer atitude partidária, a fim de inspirar confiança a todos, lembrando que os maiores ódios nascem justamente das divergências de opinião. Não deve servir de arena de oposição, mas sim colaborar com a potência beligerante no plano humanitário. Note-se que, durante um conflito, as pessoas são chamadas a se posicionar e a se engajar, sendo considerada covardia a abstenção. Mas a Cruz Vermelha não deve tomar partido, pois sua posição é tão somente a favor da paz e do auxílio às vítimas.

A neutralidade se manifesta também no plano confessional. Apesar de a Cruz Vermelha ostentar uma cruz (ou um crescente!) sua natureza é totalmente laica, sem qualquer conotação religiosa. A ideia é agrupar sob sua bandeira toda a boa vontade do mundo, não importando as crenças pessoais nem os motivos que levaram os voluntários a aderir ao movimento. Nas palavras de M. Max Huber “*par sa neutralité religieuse, la Croix Rouge a laissé à ceux qui travaillent sous son emblème le soin de découvrir dans leur propre conscience, chacun selon sa foi et sa façon de découvrir le monde, les motifs fondamentaux de leur collaboration*”²⁷. Dessa forma, os voluntários, na sua vida privada, podem ter a opinião que quiserem, tanto no plano religioso, quanto no político, filosófico ou ideológico.

A neutralidade implica que à Cruz Vermelha não cabe se pronunciar sobre a legitimidade dos Estados nem sobre sua política, sob pena de prejudicar a sua função de assistência às vítimas dos conflitos. Evita-se assim qualquer tomada de posição, independentemente da opinião pessoal que seus colaboradores possam ter a respeito. Não se vislumbra aí um fim em si, mas tão somente uma condição prática para sua atividade de socorro aos necessitados. O Comitê Internacional, notadamente, deve agir abertamente com toda a lealdade perante os Estados, pois disso depende a confiança na sua obra. Para a Cruz Vermelha, os fins não justificam os meios.

Lembre-se que frequentemente a Cruz Vermelha atua numa função quase judicial, pois é compelida a fazer inspeções “*in loco*”, a fim de verificar possíveis violações ao direito humanitário. Nesse sentido, emite um juízo de valor sobre a conduta da potência detentora. Mas isso não significa que deva se tornar a campeadora da justiça, mas sim atender ao seu fim, que é a caridade. Sua neutralidade serve de instrumento para a eficácia da sua obra assistencial.

Note-se que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha é composto por membros de nacionalidade suíça. Várias vezes se pretendeu integrar o dito órgão com membros de outras nacionalidades, até mesmo de países

²⁷ Huber, Max, *Le bon Samaritain*, p. 41.

igualmente neutros. O reconhecimento internacional e o prestígio da neutralidade da Suíça, contudo, não têm comparação com nenhum outro país. A neutralidade suíça existe desde 1515, após a batalha de Marignano²⁸, e foi ratificada universalmente nos tratados que se seguiram ao Congresso de Viena de 1815. Sobreviveu a duas grandes guerras que dilaceraram seus vizinhos. Esse prestígio da neutralidade suíça, de certa forma, acaba sendo emprestado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, tornando-o inviolável. Ademais, se o dito órgão fosse formado por integrantes de vários países, a neutralidade que seria reconhecida seria medida por aquela do país integrante de cuja neutralidade mais se suspeita e não a média da de todos.

Já se pretendeu que a própria Cruz Vermelha gozasse de uma neutralidade absoluta, independentemente da suíça, a ser respeitada por todos. E que os integrantes das Sociedades Nacionais tivessem assim essa “nacionalidade neutra”, simplesmente por pertencerem à Cruz Vermelha. Tal pretensão, todavia, tem se revelado ilusória. Na guerra, a relação entre os beligerantes é rompida. O correio deixa de funcionar a contento e as próprias Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha não se comunicam. Aí vale então o prestígio da neutralidade do Comitê Internacional de Genebra, não só para prestar assistência às vítimas, como para intermediar a comunicação entre as Sociedades Nacionais dos adversários no conflito.

6.7. Independência

A Cruz Vermelha deve manter-se independente de todo poder e livre de qualquer influência. As razões para a Cruz Vermelha permanecer independente dos poderes públicos são óbvias, a fim de poder exercer sua atividade precípua, de natureza puramente humanitária. Estando aberta a todos com boa vontade para ajudar as vítimas, sua eventual dependência dos poderes políticos acabaria por afastar aqueles que discordam do governo. Por outro lado, a neutralidade perante as potências beligerantes permite à Cruz Vermelha atuar livremente.

Para as Sociedades Nacionais, que também prestam serviços complementares ao poder público e que dele recebem subvenções, tal independência se torna mais importante. Já para o Comitê Internacional, esse problema não se apresenta na prática, dada a neutralidade da Suíça e a tradição local de respeito à instituição.

De fato, o Comitê Internacional não possui recursos financeiros significativos, dependendo muito de doações. Tal fonte financeira poderia

²⁸ Vide nota 14 acima.

comprometer sua independência, pois, como se diz, “quem paga manda”. Mas a notória independência da Cruz Vermelha é justamente a razão de receber tais doações. Assim, se ceder e obedecer a quem eventualmente lhe concede uma doação, a própria razão de as pessoas doarem à Cruz Vermelha cessará e a mesma deixará de receber qualquer coisa. Essa fragilidade financeira acabou se tornando assim a sua própria força, dado o respeito que adquiriu como instituição²⁹.

6.8. Universalidade

A assistência da Cruz Vermelha deve ser estendida a todos os homens de todos os países. A universalidade contém dois aspectos no caso da Cruz Vermelha: estender sua ajuda a todos e a todo lado. O primeiro aspecto decorre dos próprios princípios da igualdade e da humanidade, que vedam distinções entre os assistidos. Celebra assim a igualdade da espécie humana, sobretudo no sofrimento.

Mas a Cruz Vermelha deve também estender sua obra a todas as partes do globo. Para tanto, evitou se estruturar de forma centralizada, a fim de poder se moldar aos vários aspectos regionais do mundo. Com efeito, a assistência local fica a cargo das Sociedades Nacionais, devendo o trabalho destas abranger a totalidade do respectivo território. Aliás, constitui uma das condições de reconhecimento das Sociedades Nacionais a capacidade de abranger a totalidade do correspondente território. Fora essa exigência, as mesmas são independentes e livres para se organizarem como lhes aprouver, desde que respeitem os princípios da organização. Já o Comitê Internacional tem abrangência global, sobretudo na coordenação das Sociedades Nacionais. Sua autoridade sobre as Sociedades Nacionais é mais moral, mas o princípio da universalidade implica sempre certa identidade entre os seus membros.

A atuação da Cruz Vermelha não se restringe a abranger todos os Estados, mas também as partes de uma guerra civil. Para a Cruz Vermelha não interessa o grau de legitimidade das partes em luta, uma vez que sua prioridade é assistir aos feridos.

Na sua atuação, a Cruz Vermelha invoca o princípio de direito internacional da reciprocidade entre Estados, sendo um valioso instrumento para atingir seus objetivos. Via de regra, haveria um interesse recíproco entre Estados beligerantes no tratamento humanitário dos prisioneiros. Mas eventual-

29 A Cruz Vermelha, infelizmente, não está imune a desvios, como aquele noticiado na imprensa brasileira em 25/7/2014, em que um ex-vice-presidente da CVB desviou US\$ 1 milhão, destinado à Somália, Japão e à região serrana do Rio, para uma ONG pertencente à sua mãe.

mente há muito mais prisioneiros de um lado do que o outro, ou pode ocorrer a situação de uma das partes no conflito se desinteressar por seus nacionais detidos pelo inimigo. Aí o Comitê Internacional deve atuar em substituição à Sociedade Nacional envolvida, que de outra forma estaria de mãos atadas.

Vale lembrar, de todo jeito, que as Convenções de Genebra não comportam o princípio jurídico da exceção do contrato não cumprido. Se uma parte não cumpre as suas obrigações relativas ao direito humanitário, não está a outra parte autorizada a descumpri-las de seu lado. O direito humanitário não admite represálias, pois se rege por outras regras, colocando a dignidade da pessoa humana num patamar inegociável.

Outro aspecto importante do princípio da universalidade se verifica na hipótese de descumprimento de um princípio da Cruz Vermelha por parte de uma Sociedade Nacional. Lembre-se que o uso do emblema da Cruz Vermelha não corresponde a uma franquia de natureza comercial, de forma a ensejar represálias quando infringidas suas regras. E, de qualquer forma, não seria preferível a existência de uma Cruz Vermelha imperfeita do que não existir nenhuma³⁰? Diante desse dilema, cabe aplicar a regra de ouro da Cruz Vermelha: indagar o que é melhor para as vítimas. Não cabe sacrificar tais princípios por razões de forma ou de prestígio.

7. PRINCÍPIOS ORGÂNICOS

7.1. Introdução

Fazemos referência à distinção entre os princípios fundamentais e os orgânicos da Cruz Vermelha. Os primeiros dizem respeito às razões profundas de ser da organização. Já os princípios orgânicos visam à estrutura e funcionamento da mesma. Contudo, apesar dessa diferença de natureza entre as duas categorias de princípios, em alguns casos não cabe fazer tal distinção. A própria declaração de princípios feita por Gustave Moynier, em 1863, na 1ª Conferência, que fundava a Cruz Vermelha, não fez distinção tão precisa entre uns e outros, mencionando apenas a “centralização, a previdência, a mutualidade e a solidariedade”. Da mesma forma, a XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha, de 1965, inclui as duas categorias. A distinção mais profunda vem na referida obra de Jean S. Pictet, de 1955, em que reconhece que os princípios se entrelaçam frequentemente.

30 Vide nota 16.

7.2. Desinteresse

As atividades desenvolvidas pela Cruz Vermelha não lhe conferem nenhum lucro, pois seu interesse é exclusivamente humanitário. A XVII Conferência Internacional da Cruz Vermelha proclamou como objetivo da instituição não somente a “alívio a todo sofrimento onde quer que exista”, mas também o “serviço desinteressado em todos os pontos do globo”. Por desinteresse se entende que a Cruz Vermelha não obtém nenhum lucro com seus serviços. Seu interesse é o das pessoas assistidas e não alguma vantagem pecuniária ou moral. O interesse a tutelar é aquele imediato da vítima, não devendo nunca ser sacrificada uma vida hoje diante de uma remota possibilidade de salvar cem vidas no futuro.

Se tal caráter filantrópico não estivesse patente, ninguém estenderia as doações de que a Cruz Vermelha necessita, nem se ofereceria como voluntário. Outras instituições também se ocupam do auxílio às vítimas, como médicos e hospitais profissionais, mas a Cruz Vermelha apresenta na sua atuação essa primazia absoluta da caridade gratuita. Os recursos e donativos que recebe se destinam às vítimas, sendo a Cruz Vermelha um agente fiduciário dos respectivos valores. Esse desinteresse representa sua forma de atrair novos doadores³¹.

7.3. Gratuidade

A Cruz Vermelha oferece seus serviços a título gratuito. Sua gratuidade decorre de seu caráter desinteressado. Por sinal, as vítimas beneficiadas com a sua assistência, como por ex. os combatentes feridos, são exatamente as pessoas que menos estão em condições de retribuir por seus serviços, incapazes que estão até de se salvar. O princípio da gratuidade não significa, contudo, que a Cruz Vermelha deva atuar somente com recursos próprios. Vive de doações de governos e particulares, mas de caráter facultativo.

Ademais, a Cruz Vermelha não tem como princípio absoluto a regra orçamentária de que as despesas devem corresponder às receitas. As despesas são aquelas necessárias à sua obra humanitária e as receitas devem correr atrás. Por isso, às vezes, a Cruz Vermelha acaba pleiteando o reembolso de algumas despesas, notadamente de quem pode arcar com os custos. Exemplo disso é o reembolso que as potências aliadas, na 2ª Guerra Mundial, realizaram ao Comitê Internacional, por seu gasto com serviços

31 Vide nota 29 acima.

de cadastramento e de fornecimento de víveres e comida a prisioneiros³². Até então, naquele conflito, era o povo suíço quem estava arcando com o grosso dessas despesas.

7.4. Voluntariado

A Cruz Vermelha consiste basicamente numa instituição de socorro voluntário. Vale lembrar o episódio inicial em que Henry Dunant convocou a assistência voluntária das mulheres italianas de Castiglione, a fim de ajudar os feridos de Solferino, independentemente de sua nacionalidade. A Cruz Vermelha nasceu assim da ajuda espontânea, desinteressada e voluntária. As próprias condições de reconhecimento das Sociedades Nacionais exigem que as mesmas sejam reconhecidas pelos seus próprios governos como “sociedades de socorro voluntárias”.

O voluntariado não significa forçosamente que os colaboradores não sejam remunerados. O trabalho não remunerado, por mais valioso que seja, às vezes, enfrenta o problema de ver se exaurir o entusiasmo dos colaboradores, por mais boa vontade que tenham inicialmente. E a obra da Cruz Vermelha não pode sofrer descontinuidade. Dessa forma, o voluntariado que se espera do colaborador da Cruz Vermelha consiste no fato de este não buscar lucro, mas colaborar com o ideal da organização. O essencial é manter o espírito de colaboração, que é a alma da Cruz Vermelha, e não cair nos vícios de um funcionalismo público em que a máquina burocrática se torna um fim em si mesmo.

Já quanto aos membros dos Comitês Centrais, não somente o Comitê Internacional, o ideal é que não sejam remunerados. Sua obra com isso adquire maior autoridade e suas demandas por fundos junto aos governos e ao público ganham mais credibilidade.

7.5. Complementaridade

Nos países modernos, em princípio, a função de cuidar dos doentes e feridos cabe ao Estado, eis que este possui os recursos e a autoridade necessários para as medidas cabíveis. Aliás, a própria guerra é provocada pelos mesmos, não sendo senão sua obrigação atenuar os males causados. A Cruz Vermelha intervem somente para aliviar os danos. A tarefa a realizar, porém, é bem maior do que sua capacidade e a mesma somente logra atuar nas lacunas da organização

³² Pictet, Jean, obra citada, pág. 103-104.

social. Nessa esteira, ao lado da atuação oficial, fundada na soberania e na justiça, existe outra, espontânea, desinteressada, baseada na caridade.

A função originária das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha era auxiliar o serviço de saúde das forças armadas. A rigor, trata-se ainda de uma condição de reconhecimento das Sociedades Nacionais o fato de serem habilitadas como tal junto às forças armadas de seu país, exceto naqueles países que não possuem forças armadas. Graças a essa função auxiliar é que as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha entraram para o direito internacional, tendo adquirido a imunidade nos campos de batalha sob o emblema da cruz vermelha sobre fundo branco, à semelhança do pessoal sanitário das forças armadas.

Note-se que a Cruz Vermelha não detém o monopólio exclusivo dessa função auxiliar aos serviços de saúde oficiais. A Ordem de Malta ou os Médicos sem Fronteiras, por ex., também prestam tais serviços complementares de saúde. Com o tempo, os serviços de saúde das forças armadas se desenvolveram e a Cruz Vermelha deixou de se dedicar exclusivamente a tal função auxiliar, assumindo atividades próprias, como a administração de hospitais civis, doação de sangue, escolas de enfermagem e assistência às vítimas de catástrofes naturais. Cite-se também a assistência aos prisioneiros de guerra e a manutenção de uma estrutura de busca de desaparecidos, a cargo da Agência Central de Pesquisas. Algumas atividades, inclusive, a Cruz Vermelha desenvolve à revelia dos serviços públicos, pois se antecipa aos mesmos.

7.6. Autonomia

A Cruz Vermelha deve possuir uma autonomia suficiente perante os poderes públicos. Exerce uma função de interesse público e complementar a do Estado, notadamente a de auxiliar das forças armadas. Nesse sentido, faz-se necessária uma colaboração tão estreita que, por vezes, desafia sua autonomia. Seu desafio é justamente conciliar a natureza de instituição de caridade privada com a disciplina militar exigida em campanha. Isso, porém, não representa uma contradição.

Lembre-se que, desde a sua criação, a Cruz Vermelha permite que as Sociedades Nacionais se organizem da forma que lhes for mais conveniente, desde que observem os princípios fundamentais da instituição, como a independência e autonomia. E tal autonomia diante dos poderes públicos deve ser suficiente para que seja mantida a confiança da população *vis-à-vis* sua obra. Os governos, mesmo que majoritários, sempre revelam um aspecto

sectário em seus atos. Além do mais, em época de guerra, o nacionalismo inflama a população. Mas a Cruz Vermelha tem de se afastar de tais paixões, permanecendo serena e imutável.

Indaga-se também se os dirigentes da Cruz Vermelha poderiam ocupar cargos públicos. Os textos regulamentares pertinentes são mudos a respeito, mas o bom senso não o veda, desde que as opiniões políticas não influam na obra e desde que não seja afetada a reputação da Cruz Vermelha. O seu próprio trabalho como auxiliar das forças armadas põe à prova sua autonomia, uma vez que seus agentes devem obedecer à disciplina militar. Mas tal obediência não significa que o pessoal da Cruz Vermelha faça parte das forças armadas, pois possuem status particular e uniforme distinto.

A própria composição dos quadros dirigentes das Sociedades Nacionais desafia também a autonomia da Cruz Vermelha. Frequentemente, as Sociedades Nacionais, uma vez que prestam um serviço de utilidade pública, recebem subvenções oficiais, seja na forma de verbas diretas ou de isenções aduaneiras para os materiais e medicamentos necessários. Ora, torna-se natural que os Estados exijam algo em troca, como a fiscalização dos recursos concedidos ou a prerrogativa de indicar seus dirigentes³³. Nas monarquias, é comum que membros da família real exerçam cargos honoríficos nas Sociedades Nacionais.

7.7. Pluralismo

As Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha devem estar abertas a todos os cidadãos de seus países, segundo um critério democrático. O princípio do pluralismo tem três acepções: o recrutamento indiscriminado, o pluralismo em sentido estrito e a organização democrática. De acordo com a primeira acepção, as Sociedades Nacionais devem estar abertas a voluntários de todo o gênero, sem distinção de raça, sexo, classe, religião, opinião política etc. É claro que podem restringir pessoas indesejáveis, eis que o serviço a ser prestado exige responsabilidades, mas o critério de seleção não deve ser discriminatório nem sectário.

Quanto ao pluralismo propriamente dito, frise-se que é vantajoso que a causa da Cruz Vermelha agregue o máximo possível de pessoas, pois a união faz a força. Não se trata aqui de defender um recrutamento propor-

³³ Na própria Cruz Vermelha Portuguesa o seu presidente é nomeado pelo Primeiro Ministro e o Ministro da Defesa Nacional, conforme proposta de seu Conselho Supremo.

cional às categorias ou tendências que compõem a sociedade, mas de agregar que tiver boa vontade³⁴.

É necessário também que as Sociedades Nacionais se organizem sobre uma base democrática. Isso espelha o igualitarismo da Cruz Vermelha e garante a independência daqueles que se alistam para trabalhar na instituição. É certo que muitos países onde há uma Sociedade Nacional da Cruz Vermelha não são democráticos. Mas o ideal é que a vontade dos colaboradores possa se manifestar livremente, que possam eleger os dirigentes da instituição e que assim a Sociedade Nacional mantenha a autoridade moral por que sempre primou a organização.

7.8. Igualdade das Sociedades Nacionais

As Sociedades Nacionais têm os mesmos direitos no plano internacional. Em realidade, as ditas Sociedades têm importância diferente de acordo com o país. Uns países são ricos e a respectiva Sociedade Nacional se revela operativa; mas em outros países isso não acontece. Aliás, os homens tampouco são iguais entre si. O ideal, portanto, é que a desigualdade de fato seja compensada pela igualdade de direito e é por isso que se elaborou o princípio da igualdade das Sociedades Nacionais.

Contudo, nem sempre foi assim. Após a 1ª Guerra Mundial, com a criação da Liga das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, as Sociedades Nacionais das cinco potências vitoriosas exerciam um papel preponderante. Essa distinção, entretanto, colidia com o espírito da instituição, dada a necessidade de estimular a solidariedade internacional entre as várias Sociedades Nacionais. Tornou-se então imperativo equilibrar a isonomia na Cruz Vermelha com a realidade de discrepância de poder entre as nações. Uma solução foi criar duas câmaras deliberativas na Liga (hoje Federação): uma com votos iguais e outra proporcional à população.

7.9. Unidade

Representa uma condição de reconhecimento de uma Sociedade Nacional a de que, dentro de um Estado, só exista uma só Sociedade da Cruz Vermelha e, no comando desta, um só órgão central; tal Sociedade Nacional também deve atuar no país inteiro. Nesse sentido, o princípio da unidade contém três aspectos nodais. Primeiro, exige-se que num determinado país só exista uma sociedade da Cruz Vermelha. Segundo, que, no comando des-

34 Não faria qualquer sentido a imposição de cotas raciais na contratação de voluntários para a Cruz Vermelha, tal qual vem ocorrendo no funcionalismo público do Brasil!

ta, haja só um órgão central. Por fim, que esta Sociedade Nacional estenda seu raio de ação por todo o território de seu país.

A exigência de unidade de comando despontou logo em 1869, na II Conferência Internacional da Cruz Vermelha. Atende a uma razão de ordem prática, pois o trabalho de promover socorro às vítimas de guerra requer uma unidade de direção, sob o risco de ineficiência e caos. De fato, tal qual nas forças armadas, a unidade de direção impõe a coordenação da ação de socorro. Ademais, o individualismo sem um trabalho hierarquizado acaba causando desperdícios inúteis. Como bem colocou Jean S. Pictet “*l’amateurisme est la lèpre des institutions charitables*”³⁵.

No plano internacional, da mesma forma, a solidariedade no trabalho das várias Sociedades Nacionais impõe que haja uma só entidade em cada país, a fim de se maximizar resultados. A pluralidade de instituições dentro de um país tornaria confusa a relação com as Sociedades Nacionais dos outros países e com o CICV, empecendo o trabalho conjunto na rede de solidariedade internacional que caracteriza o trabalho da Cruz Vermelha no mundo.

Consequência disso é também a necessidade de que a Sociedade Nacional estenda os seus serviços à totalidade de seu território. Isso facilita a ajuda humanitária vinda do exterior, pois relega à Sociedade Nacional a divisão de tarefas dentro de seu próprio território. Aduza-se, a propósito, que uma Sociedade Nacional da Cruz Vermelha só estenderá sua ação em outro país com o consentimento da Sociedade deste país, não por reserva de soberania, mas para evitar descoordenação e desperdício.

7.10. Solidariedade

No capítulo referente ao princípio da humanidade, tratamos da solidariedade entre os homens; aqui, trataremos da solidariedade que une as Sociedades Nacionais. A solidariedade entre as Sociedades Nacionais advém não só do fato de todas perseguirem o mesmo fim, mas também de cultivarem uma ajuda recíproca. Essa solidariedade é que distingue a caridade individual da obra humanitária desenvolvida pela Cruz Vermelha.

A importância da ajuda solidária entre as Sociedades Nacionais foi ressaltada desde o início da instituição por Gustave Moynier, um dos seus fundadores. Tal necessidade de ajuda recíproca nasceu basicamente entre Sociedades Nacionais de países em guerra entre si. Havendo prisioneiros e feridos de ambos os lados, as Sociedades Nacionais logo concluíram que tratar dos inimigos

³⁵ Pictet, Jean, obra citada, pág. 139.

feridos sob custódia de seu Estado estimula que a Sociedade Nacional do país adversário dê igual tratamento aos compatriotas detidos do outro lado.

Mais tarde, a reciprocidade se estendeu à troca de informações sobre experiências havidas. Hoje se inclui nas condições de reconhecimento de uma Sociedade Nacional participar da rede de solidariedade que une as demais Sociedades Nacionais e órgãos internacionais da Cruz Vermelha.

Normalmente, a assistência às vítimas de conflitos ou tragédias naturais incumbe à Sociedade Nacional do respectivo país. Todavia, na eventual impotência operacional desta diante da dimensão do caso, a ajuda de parte das outras Sociedades Nacionais, sobretudo dos países vizinhos, traduz o atendimento ao princípio aqui tratado. Não há obrigação legal da reciprocidade, mas esta opera como uma garantia moral de que a ajuda virá daqueles que já foram ajudados.

7.11. Previdência

A Cruz Vermelha deve estar sempre pronta e preparada para enfrentar as tarefas que possam surgir. A batalha de Solferino demonstrou como os exércitos estavam despreparados para cuidar dos feridos de guerra, pois a estrutura socorrista montada se verificou irrisória para o número de baixas. A ideia de Henry Dunant foi justamente a de que devia-se preparar em tempo de paz para que se pudesse ajudar as vítimas das guerras que viriam. A História do mundo nos ensina que a paz entre as nações não é eterna, não sendo, pois, prudente relaxar nesse ponto. Note-se que, mesmo hoje em dia, a possibilidade de uma guerra é bem palpável, se levarmos em consideração o tamanho dos exércitos que os países modernos mantêm.

Isso requer trabalho sem trégua, formando pessoal habilitado, preparando o material necessário, aperfeiçoando as técnicas de socorro etc. Logo após a grande mobilização de socorros que ocorreu com a 1ª Guerra Mundial, verificou-se a necessidade de não deixar o pessoal inativo. Assim, as Sociedades Nacionais se puseram a cuidar dos doentes civis, criando escolas de enfermagem³⁶, intervindo em catástrofes naturais etc. Mas é na guerra que a Cruz Vermelha tem sua prova de fogo, pois, se em tempo de paz outras instituições filantrópicas podem se ocupar das vítimas, na guerra, a Cruz Vermelha às vezes é a última esperança.

Cite-se mais uma vez que as condições de reconhecimento das Sociedades Nacionais exigem que estas se preparem desde o tempo de paz para as

³⁶ Data justamente de 20/10/1914 a criação da Escola Prática de Enfermagem da Cruz Vermelha Brasileira.

atividades do tempo de guerra. É verdade que as guerras e as catástrofes são temporais, mas a necessidade de estar pronto é permanente.

Uma boa forma de aliviar o sofrimento humano é tentar evitá-lo e, nesse sentido, a Cruz Vermelha atua intensamente. No domínio sanitário, ocupa-se da profilaxia, da vacinação, da educação para a higiene, sobretudo por intermédio das Sociedades Nacionais. No campo jurídico, a incumbência recai mais sobre o Comitê Internacional, promovendo a elaboração de normas de direito humanitário, como vem ocorrendo nas Convenções de Genebra. Assim, a Cruz Vermelha previne na paz o acúmulo de trabalho que terá de enfrentar na guerra.

8. A CRUZ VERMELHA PORTUGUESA

Portugal esteve presente na 1ª Conferência da Cruz Vermelha e na subsequente 1ª Convenção de Genebra, de 1864. Foi representado pelo médico militar Dr. José Antônio Marques, pessoa de bastante prestígio no país, inclusive como cientista. Por sinal, suas propostas na Conferência apresentavam forte caráter humanitário, tendo algumas sido aceitas no documento final³⁷. Logo em seguida, em 11 de fevereiro de 1865, foram elaborados os estatutos provisórios por uma “comissão organizadora” e, em 26 de maio de 1868, foi publicado o decreto que fundou a “Comissão Portuguesa de Socorros a Feridos e Doentes Militares em Tempo de Guerra”.

Tal comissão era presidida pelo General José Maria Baldy e funcionava, segundo seus estatutos, sob os auspícios do Ministério da Guerra, situação essa que ainda perdura, hoje sob a tutela do Ministério da Defesa. Após o mandato de General José Maria Baldy, a presidência foi ocupada pelo General Augusto Xavier Palmeirim, mas a atividade da Comissão se arrefeceu, tanto que Portugal não participou do Congresso de Berlim de 1869. Em 1887, contudo, a ideia foi ressuscitada pelo General Antônio Florêncio de Souza Pinto, já com o nome de Sociedade Portuguesa da Cruz Vermelha. A entidade, a partir de então, se desenvolveu e participou de todos os grandes conflitos da história mundial.

Hoje, a Cruz Vermelha Portuguesa está estruturada de forma a perseguir seus objetivos institucionais. Possui órgãos sociais de natureza deliberativa, diretiva, consultiva e fiscalizadora. Entres os deliberativos, no topo,

37 Foi aceita a proposta de que a Convenção fosse extensiva a todos os feridos, independentemente da sua classificação (o projeto inicial só se referia aos feridos graves) e também extensiva aos militares doentes, mesmo não feridos. Já a sua proposta de que aos hospitais civis, desde que neles estivessem militares feridos ou doentes, fosse concedida proteção e neutralidade não foi aceita.

se encontra a Assembleia Geral e, abaixo, as assembleias de delegações e de núcleos. Os órgãos diretivos são compostos pela Direção Nacional, órgão executivo máximo, e as direções de delegações e de núcleos. Quanto aos órgãos consultivos, incluem estes o Conselho Supremo e os conselhos consultivos de delegações e núcleos. Por fim, para fiscalizar suas atividades, existe o Conselho Fiscal. O Presidente Nacional da Cruz Vermelha Portuguesa é nomeado por despacho do Primeiro-Ministro e do Ministro da Defesa Nacional, sob proposta do Conselho Supremo.

A atuação da Cruz Vermelha Portuguesa inclui a manutenção de unidades de socorro em cerca de 70 delegações e núcleos pelo país. Cite-se ainda a administração do Hospital da Cruz Vermelha de Lisboa, inaugurado em 1965. Além disso, o Lar Militar se ocupa de proporcionar assistência a militares sinistrados nas guerras de África. Há também a Escola Superior de Enfermagem para a formação de enfermeiras, a qual, a partir de 1999 cumpre as exigências de uma licenciatura. Por fim, cite-se a Escola Profissional Tasso de Figueiredo e a Escola de Socorrismo, que ensina as técnicas de primeiros socorros, tão caras à atividade da Cruz Vermelha.

Além da atividade mais ligada à área de saúde, a Cruz Vermelha Portuguesa tem uma atuação importante no desenvolvimento do direito humanitário. Assim, a Cruz Vermelha Portuguesa possui um Departamento de Relações Internacionais, com recursos humanos preparados para contribuir com os órgãos das Sociedades Nacionais dos outros países e com o CICV na discussão e formulação de propostas das matérias dos congressos sobre o tema.

Ainda no âmbito internacional, vale mencionar o trabalho exercido pelo Serviço de Pesquisa e Localização, o qual auxilia a Agência Central de Pesquisas do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho de Genebra. Lembre-se de que, antes da criação desse movimento humanitário, os prisioneiros que caíssem em mãos inimigas simplesmente desapareciam, deixando angustiadas as respectivas famílias. Pouco após a guerra franco-prussiana, em 1879, foi criado o primeiro serviço de correspondência entre feridos e suas famílias, ideia que se desenvolveu muito com a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais. Com as Convenções de Genebra de 1949 e os seus Protocolos de 1977, a Agência Central de Pesquisas do CICV ganhou regulamentação legal (com a fixação de documento de identidade padrão etc.), vindo o Serviço de Pesquisa e Localização da CVP a colaborar estreitamente com o trabalho conjunto de busca de desaparecidos.

Finalmente, cumpre registrar a participação da Cruz Vermelha Portuguesa em várias ocasiões em que se fez necessária. Durante a 1ª Guerra Mundial montou um hospital de campanha no nordeste da França. Atuou nas guerras coloniais da África portuguesa, na guerra da Bósnia, no furação Mitch, em Nova Orleães, no terremoto da Turquia e inúmeras ocasiões.

9. A CRUZ VERMELHA BRASILEIRA

O Brasil não ficou fora do Movimento Internacional da Cruz Vermelha. A criação da Cruz Vermelha Brasileira, em 1907, deve-se muito ao esforço do médico Joaquim de Oliveira Botelho. Foi assim lançada a base da organização numa reunião da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, sendo sua primeira presidência ocupada pelo famoso sanitarista Oswaldo Cruz. Sua notoriedade e sua intensa atividade junto à saúde pública, porém, não permitiram que a sociedade se desenvolvesse, até que o mesmo declinou da Presidência em favor do General Thaumaturgo de Azevedo. Assim, em 5 de dezembro de 1908, foram aprovados os seus estatutos e esta data ficou conhecida como a da criação da Cruz Vermelha Brasileira.

Nesse sentido, como condição de que a CVB fosse reconhecida pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha como integrante do movimento, fazia-se necessário que o governo brasileiro reconhecesse seu caráter de utilidade pública. Isso adveio então com a promulgação do Decreto n. 2.380, de 31/12/1910, que reconhecia a Sociedade Nacional como a única, nessas condições, para fins das Convenções de Genebra. E aprovação do CICV ocorreu então em 16 de março de 1912. Ainda em decorrência deste fato, o governo brasileiro baixou, em 13 de junho de 1912, o Decreto n. 9.620 declarando “de caráter nacional a Sociedade da Cruz Vermelha Brasileira, para poder funcionar no Brasil e ser considerada de utilidade pública internacional e reconhecida por todas as nações cultas”.

Em 1916, o governo brasileiro, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional, doou à Cruz Vermelha Brasileira um terreno de 6.789 m² para a construção de sua sede. O prédio representa uma das preciosidades arquitetônicas da época no Rio de Janeiro e lá está desde 3/5/1917, como sede da organização, na atual Praça da Cruz Vermelha. Funcionaram no local um ambulatório e a Escola Prática de Enfermagem.

A Escola Prática de Enfermagem da Cruz Vermelha se confunde com a própria história da enfermagem no Brasil. A 1ª Grande Guerra fez despertar o interesse pela enfermagem no Brasil e um grupo de senhoras

da sociedade carioca constituiu um comitê chamado “Damas da Cruz Vermelha”, o qual se tornou posteriormente a Seção Feminina da Cruz Vermelha Brasileira. O primeiro curso de enfermeiras voluntárias começou em 20/10/1914, existindo até hoje (embora tenha fechado de 2000 a 2009), com atuação destacada na epidemia de gripe espanhola em 1918. Cite-se ainda que duas enfermeiras formadas na Escola da CVB participaram da 2º Grande Guerra como membros da Força Expedicionária Brasileira na Itália: Elza Cansação Medeiros e Virgínia Maria de Niemeyer Portocarrero. Outras duas enfermeiras da CVB foram agraciadas com a Medalha Florence Nightingale: Idália de Araújo Porto Alegre (1929) e Irene de Miranda Cotegipe Milanez (1949).

A estrutura da Cruz Vermelha Brasileira, apesar de obedecer ao princípio da unidade, que impõe um único órgão de direção, comporta diversas filiais, dada a grande extensão do território do país. A Lei federal n. 2.380, de 31 de dezembro de 1910, regulou a matéria, permitindo que ditas filiais pudessem adquirir personalidade jurídica própria. Desarte, abriu-se uma filial logo em 1912, em São Paulo, depois em Minas Gerais, em 1914, e assim por diante, sendo que hoje há 18 filiais estaduais e 52 municipais.

A Cruz Vermelha Brasileira enviou voluntários para as duas Grandes Guerras Mundiais do século XX. Como hoje o país não está em guerra, suas atividades têm se concentrado em campanhas de saúde pública, numa atuação assessoria e complementar aos serviços públicos oficiais. Na sua história, deve ser ressaltada a sua atuação na guerra do Contestado (Santa Catarina, 1914), na epidemia de gripe espanhola (1918), na campanha contra tuberculose (1920), além de várias campanhas para vítimas de inundações no país, de terremotos e de tsunami em outros países. A CVB atua ainda na orientação de jovens no bairro boêmio carioca da Lapa, para alertar quanto ao risco de doenças venéreas.

10. CONCLUSÃO

Tentamos neste trabalho dar um panorama geral da Cruz Vermelha. Lembramos, mais uma vez, que a mesma nasceu da ideia de um homem, Henry Dunant, movido pelo sentimento de caridade que nele despertou diante da carnificina de Solferino. Mas a entidade se espalhou pelo mundo e se agigantou. Passou a abranger outras atividades, além daquelas que se referem estritamente à assistência às vítimas de conflitos armados. Passou a

cuidar também das vítimas de catástrofes naturais, inclusive epidemias. E tal incumbência não se verifica nada desprezível, pois, se a guerra eventualmente pode ser evitada, as catástrofes naturais não!

Ao lado dessa atividade socorrista, a Cruz Vermelha têm atuado também noutra incumbência tão relevante quanto sua vocação inicial, que é a promoção do direito humanitário. Os progressos feitos nesse campo ao longo do século XX lhe são devidos em grande parte. Possivelmente o mundo não conheceria as normas protetivas das Convenções de Genebra se não existisse a Cruz Vermelha.

Fica difícil evitar um tom apologético ao escrever sobre o tema, pois a Cruz Vermelha representa os sentimentos mais altruísticos que existem na humanidade, a caridade e o amor ao próximo, sentimentos esses que não têm fronteiras geográficas, políticas, nem históricas. ❖

BIBLIOGRAFIA:

ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

BORY, Françoise. **Génese e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário**. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, 1982.

_____. **Cruz Vermelha & Crescente Vermelho, Retrato dum Movimento Internacional**, Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha.

BROWN, Pam. **Henry Dunant, o Fundador da Cruz Vermelha, sua compaixão salvou milhares de vidas**. Tradução para o português pela Cruz Vermelha Brasileira. Edição Exley Publications Ltd., 1988.

BUGNION, François. **Le Comité International de la Croix Rouge et la Protection des Victimes de la Guerre**. 2. ed. Genève: Comité International de la Croix Rouge, 1994.

CONVENÇÕES de Genebra de 12 de agosto de 1949. Edição patrocinada pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Lisboa: Cruz Vermelha Portuguesa, 1985.

COSTA, C. Vences e. **Centenário do Falecimento de Doutor José António Marques, Fundador da Cruz Vermelha Portuguesa, 1884-1984**. Separata do Boletim “Informação” da C.V.P., 8 de novembro de 1984.

DESCUBRA o CICV. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, dezembro de 2010.

DUNANT, Henry. **Un souvenir de Solférino**. réproduction textuelle de l’originale. Genève: Comité International de la Croix Rouge, 1862.

MAGALHÃES, Ana Maria; ALÇADA, Isabel. **A Cruz Vermelha**. Lisboa: Cruz Vermelha Portuguesa/Editorial do Ministério de Educação, 1998.

MANUAL de Difusão de Doutrina e Direito Internacional Humanitário (DIH). Brasília: Comité Internacional da Cruz Vermelha, 2006.

PICTET, Jean S. **Les Principes de la Croix Rouge**. Genève: Comité International de la Croix Rouge, 1965.

PROTÓCOLOS Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Edição patrocinada pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha. Lisboa: Cruz Vermelha Portuguesa, 1985.

Site da Cruz Vermelha Internacional na internet, www.cicr.org.

Site da Cruz Vermelha Brasileira na internet, www.cruzvermelha.org.br.

Site da Cruz Vermelha Portuguesa na internet, www.cruzvermelha.pt.

SOARES, Maria Barroso. **Cruz Vermelha**. Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Editora Gradiva, 2002.

Por uma Teoria Pura dos Princípios

(A Farsa do Neoconstitucionalismo,
os Limites de uma Teoria sobre o
Direito e o Caminho para uma
Prática Jurídica Consistente)

Towards a Pure Theory of Principles
(the lies of neoconstitutionalism, limits
of a Legal Theory, and the path to a
consistent Legal Practice)

Rodrigo Borges Valadão

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Público pela FGV/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). Doutorando em Teoria do Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha. Advogado no Rio de Janeiro

“Se fui capaz de ver mais longe foi apenas porque eu estava apoiado sobre os ombros de gigantes.”

Isaac Newton

RESUMO: Na Teoria do Direito brasileira, o Pós-Positivismo (ou Neoconstitucionalismo) é uma espécie de discurso único. Construído sobre uma caricatura de seu antecessor, o Pós-Positivismo não apresenta soluções consistentes para os problemas do Positivismo Jurídico. Na verdade, acaba sendo um grande retrocesso ao Direito Natural, apresentando exatamente os mesmos problemas que o Positivismo Jurídico, há mais de um século, esforçou-se

para corrigir. Uma prática jurídica democrática não pressupõe o “abandono” do Positivismo Jurídico. Ela somente pode ser feita “a partir” dele.

PALAVRAS-CHAVE: Problemas do Pós-Positivismo. Positivismo Jurídico. Prática Jurídica

ABSTRACT: In Brazilian jurisprudence, Post-Positivism (or Neoconstitutionalism) is a kind of unique discourse. Built on a caricature of its predecessor, Post-Positivism does not offer consistent solutions to the problems of Legal Positivism. In fact, it ends up being a great retrocession to Natural Law, presenting exactly the same problems that Legal Positivism, more than a century ago, struggled to correct. A democratic legal practice does not presuppose “leaving aside” Legal Positivism. It can only be made “from” it.

KEYWORDS: Problems of Post-Positivism. Legal Positivism. Legal Practice

NOTA PRÉVIA: A TEORIA PURA DO DIREITO E SEUS INIMIGOS

Verifica-se no discurso jurídico brasileiro um fenômeno bastante curioso, que nestas páginas convencionou-se denominar generosamente de “jusfilosofia de conveniência”. A perplexidade causada por este curioso fenômeno é semelhante àquela relatada por biólogos do século XVIII, quando se depararam com o ornitorrinco, animal que, ao mesmo tempo, apresentava característica dos mamíferos e dos ovíparos; era, portanto, ambos e nenhum deles.

Esse novo movimento, conforme assentado por um dos seus máximos expoentes, “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.”¹ O resultado concreto desta estranha mistura é o surgimento de uma “escola jusfilosófica” estritamente casuística, variando o posicionamento do teórico sobre o conceito de Direito na mesma medida em que a aplicação de determinada norma lhe convém.

Neste novo quadro teórico, o uso acrítico de diversos prefixos prolifera em número exponencial: “pós”, “neo”, enfim, diversas partículas são aglutinadas em algum conceito para demonstrar o surgimento de uma “nova teoria”, construída sobre solo “não-positivista”². O positivismo jurídico passa

1 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

2 FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 161.

a ser apresentado, na melhor das hipóteses, como uma visão teoricamente ultrapassada. Diz-se, por exemplo,³ que o positivismo “deixou de ser considerado uma forma adequada de compreender o direito”⁴ ou que constitui um “retrocesso”.⁵ Noutras vezes, os ataques contra o positivismo apelam para a emoção do ouvinte, sendo aquele apresentado como uma “teoria frígida”, que ignora sentimentos inerentes à “natureza humana”,⁶ sustentando-se, numa clara alusão ao nazismo, que “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.⁷

No centro dessas críticas está um modelo específico de positivismo jurídico: a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.⁸ Na maioria das vezes, essas críticas são realizadas com uma distorção substancial de seus postulados fundamentais. É comum ouvir, por exemplo, que, “por lastrear a aplicação do Direito à idéia de subsunção, a grade teórica proposta pelo positivismo jurídico para dar conta da interpretação legal encontra dificuldades para aprender [a] nova realidade do direito constitucional contemporâneo (...).”⁹ Por não mais caber no positivismo jurídico,¹⁰ o Direito passa, a partir do século XX, a demandar a construção de uma teoria capaz de “dar conta da especificidade da aplicação dos princípios”.¹¹

As coisas, no entanto, não são bem assim. Em primeiro lugar, a Teoria Pura do Direito jamais defendeu a ideia de subsunção. Mais do que negar esse postulado interpretativo, o positivismo kelseniano apresenta-se como a primeira teoria a identificar, com sério rigor epistemológico, o papel desempenhado pelo “intérprete” na aplicação do Direito.¹² Falar que o intérprete

3 Todos os exemplos que serão utilizados no presente parágrafo encontram-se catalogados por Dimitri Dimoulis. *In: Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 45.

4 BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

5 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 6.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78.

7 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

8 Embora as importantes contribuições de outros decanos do positivismo jurídico – como Hart e Ross – não possam ser negadas, o presente trabalho irá adotar como paradigma a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

9 MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Expansão dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo**. Mimeografado. Cópia gentilmente cedida pelo professor nas aulas de epistemologia jurídica no mestrado em direito constitucional na PUC/RJ.

10 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

11 MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Expansão dos Direitos Fundamentais e o Neoconstitucionalismo**. Mimeografado. Cópia gentilmente cedida pelo professor nas aulas de epistemologia jurídica no mestrado em direito constitucional na PUC/RJ.

12 Sobre o tema, eis as palavras do próprio Kelsen: “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 correta (ajustada), e que a justiça

sempre é influenciado por questões morais no momento da aplicação do Direito é fácil. Construir uma teoria descritiva que indique os limites dessa influência, nem tanto.

Em segundo lugar, a teoria kelseniana é, em larga medida, compatível com a “especificidade da aplicação dos princípios”. Em larga medida, porque, salvo no que diz respeito à leitura moral do Direito (incompatível, de fato, com seus fundamentos epistemológicos), o princípio da imputação e a ideia de moldura, ambos presentes na Teoria Pura do Direito, permitem o manejo dos princípios na aplicação do Direito. Além de não pressupor uma superposição conceitual entre Direito e moral, a incorporação dos princípios nos ordenamentos jurídicos é viável em sede positivista, sendo desnecessária a criação de uma “nova” teoria para tanto.

Se, de um lado, o projeto neoconstitucionalista representa, em sede de teoria do Direito, um grande retrocesso (ou, sendo generoso, um grande fracasso), não se pode negar que o positivismo jurídico é (conscientemente) incapaz de oferecer uma dogmática sobre a prática jurídica. Se uma prática satisfatória do Direito exige – e é exigida – por uma teoria satisfatória do Direito¹³, parece que esta lacuna ao conhecimento teórico pode ser legitimamente preenchida pela teoria da argumentação jurídica.

Todas essas ideias serão, a partir de agora, desenvolvidas em partes distintas, sendo, no entanto, necessária uma última consideração importante: as páginas seguintes não pretendem assumir qualquer caráter conclusivo. Elas apresentam apenas os primeiros esboços de um projeto a ser desenvolvido em maior amplitude.

PARTE I – FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS

1. CRÍTICAS NEOCONSTITUCIONALISTAS

Seja na sua vertente moralista (Dworkin), seja na sua vertente discursiva (Alexy e Habermas), o movimento neoconstitucionalista¹⁴ parte

(correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (*razão*), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 391.

¹³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 336.

¹⁴ Convém, aqui, ressaltar que, embora contenha discursos diversos, cada um deles dotados de certas peculiaridades, a expressão “neoconstitucionalismo” será utilizada, neste trabalho, com abstração a estas diferenças. Isto porque, em que pesem as diferenças entre os diversos discursos, todos eles compartilham a mesma premissa: i) uma crítica implacável ao positivismo jurídico; e ii) a necessidade de uma nova teoria, capaz de lidar com os princípios.

da premissa de que questões morais podem ser discutidas a partir de critérios racionais.

Haveria, portanto, segundo seus defensores, a possibilidade de comprovar objetivamente a superioridade de certos valores morais ou, pelo menos, indicar um procedimento correto para encontrá-los.¹⁵ Estamos, aqui, diante de um *universalismo moral* (mais amplo ou mais restrito, conforme a corrente teórica), posição que, em síntese, sustenta que a verdade de certas normas morais pode ser reconhecida.

De acordo com um importante divulgador da vertente discursiva, o projeto neoconstitucionalista trabalha com “a superação do fosso entre ser e dever-ser, com o enfrentamento da fratura humeana e a consequente possibilidade de justificação do juízo moral, abrindo a discussão racional do domínio normativo (...)”.¹⁶ A proposta neoconstitucionalista seria, portanto, “fechar o abismo entre o *Sein* e o *Sollen*, entre os julgamentos descritivos [de fato] e os prescritivos [de valor], e, em última análise, entre vida e ciência, que desde Hume e sobretudo Weber, condenou as proposições normativas (organização da práxis) à inverificabilidade e à contingência da mera opinião.”¹⁷

Como consequência, as normas (morais ou jurídicas) não assegurariam meramente uma crença na legitimidade. Assim como o juízo teórico, o juízo prático e seu produto (as normas) também ergueriam uma pretensão de correção, que poderia ser independente e racionalmente avaliada.¹⁸ Em breve síntese: os sistemas normativos – no que nos interessa diretamente, a moral e o Direito – seriam acessíveis à razão. Esta concepção, longe de constituir uma “terceira via” no discurso jurídico, representa apenas o retorno, com ares de novidade, de uma velha conhecida: a escola do direito natural.¹⁹

15 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 191.

16 MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Distinção entre Fatos e Valores e as Pretensões Neofrankfurtianas**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 14.

17 ROUANET, Sérgio Paulo. **Teoria Crítica e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1986, p. 286.

18 MC CARTHY, Thomas. **Introduction**. In: HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975, p. X. *Apud* MAIA, Antonio Cavalcanti. **A Distinção entre Fatos e Valores e as Pretensões Neofrankfurtianas**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 14.

19 Segundo Carlos Santiago Nino, uma dissecação das várias versões do direito natural demonstra as seguintes características desta escola jusfilosófica: i) uma tese de filosofia moral que sustenta a existência de princípios morais, que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana; ii) uma tese sobre o conceito de Direito, segundo a qual uma norma ou sistema normativo não podem ser qualificados como “jurídicos” se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios. In **Introducción al Análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 28 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 400.

Nesse sentido, se o prefixo “neo” serve para qualificar algum conceito, melhor seria designar este movimento de neojusnaturalismo.²⁰

Nos próximos itens, serão demonstrados os motivos para continuar pensando o Direito sob a luz da Teoria Pura do Direito. Esta defesa será guiada pela convicção de que, ao contrário do que se sustenta com ares de unanimidade, os pilares do positivismo jurídico permanecem firmes.

2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA TEORIA PURA DO DIREITO

Como todo discurso teórico, a Teoria Pura do Direito edifica-se sobre alguns fundamentos epistemológicos. De início, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos essenciais da teoria do conhecimento, sem os quais os passos posteriores não serão bem compreendidos. Após, deve ser analisado o impacto do ceticismo de David Hume na teoria do conhecimento, notadamente nas questões normativas, com a distinção entre o mundo natural (*Sein*) e o mundo cultural (*Sollen*). Por fim, fixado o caráter arbitrário das normas de dever-ser (morais ou jurídicas), Kelsen busca um princípio de regência, diverso daquele que move as ciências causais, que denomina de princípio da imputação.

2.1. Incursões Preliminares na Teoria do Conhecimento

A teoria do conhecimento é a parte da filosofia que indaga acerca da possibilidade e dos limites da cognição humana. De fato, durante todos os momentos de sua existência, os seres humanos são levados a relacionarem-se com o mundo exterior. Seja pela queda de uma gota de chuva, seja por um mero aperto de mãos, formamos incessantemente *juízos* (ou conhecer) sobre o mundo exterior.

Mas o que significa conhecer? Em breve síntese, pode ser dito que conhecer significa transferir as categorias *reais* do mundo externo para as categorias *abstratas* do mundo interno (consciência humana). Por sua vez, essa transferência (juízo) pode ocorrer de 2 (dois) modos distintos: i) em primeiro lugar, teremos um *juízo de fato* sempre que o conhecimento dirigir-se aos fatos percebidos pelos sentidos, formando estes juízos o objeto de estudo da *metafísica* (ou *ontologia*)²¹; ou ii) por outro lado, te-

²⁰ Aliás, isto é textualmente reconhecido por um dos seus grandes expoentes, Alfonso García Figuerola. In: **La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 179.

²¹ O termo “Metafísica” foi cunhado por Andrônico de Rodes (por volta de 50 a.c.) para designar os tratados de Aristó-

remos um *juízo de valor* sempre que certas qualificações sejam atribuídas a estes fatos, formando o objeto de estudo da *axiologia*²². Portanto, enquanto no juízo de fato busca-se a resposta para a questão da existência, no juízo de valor analisamos se o conteúdo definido pelo juízo de fato nos causa atração ou repulsa.²³

Não obstante, no plano da experiência, a realidade e o valor apresentam-se caoticamente entrelaçados. De fato, sem qualquer esforço racionalmente direcionado, fato e valor parecem se sobrepor, confundindo o juízo humano numa falsa unidade. Desse modo, a primeira ação da consciência humana é, justamente, tentar separar a realidade do valor.

Num primeiro momento, nossa atitude *cega para o valor* deve buscar no caos da experiência a existência do fato que se pretende conhecer. Isso significa que devemos, nesta etapa, limitar-nos a constatar a existência de um fenômeno, sendo esta constatação realizada pela verificação das propriedades ínsitas ao objeto.²⁴ Em sequência, consolidado o juízo de fato pela afirmação da existência do objeto, é possível verificar que sua existência não se reduz mais à sua realidade natural. Para além desta, o objeto possui determinadas propriedades que só são levadas em conta no mundo cultural quando se estabelecem relações *práticas* entre sujeito e objeto.²⁵

Vejamos um exemplo: fazemos um juízo de fato quando dizemos que esta folha de papel existe. Sua existência pode ser afirmada porque este objeto detém certas propriedades, como, por exemplo, a sua densidade e a sua textura, o que nos permite distingui-la do aço. Por outro lado, além de constatar sua existência, podemos ainda atribuir-lhe determinadas qualidades, o que será resultado de um juízo de valor. Se, por exemplo, a qualidade atribuída for a sua utilidade, poderemos ter como resultado um juízo moral: é “correto” (i.e., *devemos*) derrubar árvores para fabricar folhas de papel, pois estas permitem a acumulação e transmissão de conhecimento.

teles classificados após os tratados sobre a “Física”. São os livros que Aristóteles designou como a “Filosofia Primeira” e que se referem ao estudo do ser enquanto ser, isto é, antes que seja determinado com a forma dos seres físicos, matemáticos ou psíquicos. Notando a apropriação do termo pela filosofia cristã com um sentido transcendental, o filósofo alemão Jacobus Thomasius, no século XVII, propôs sua substituição pelo termo “ontologia” (estudo do ser) como forma de laicizar seu estudo.

22 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda *et* MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando (Introdução à Filosofia)**, 2ª ed., São Paulo: Moderna, 1993, p. 273.

23 *Idem*, p. 273.

24 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**, 24ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 137.

25 *Idem*, p. 137 e 138.

2.2. A Desqualificação da Razão Prática

É com David Hume, no entanto, que os limites do conhecimento são colocados no seu devido lugar. Além de introduzir a noção de probabilidade²⁶ no uso da razão teórica, permitindo uma constante reelaboração dos seus conceitos, o ceticismo de seus postulados instaurou uma desconfiança permanente do potencial racional da filosofia prática. Isso porque, “embora a *razão*, quando plenamente assistida e desenvolvida, seja suficiente para nos fazer reconhecer a tendência útil ou nociva de qualidades e ações, ela sozinha não basta para produzir qualquer censura ou aprovação moral. (...) É preciso que um *sentimento* venha a se manifestar aqui, para estabelecer a preferência pelas tendências úteis sobre as nocivas.”²⁷

Explica-se com um exemplo: embora Euclides tenha explicado completamente todas as propriedades do círculo, nenhuma proposição poderia dizer sequer uma palavra sobre sua utilidade ou beleza. O motivo é evidente: a utilidade ou beleza não são propriedades do círculo, não residem em nenhuma parte da linha cujas partes são equidistantes de um centro comum, mas são apenas os efeitos que essa figura produz sobre a mente humana. Em vão a procuraríamos no círculo, ou a buscaríamos, por meio dos sentidos ou do raciocínio matemático, em qualquer das propriedades dessa figura.²⁸

Do mesmo modo, parece evidente que os fins últimos das ações humanas não podem ser explicados pela razão. Por mais que possamos arrolar todos os argumentos “racionais” para que uma conduta seja desempenhada de uma maneira específica, haverá sempre um resíduo irracional a orientar a mesma, muitas vezes em sentido contrário ao postulado racional. Em última análise, as ações humanas são guiadas, senão inteiramente, em sua maior parte, pelos puros sentimentos, sem qualquer dependência das faculdades intelectuais.²⁹ O fator chave para a prática não são os fundamentos lógicos,

26 A noção de probabilidade foi introduzida de sorte a demonstrar os limites da própria razão teórica. É que, como sempre ignoramos *todas* as causas potenciais de determinado fenômeno, apenas podemos, diante das causas conhecidas, *indicar uma probabilidade* da ocorrência do fato. Toda *causalidade* é sempre uma causalidade *provável*. HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 91.

27 HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 368 e 369.

28 O exemplo é fornecido pelo próprio David Hume. *In* **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 368 e 369.

29 HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. São Paulo: Unesp, 2004, p. 377.

mas o fim ideal para que se orienta,³⁰ e, por isso, a razão é, por si mesma, absolutamente impotente diante dessas questões.³¹

De outro lado, ainda que a razão pudesse guiar a conduta humana, não há como equiparar a filosofia especulativa à filosofia moral.³² É que os conceitos obtidos pela razão teórica podem ser submetidos a um controle empírico de verificação. Exatamente por isso, uma norma moral não pode ser verdadeira ou falsa. É óbvio que podemos fornecer inúmeras razões para demonstrar a superioridade de uma norma moral em detrimento de outra. Pode-se, até mesmo, ser obtido um consenso.³³ Todavia, o resultado obtido nunca será a verdade sobre um fato (ser), mas a validade de uma norma (dever-ser), pela circunstância de esta pertencer ou não a determinado sistema.³⁴

Com a desqualificação da filosofia prática com meio de produção de conhecimento legítimo, “o reino das normas e fins deixa de ser acessível [em última instância] à razão, pois esta, reduzida à razão científica, só tem competência sobre as proposições analíticas da lógica e da matemática e sobre as

30 HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 135.

31 HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Unesp, 2001, p. 497.

32 Neste ponto, convém esclarecer que o objeto de estudo da filosofia moral divide-se, basicamente, em 03 (três) ramos: i) a *ética normativa*, que busca identificar construções filosóficas que estruturam sistemas normativos destinados a normear a conduta humana; ii) a *ética aplicada*, que se ocupa de questões concretas e vitais da ação humana, forçando uma adaptação ou modificação dos sistemas éticos identificados pela ética normativa; e iii) a *metaética*, que tem por finalidade discutir se os fundamentos da moral são racionais ou sentimentais, isto é, se estamos veiculando conhecimento verdadeiro ou se estamos simplesmente dando vazão aos nossos sentimentos, emoções ou preferências. Note-se que o reconhecimento de sistemas éticos (ética normativa), ou de seu desenvolvimento (ética aplicada), não depende de uma postura metaética positiva (ou cognitivista). Assim sendo, embora seja possível identificar, em qualquer sociedade, determinado sistema normativo ético (objeto da ética normativa), ou mesmo analisar seu desenvolvimento prático (ética aplicada), o fundamento último da moral, para os não-cognitivistas (e, também, para a maioria dos positivistas), é sempre de caráter irracional (postura metaética negativa). O ceticismo da posição positivista, como bem nota Alf Ross, “(...) não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética, mas sim à metaética.” Respectivamente: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta?** In: ROUANET, Luiz Paulo *et alli* (Org.). **Razão Mínima**. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 12 e 13; ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 21 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 405.

33 De acordo com Kelsen, a irracionalidade moral não significa, necessariamente, que cada pessoa possua seu próprio sistema individual. Na verdade, “muitos indivíduos concordam em seus julgamentos de valor. Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão. Todo sistema de valores, em especial um sistema moral com a sua ideia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual emerge. O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. Que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é prova de que esses julgamentos estejam corretos.” KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12.

34 Isto não significa, porém, que a filosofia prática seja inteiramente irracional. O que não se pode negar é a permanência efetiva de um resíduo de justificação de determinada conduta para além da razão (finalidade), ou, ainda, a impropriedade do método empírico para demonstrar a verdade de suas proposições.

proposições sintéticas relativas ao mundo objetivo dos fatos”.³⁵ As normas escapam a estas duas esferas: não são nem empíricas nem tautológicas, e portanto não podem ser fundamentadas à luz da única instância racional sobrevivente: a razão teórica.

2.3. A Busca por um Princípio de Regência para a Teoria do Direito

Por todo o exposto, verifica-se que uma norma (moral ou jurídica) somente pode ser entendida como ato de vontade, nunca como um produto da razão teórica.³⁶ Ao contrário das puras descrições, que podem ser empiricamente controladas, qualquer prescrição é, necessariamente, o produto do exercício de autoridade por um sujeito,³⁷ visando a determinados fins. Uma teoria do Direito – que pretenda efetivamente ser uma teoria, e não uma prática disfarçada –, apenas pode descrevê-lo; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for.³⁸

Como consequência, o princípio de regência do Direito difere substancialmente do princípio de regência dos fenômenos não normativos, ou seja, daqueles que não expressam um dever. Assim, enquanto as leis dos fenômenos da natureza são edificadas com base no *princípio da causalidade*, os acontecimentos normativos se apoiam em princípio diverso, a saber, no *princípio da imputação*.³⁹

Neste contexto, o *mundo natural* é entendido como o plano existencial (mundo físico) determinado pela ocorrência de um nexos necessário (princípio da causalidade), o qual o pensamento humano meramente constata. De outro lado, repousa o *mundo cultural*, de caráter normativo, explicável pelo princípio da imputação (relação de condição e consequência atribuída pelo homem), quando há descrição de uma relação específica estabelecida entre dois fatos diferenciados dos acontecimentos causais, em virtude de ser essa relação alheia aos fatos que descreve.⁴⁰ Assim, ao contrário da causalidade natural, a “causalidade normativa” (leia-se: a im-

35 ROUANET, Paulo Sérgio. *Ética Iluminista e Ética Discursiva*. In: Habermas 60 Anos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1981, p. 31.

36 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 108.

37 VON WRIGHT, Georg Henrik. *Ser y Deber Ser*. In: AARNIO, Aulis *et alli* (Org.). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 93.

38 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 82.

39 SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 6 e 7.

40 Idem, p. 7.

putação) encontra sua razão de ser apenas nas normas que vinculam determinados fatos e que transformam as ações humanas em ações humanas normativamente qualificadas.⁴¹

Aqui, a distinção entre as normas jurídicas e as proposições formuladas pela ciência jurídica assume especial relevância. Se a teoria do Direito tem por objeto as normas jurídicas, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*Wertfrei*). Quer dizer: essa descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional.⁴² Se a razão humana é uma faculdade de conhecimento, por meio dela as normas estabelecidas por atos de vontade podem ser conhecidas, mas não criadas.⁴³

As proposições formuladas pela ciência do direito, ao contrário das suas normas, podem ser verdadeiras ou falsas,⁴⁴ ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica, apenas podem ser válidas ou inválidas.⁴⁵ Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que quando A é, B deve-ser, mesmo quando B efetivamente não o seja. Segundo Kelsen, “o ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.”⁴⁶

3. OUTRAS RAZÕES PARA ADESÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO

Ainda que uma tentativa de reintroduzir uma reabilitação da filosofia moral possa ser bem-sucedida, outras razões fortes podem ser arroladas a favor de uma abordagem positivista da Teoria do Direito.

3.1. A Necessidade de uma Teoria sobre o Direito

Embora o positivismo jurídico seja, normalmente, vinculado às teses não cognitivistas da filosofia moral, é impróprio reduzi-lo a tanto. Em pri-

41 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

42 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 89.

43 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 10.

44 Neste particular, faz-se importante um alerta: tal como os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as *afirmações* sobre esses fatos podem ser verídicas ou inverídicas. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 83.

45 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 83.

46 Idem, p. 87.

meiro lugar, não são todos os positivistas que adotam uma postura cética no que diz respeito ao reconhecimento de certos princípios morais específicos. Como exemplo, temos Jeremy Bentham e John Austin, ambos sustentando um princípio moral universalmente válido: o princípio da utilidade.⁴⁷

Em segundo lugar, como bem ressalta Noel Struchiner, o ceticismo ético “nada nos diz sobre o Direito; apenas nega a existência ou a possibilidade de juízos morais universais. A única coisa que se pode inferir a partir da informação de que alguém é cético em matéria ética é a conclusão de que não pode ser um jusnaturalista.”⁴⁸

Deste modo, é plenamente possível – embora difícil – que uma pessoa assuma uma posição cognitivista em matéria ética e defenda, epistemologicamente, o positivismo jurídico. Para além do acerto de determinadas normas morais, há uma constatação inequívoca, seja nos regimes democráticos, seja nos regimes ditatoriais: a existência de uma categoria normativa dotada de atributos próprios, totalmente distintos das demais categorias normativas. Simétrica à moral ou não, há em qualquer coletividade humana o registro de uma categoria normativa que garante o cumprimento de certas regras através da coerção: a norma jurídica.

Assim sendo, o que caracteriza o positivismo jurídico, em última análise, não é uma posição cética em matéria moral. O que caracteriza, na verdade, o positivismo jurídico é uma postura epistemológica que admite a possibilidade de identificar e descrever o Direito sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas.⁴⁹ Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, deve-se investigar as suas fontes, e não o seu mérito.⁵⁰ Portanto, a aceitação da tesa juspositivista não depende da opinião do estudioso sobre a existência, a objetividade e o caráter absoluto (ou universal) dos valores morais.⁵¹

Para John Gardner, “o uso do rótulo condiz com o sentido literal do próprio rótulo. Em que deveria acreditar um ‘positivista jurídico’, senão que as leis são positivadas? (...) Para ser mais exato, [o positivismo jurídico

47 *In* **Introducción al Análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 31 *Apud* STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii*. **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 405.

48 STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. *In*: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii* (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 405.

49 *Idem*, p. 409.

50 GARDNER, John. **Legal Positivism: 5 ½ Myths**. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 46, p. 200.

51 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 186.

diz] que, em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida, enquanto uma norma daquele sistema, somente em virtude do fato de que em algum tempo e lugar relevantes, algum agente ou agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a evocaram, a reforçaram, a endossaram ou, de alguma forma, se engajaram com ela. Não se pode usar como objeção à sua consideração como lei o fato de que era uma norma aberrante, com a qual aqueles agentes nunca deveriam ter se engajado. De modo inverso, se nenhum agente relevante tivesse se engajado com ela, então ela não seria considerada como uma lei, muito embora possa ser uma excelente norma, com a qual todos os agentes relevantes deveriam ter se engajado sem reservas.”⁵²

Por fim, uma razão pragmática ainda pode ser arrolada em favor do positivismo jurídico. É que, ainda que a moral possa assumir traços objetivos, pelo mero consenso ou por um processo de correção, quaisquer destas avaliações serão sempre mais controvertidas e incertas do que a identificação das normas jurídicas pelos critérios positivistas.⁵³ Por isso, a independência do Direito em relação à moral propicia mais segurança na prática jurídica,⁵⁴ limitando as possibilidades de decisões arbitrárias e restringindo a liberdade de escolha dos julgadores.⁵⁵

3.2. A Motivação para o Ato

Ao se admitir que a razão seja capaz de justificar a verdade de determinada proposição moral, uma questão não resta resolvida pelo discurso neoinstitucionalista: é que, ainda que determinada proposição moral venha a ser aceita e considerada correta, nada, absolutamente nada, garante que ela, por si só, irá servir para uma atuação na mesma direção.

O que não resta explicado, portanto, é: como uma norma moral, racionalmente estabelecida (por intuição ou por construção) pode funcionar como motivo suficiente (motivação direta) para determinar a conduta de um agente? Logo, embora razões morais possam ser arroladas e cotejadas para determinar o “acerto” de determinada conduta, o fator chave para a

52 GARDNER, John. **Legal Positivism: 5 ½ Myths**. The American Journal of Jurisprudence. Vol. 46, p. 200.

53 MacCORMICK, Neil. **Diritto, morale e positivismo giuridico**. In MacCORMICK, Neil et WEINBERGER, Ota. *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Giufreé, 1990, p. 157 a 179. *Apud* DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 186.

54 De fato, “é relativamente fácil afirmar que valem como ‘lei’ todos os imperativos aprovados pelo Congresso Nacional. Mas como ter certeza sobre os comandos que vigoram se a validade se submete ao requisito de consonância com a dignidade humana ou qualquer outro [valor]?” DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 145.

55 *Idem*, p. 186.

mesma terá sempre um componente arbitrário, incapaz de ser racionalmente apreendido. Em última análise, os juízos morais não levam ninguém a agir, a menos que o agente disponha de um desejo ou interesse pertinente.⁵⁶

Além da insuficiência para a motivação direta, a crítica neoconstitucionalista de falta de parâmetros axiológicos na Teoria Pura do Direito deixa sem resposta a evidência da presença, seja qual for o tempo ou o país considerado, desta técnica específica de controle social, conhecida como *direito positivo*, e que se impõe por ter validade em si mesma, e não por estar em acordo com determinada concepção de moral.

Verifica-se, pois, que, ao lado – ou mesmo independentemente – das “razões” morais, será necessária a presença de um sistema normativo específico, capaz de funcionar como motivação indireta para uma conduta desejada. Assim compreendido, o Direito nada mais é do que uma técnica social específica, distinta das demais ordens normativas vigentes na sociedade, que busca a conduta desejada por meio da ameaça de coerção.⁵⁷

PARTE II – POR UMA TEORIA DO DIREITO (OU ESTÁTICA JURÍDICA)

4. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Até aqui, procurou-se demonstrar as razões que fundamentam a “tese da separação” entre o Direito e a moral, bem como outros argumentos em defesa da permanência de uma teoria positivista do Direito.

Não obstante, se, de um lado, a separação entre estes dois sistemas normativos é inegável, de outro lado, é inegável também que, em algum momento, a moral irá afetar a prática jurídica. É óbvio que qualquer ordenamento jurídico sempre autoriza – como se ele pudesse impedir (!) – que a autoridade competente leve em consideração questões morais na criação e interpretação das normas jurídicas: esta uma constatação trivial, aceita por todos os positivistas. A questão em aberto é: como se desenvolve esta relação?

Em primeiro lugar, existe uma corrente do positivismo jurídico que admite a incorporação de sistemas morais pelos ordenamentos jurídicos positivados, sem, contudo, admitir essa confusão conceitual. É o que se deno-

56 CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta?*. In: ROUANET, Luiz Paulo *et alii* (Org.). *Razão Mínima*. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 17.

57 KEISEN, Hans. *O Direito como Técnica Social Específica*. In: *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

mina, atualmente, de *positivismo inclusivo*, corrente teórica formulada a partir das lições do jusfilósofo inglês Hebert L. A. Hart.⁵⁸ Para os defensores deste segmento, a relação entre Direito e moral não é necessária, mas contingente. Logo, embora a moral não seja indispensável para caracterizar uma norma jurídica, a mesma pode incorporar padrões morais.

Ao que parece, o positivismo inclusivo acaba por adotar, em última análise, uma visão moralista do Direito e, portanto, equivocada. De fato, a tese da incorporação só se torna relevante se a mesma receber uma interpretação radical, afirmando-se que “as autoridades competentes são obrigadas a levar em consideração a moral socialmente dominante (ou qualquer outra, claramente identificada) e que sua desconsideração repercute na validade das normas jurídicas. Neste caso, porém, o [positivismo exclusivo] se transforma em uma versão moderada do moralismo, afirmando que a vinculação entre direito e moral é necessária nos sistemas jurídicos que assim o convencionaram (e não em todos, como afirmam os moralistas).”⁵⁹

Ademais, parece irrelevante afirmar que a autoridade competente deve levar em conta considerações morais no momento da aplicação do Direito, pois tal afirmação não indica: i) quais as regras morais que devem ser utilizadas; ii) qual o critério para discernir se a autoridade levou ou não em consideração a regra moral cogente; iii) se aquilo que será apresentado como moralmente correto pela autoridade competente corresponde a uma exigência moral ou simplesmente decorre de preferências políticas do aplicador;⁶⁰ iv) como controlar juridicamente uma decisão definitiva de uma autoridade que não levou em conta os imperativos morais.

Em segundo lugar, é possível defender uma assepsia axiológica das normas jurídicas, em perfeita consonância com os postulados da Teoria Pura do Direito, posição aqui defendida. É o que se vem denominando de *positivismo exclusivo*, posição segundo a qual apenas a fonte serve para qualificação de uma norma jurídica. Assim, quando o Direito estabelece um critério material de identificação de normas válidas, na verdade se delega a uma autoridade a tarefa de estabelecer, por si própria, a validade de uma determinada norma. Portanto, a validade da norma jurídica provém do fato de que a autoridade considerou que a norma em jogo passou pelo crivo do critério meritório. Como é a autoridade

58 *Vide* HART, Hebert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 138.

59 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 142.

60 *Idem*, p. 142.

relevante que toma essa decisão, a norma é sempre válida em função da sua fonte, e não por força de critérios morais.⁶¹

Desse modo, verifica-se que a moral não pode ser utilizada como critério de constatação de validade de uma norma jurídica. Apesar das influências indiretas (considerações morais que a autoridade competente necessariamente irá levar em conta no momento de proferir a sua decisão), a moral nunca interfere conceitualmente na definição do Direito. Assim sendo, quando uma autoridade⁶² qualquer cria uma norma jurídica de acordo com critérios morais, estamos, tão somente, diante de uma decisão humana que, por isso mesmo, constitui um fato social. Essa decisão não cria o Direito porque é justa, moral ou adequada, mas porque a pessoa (ou grupo) que formulou essa vontade possui autoridade para tanto.⁶³

5. A NORMA JURÍDICA COMO SIMPLES MOLDURA

Dentre outras peculiaridades,⁶⁴ o Direito tem a capacidade de regular a sua própria criação. Isso ocorre porque uma norma jurídica determina o processo pela qual outra norma será produzida (o que inclui a autoridade competente), bem como, eventualmente, os *limites* do seu conteúdo.

Caracteriza-se, assim, o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico de normas. Isso porque, ao contrário dos sistemas estáticos, nos quais o conteúdo das normas inferiores pode ser deduzido das superiores através de uma operação lógica, no sistema dinâmico, as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder. As nor-

61 Eis um exemplo: o legislativo pode estabelecer um critério meritório de identificação de normas válidas como “serão válidas as normas razoáveis”. Essa norma, que serve como um critério meritório de identificação de outras normas, é válida em função da sua fonte (essa regra foi criada de acordo com uma outra regra válida que atribui ao legislativo a prerrogativa de criar normas). De acordo com a Teoria Pura do Direito, quando se estabelece a regra “serão válidas apenas as regras razoáveis” apenas transfere-se para o juiz a decisão sobre a validade da norma. STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alii* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 411.

62 Por sua vez, a identificação da autoridade assume características diversas para vários positivistas exclusivos. Segundo Joseph Raz, a autoridade está sendo exercida quando: i) os destinatários do comando obedecem porque confiam no comando ou se sentem por ela intimidados; ii) quando a ordem é obedecida independentemente do juízo de valor que o destinatário faz sobre elas. Para Hans Kelsen, o critério de identificação é a eficácia global da ordem jurídica, que se estabelece quando os agentes responsáveis pela aplicação da norma se sentem vinculados a determinado ordenamento positivo. Respectivamente: RAZ, Joseph. **The Authority of Law – Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, p. 3-27, 40. *Apud* DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 136; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.

63 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 61.

64 Para outras características, confira-se o artigo de Kelsen, denominado “O Direito como Técnica Social Específica”. In: **O que é Justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225 e segs.

mas superiores fornecem, apenas, o fundamento de validade das normas que se sucedem, e não o seu conteúdo.⁶⁵ Com efeito, a produção das normas inferiores depende de um ato especial de criação, isto é, de uma *manifestação de vontade específica*.⁶⁶

Deste modo, a norma inferior *cria* o Direito. Por outro lado, a criação da norma inferior – seja esta a lei ou a sentença – não se reduz a mera aplicação de uma vontade preexistente. Na verdade, sua criação é constituída, simultaneamente, por um ato cognitivo (de definição das possibilidades abertas pela moldura normativa) e por um ato volitivo (de escolha de uma dessas possibilidades).⁶⁷

Logo, uma norma é válida (leia-se: jurídica) por ter sido produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante.⁶⁸ A validade da norma inferior está vinculada à superior no aspecto *formal*, quer dizer, quanto ao modo de sua produção – órgão competente e procedimento previsto – e, eventualmente, no aspecto *material*, referente aos limites do seu conteúdo – matéria a ser tratada.

Segundo Kelsen, “se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”⁶⁹

65 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 217 e segs.; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília DF: UnB, 1999, p. 71 e segs.

66 Este é, por exemplo, um dos erros capitais das teorias denominadas pós-positivistas: acreditar que através da razão prática se possa encontrar uma única aplicação correta para uma norma jurídica. Embora critiquem o positivismo kelseniano pelo afastamento do Direito do fato social (crítica im procedente, registre-se), caem nesta própria crítica, afastando o Direito de seu elemento político e, portanto, ideológico e arbitrário, impossível de ser apreendido pela razão.

67 BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**, São Paulo: Renovar, 2000, p. 66.

68 Deixou-se de abordar, aqui, propositalmente a questão da norma fundamental. Além de se apresentar como tema complexo na teoria kelseniana, foge aos estreitos limites do objeto do presente trabalho.

69 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

De fato, uma norma jamais conseguirá determinar todos os aspectos do ato através do qual é aplicada. Sempre restará uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação pela autoridade, de forma que a norma jurídica apresenta-se apenas como uma moldura a ser preenchida. Mesmo uma norma o mais pormenorizada possível acaba por deixar àquele que lhe dá aplicação uma pluralidade de escolhas a fazer.⁷⁰ Esta indeterminação da norma, a ser preenchida pela norma autoridade, pode ser: i) intencional; ou ii) não intencional.

5.1. Indeterminação Intencional

A indeterminação intencional pode ocorrer de 03 (três) modos distintos: i) através da utilização de conceitos indeterminados; ii) através da simples previsão do pressuposto fático que autoriza a ação da autoridade inferior; ou iii) através da autorização, diante de determinado pressuposto fático, para escolha entre condutas específicas.

Em primeiro lugar, a norma jurídica pode proceder, voluntariamente, a uma descrição insuficiente dos pressupostos fáticos de sua incidência. Isto ocorre quando a norma utiliza-se de expressões dotadas de alto grau de indeterminação, tais como “urgência”, “relevante”, “grave” etc. Nestes casos, a autoridade inferior terá um alto grau de análise sobre a ocorrência – ou não – dos pressupostos que autorizam a sua conduta. Nem se fale, aqui, que esta indeterminação somente ocorreria em abstrato e que, diante do caso concreto, será sempre possível verificar se os pressupostos de fato estão ou não presentes. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Com efeito, como bem sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “se em determinada situação real [a autoridade] reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a [norma], que transgrediu o direito”.⁷¹

Em segundo lugar, a indeterminação pode decorrer da simples previsão dos pressupostos fáticos da incidência, sem que a norma jurídica tenha estipulado a conduta da autoridade inferior. Por exemplo, uma lei pode determinar que, diante de uma epidemia, a autoridade responsável deve tomar as medidas necessárias para evitar o alastramento da doença, sem indicar, contudo, que medidas são estas. Desta forma, verificado o pressuposto de

⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 388.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

fato (epidemia), a autoridade responsável pela aplicação da norma pode escolher, segundo seus próprios critérios de conveniência e oportunidade,⁷² as medidas concretas a serem tomadas, de modo a melhor atender a finalidade da norma (contenção da epidemia).⁷³

Por fim, a indeterminação pode decorrer da autorização para escolha entre condutas determinadas, diante da manifestação de determinados pressupostos de fato. Suponha-se uma lei penal que preveja, para a hipótese de determinado delito, a aplicação de uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão ao infrator. Nesta hipótese, a autoridade judiciária terá a faculdade de, diante das peculiaridades do caso concreto, decidir-se pela aplicação de uma ou da outra, bem como determinar a medida das mesmas, dentro dos limites máximo e mínimo eventualmente previstos pela norma superior.⁷⁴

5.2. Indeterminação Não Intencional

Já a indeterminação não intencional (ou involuntária) pode ocorrer de 03 (três) formas distintas: i) da textura aberta da linguagem;⁷⁵ ii) das lacunas normativas; iii) das contradições constantes na mesma norma.

Quanto à textura aberta da linguagem, é preciso constatar, de início, que as normas jurídicas têm por escopo comunicar certos padrões de conduta através de formas de linguagem. Disso resulta, inevitavelmente, a indeterminação de certos aspectos *fáticos*, que, em hipótese alguma, poderiam ser previstos por normas *abstratas*. Nesse passo, as palavras ou expressões utilizadas pelas normas jurídicas podem não ter um significado unívoco (o que é bastante comum), de sorte que o órgão responsável por sua aplicação encontra-se diante de várias significações possíveis.⁷⁶

Um exemplo bem simples pode ajudar a entender a questão: suponha-se uma norma que prescreva ser que, ao entrar num prédio público, as pessoas devem tirar o chapéu da cabeça.⁷⁷ Muitos aspectos da norma são imprecisos. Boné é chapéu? E uma viseira? Tem alguma relevância para a

72 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32.

73 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

74 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

75 Em que pese a expressão “textura aberta” ter sido originalmente desenvolvida, no campo jurídico, por Herbert L. A. Hart, há na teoria kelseniana algumas breves considerações acerca da insuficiência designativa da linguagem. Cf., respectivamente, HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, especificamente, seu Capítulo VII e KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

76 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

77 Exemplo semelhante é fornecido por Herbert L. A. Hart. In: **O Conceito de Direito**, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 138.

hipótese a mão com a qual é retirado o chapéu, se com a direita ou com a esquerda? E o que deve ser feito após tirar o chapéu da cabeça? É lícito colocá-lo novamente na cabeça após entrar ou somente após sair do prédio?

Um outro exemplo: suponha-se uma norma jurídica que proíba a entrada de veículos em parques públicos. Muitos aspectos da norma são imprecisos. Motocicletas são veículos? E bicicletas? E patins? Qual é a punição para eventual infrator? Nestes casos – como em inúmeros outros –, o órgão responsável pela aplicação da norma terá uma ampla margem de apreciação, tanto no que diz respeito aos pressupostos fáticos (bicicleta é veículo?), quanto no tocante às consequências jurídicas (qual será a punição?).

Nestes casos, o significado exato é objetivamente indeterminado. O máximo que se pode dizer é que todas as palavras e/ou expressões compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa*, em que seria certo que por ela não estaria abrigada.⁷⁸ Restará sempre uma fundada dúvida no intervalo entre ambas, a ser preenchida exclusivamente por critérios subjetivos do aplicador da norma. Esta zona cinzenta não pode ser preenchida por critérios objetivos, cognoscíveis a partir da norma superior, mas somente por critérios subjetivos, definidos pela vontade da autoridade encarregada de sua aplicação.

Outrossim, a indeterminação involuntária pode ser consequência de uma lacuna normativa. Segundo Kelsen, contudo, a lacuna não passaria de uma ficção, consistindo, na verdade, numa autorização para que a autoridade inferior defina – ou não – o direito a ser aplicado, sem a observância de parâmetros gerais prévios.⁷⁹ E, aqui, teremos 02 (duas) situações diversas: i) a norma autoriza que um órgão específico crie o Direito; ou ii) a norma impede que a autoridade inferior crie o Direito.

No primeiro caso, o órgão aplicador terá a possibilidade de estipular, na condição de legislador, a obrigação sustentada para o caso concreto. Não haverá, aqui, preenchimento de qualquer lacuna propriamente dita, mas apenas a criação de uma norma individual que não corresponde a qualquer norma geral prévia. No segundo caso – ausência de autorização para criação do Direito –, a autoridade responsável simplesmente “aplica” a regra negativa de que ninguém deve ser forçado a observar a conduta à qual não está obrigado pelo Direito.⁸⁰

78 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29.

79 KELSEN. Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 212.

80 Idem, p. 213.

Por fim, a indeterminação não intencional pode decorrer do fato de 02 (duas) normas jurídicas, que pretendem incidir simultaneamente – o que ocorre, por exemplo, quando ambas são produto do mesmo ato jurídico –, se contradizem total ou parcialmente.⁸¹

Logo de início, esclarece Kelsen que o princípio da não contradição somente pode ser aplicado aos enunciados que derivem dos atos de pensamento. Uma norma jurídica, porém, é o sentido de atos de vontade dirigidos à conduta de outrem e, como tal, não é verdadeira nem falsa, mas sim válida ou inválida.⁸² O enunciado sobre a validade de uma *norma* somente pode ser considerado verdadeiro na mesma medida em que é verdadeiro o enunciado sobre a existência do *ato de vontade* (cujo sentido constitui a norma). Se ambas as normas “contraditórias” são decorrência do mesmo ato de vontade, nenhuma delas suprime a “verdade” da outra.⁸³ A não ser que uma das normas seja inválida, a situação criada por um conflito de normas válidas consiste em que uma delas será cumprida e a outra será violada.⁸⁴

Esses conflitos podem ser de 03 (três) ordens: i) *total-parcial*; ii) *total-total*; e iii) *parcial-parcial*.⁸⁵ No primeiro caso (antinomia *total-parcial*), uma das normas tem o mesmo âmbito de incidência da outra, porém mais restrito. Suponha-se a seguinte situação: de um lado, uma norma jurídica *N* proíbe que os estrangeiros pratiquem uma conduta *C* em território nacional; de outro, uma norma jurídica *N* autoriza que os estrangeiros com mais de dois anos de domicílio no território nacional pratiquem uma conduta *C*. Neste caso, o princípio (leia-se: postulado) da especialidade resolve o problema sem maiores dificuldades, sendo possível estabelecer logicamente uma solução para o conflito entre as proposições normativas em conflito.

Na segunda hipótese (antinomia *total-total*), as normas incompatíveis podem ter idêntico âmbito de incidência, caso em que uma norma não poderá ser aplicada sem entrar em conflito direto com a outra (antinomia *total-total*). Um exemplo ajuda a entender o problema: imagine-se que, de um determinado documento normativo, 02 (duas) proposições jurídicas contraditórias entre si possam ser extraídas: i) uma delas, diz que quem praticar a conduta *C* será punido (sanção negativa); ii) a outra, por sua vez, diz que quem praticar a conduta *C* será premiado (sanção posi-

81 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

82 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 263.

83 Idem, p. 281.

84 Idem, p. 267.

85 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2003. p. 158.

tiva). É simplesmente impossível resolver esse conflito normativo através de um ato racional, de puro conhecimento. Esse conflito somente pode significar que a autoridade competente pode optar, por meio de uma análise estritamente política: i) por punir quem praticar a conduta; ou ii) por premiar quem praticar a conduta.

Por fim, nas antinomias de terceiro tipo (antinomia *parcial-parcial*) as normas em conflito têm o seu âmbito de incidência em parte igual e em parte diferente. Um exemplo: enquanto uma norma jurídica *N* proíbe as condutas *C* e *C*, uma (outra) norma jurídica *N* autoriza as condutas *C* e *C*. No que diz respeito à conduta *C*, somente 02 (duas) possibilidades restam abertas para a autoridade competente: i) ou a proíbe; ii) ou a autoriza.

Como consequência, um conflito entre normas jurídicas do tipo *total-total* ou *parcial-parcial* somente poderá ser logicamente corrigido pelos critérios hierárquico e cronológico. Pelo critério da hierarquia, reputa-se inválida uma norma jurídica contrária a outra norma jurídica, quando esta forneça o fundamento de validade daquela. Todavia, se as normas em conflito ostentam a mesma hierarquia – ou seja, retiram o seu fundamento de validade de uma terceira norma comum –, resolve-se o conflito através do critério cronológico, considerando-se que a norma mais recente tenha revogado a norma mais antiga.

Por outro lado, se ambas as normas em conflito tiverem origem idêntica, o conflito não poderá ser resolvido no âmbito da interpretação, mas tão somente no âmbito da criação. Visto que interpretação das normas jurídicas é conhecimento do direito, e o conhecimento do direito não pode produzir normas jurídicas (mas apenas a vontade),⁸⁶ o órgão aplicador poderá apenas decidir, num ato de vontade, pela aplicação de uma ou de outra, pelo que permanece a existir, no plano estritamente normativo, o conflito entre ambas. Nesse caso, não será possível identificar, através da razão,⁸⁷ o resultado jurídico específico (ou, como querem alguns, a única resposta possível), dependendo o resultado de um ato de vontade que crie o Direito.

6. POR UMA TEORIA PURA DOS PRINCÍPIOS

Mantida a epistemologia positivista e suas categorias fundamentais, caminha-se agora para compatibilizar o reconhecimento dos princípios

86 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 392.

87 Este é um dos principais problemas das denominadas teorias pós-positivistas. Em regra, a aplicação da norma positivada ou de determinados “valores jurídicos” decorre, exclusivamente, de uma escolha arbitrária, falseada por argumentos retóricos. Todavia, diante do objeto do presente trabalho, esta crítica ficará reservada a uma outra oportunidade.

com a Teoria Pura do Direito. Ao contrário do que sustenta com ares de unanimidade,⁸⁸ é plenamente possível a construção de uma “teoria positivista dos princípios”. Confira-se:

6.1. Natureza dos Princípios

Impende ressaltar, de início, que não há mais qualquer divergência sobre serem princípios e regras espécies de normas jurídicas. Neste particular, há um razoável consenso entre positivistas e neoconstitucionalistas. As divergências começam no momento de se estabelecer as suas respectivas diferenças.

Para os neoconstitucionalistas, os princípios funcionam como uma reaproximação do Direito aos valores. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios,⁸⁹ podendo mesmo vir a serem abrigados pelo ordenamento jurídico positivo.⁹⁰

Não obstante, embora seja inegável que o Direito Positivo, em inúmeros casos, permite que a autoridade responsável pela aplicação da norma leve em consideração questões morais, isso não significa que deva ser adotada a tese da incorporação. É que esta incorporação traria um problema lógico, sendo impossível encontrar um “meio-termo” entre o jusmoralismo e juspositivismo.⁹¹ Segundo Dimitri Dimoulis, “ou será considerado que a moral exerce uma influência necessária e autônoma ao Direito ou não. No primeiro caso (moralismo), a incidência da moral independe do conteúdo das normas vigentes, incluindo-se a norma de reconhecimento. No segundo caso (positivismo), a influência da moral é contingente, pois depende da vontade do legislador [leia-se: autoridade] que pode também impor o contrário.”⁹²

Assim sendo, uma teoria dos princípios somente é viável se a mesma for compatível como uma teoria do Direito Positivo. Para se manter

88 “Se existem princípios no Direito, então o positivismo jurídico resulta inviável.” FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 179.

89 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

90 Esta positivação será essencial, apenas, para os denominados positivistas inclusivos.

91 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 143.

92 Idem, p. 143.

fiel aos postulados de uma autêntica teoria do Direito, a diferença entre os princípios e as regras deve ser vista de forma estritamente quantitativa, e não qualitativa.⁹³ Logo, os princípios assumem apenas uma funcionalidade específica no ordenamento jurídico, nele introduzindo normas que atribuem uma maior discricionariedade a autoridade responsável por “aplicar” o Direito. Como a maioria das normas de um ordenamento jurídico, os princípios são vagos e abstratos, projetando uma dimensão “programática” para o momento da sua aplicação. A única diferença entre princípios e regras é de densidade normativa (e, portanto, de natureza quantitativa), consistindo, em razão da formulação linguística veiculada, na maior discricionariedade delegada a autoridade responsável pela aplicação da norma.⁹⁴

Assim sendo, a positivação de princípios não tem por função “materializar certos valores de uma determinada sociedade”. Na verdade, de acordo com Neil MacCormick, “quando dizemos que a lei ‘encarna’ valores, estamos falando por metáfora. (...) Os valores apenas são ‘encarnados’ na lei no sentido em que e na medida em que seres humanos aprovelem as leis de que dispõem em virtude dos estados de coisas que elas supostamente devem garantir, sendo eles estados de coisas que, por algum motivo, são considerados justos ou, de outro modo, bons.”⁹⁵

De acordo com a Teoria Pura do Direito, é possível dizer que os princípios apenas introduzem uma norma dotada de *indeterminação intencional* no ordenamento positivo, de modo que a autoridade estará autorizada agir de modo discricionário. Na verdade, os princípios em muito se aproximam dos conceitos jurídicos indeterminados, porém dotados de uma outra peculiaridade: os princípios não preveem a conduta a ser seguida pela autoridade.

O que há aqui, na melhor das hipóteses, é uma quarta espécie de indeterminação intencional, não prevista expressamente no normativismo kelseniano, mas perfeitamente compatível com os seus postulados teóricos. Assim sendo, presentes os pressupostos de incidência de um princípio, veiculada através de um conceito jurídico indeterminado, a autoridade responsável por sua aplicação pode estabelecer a conduta a ser seguida pelo seu destinatário mediato. Longe de reconhecer os “valo-

93 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 61; SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y Ponderação Judicial** In CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 136.

94 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 61.

95 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 306.

res comuns” de uma sociedade política, a positivação de um princípio, em sede teórica, somente pode indicar a introdução, no ordenamento jurídico, de um conceito jurídico indeterminado, cuja finalidade somente poderá ser obtida após a sua integração pela autoridade competente para aplicar o Direito.

6.2. Conflito entre Princípios

Entendidos os princípios como espécie de indeterminação intencional, uma consequência importante surge no cenário teórico: a teoria da ponderação resulta completamente desnecessária – ou mesmo equivocada – para a resolução dos denominados conflitos entre princípios.

De acordo com uma destacada defensora do “método” da ponderação, a mesma consiste numa “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.⁹⁶ A ponderação seria, assim, uma “técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos”⁹⁷. Desse modo, “ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito que, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.”⁹⁸

Note-se, de início, que a “teoria” da ponderação nada tem de técnica. A ponderação apenas mascara, com cores de juridicidade, uma questão estritamente política: o resultado de qualquer ponderação sempre será uma “decisão política disfarçada”. De outro lado, a badalada teoria da ponderação não é capaz de fornecer critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser dirimidos: tal critério não pode ser retirado da norma “interpretada”, da lei que a contém ou da ordem jurídica global. O resultado de tal “ponderação” será sempre um ato de criação, de cunho eminentemente político.⁹⁹

96 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

97 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

98 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 74.

99 “A política como arte de governar, isto é, como prática de regulamentar a conduta social dos homens, é uma função da vontade e, como tal, uma atividade que necessariamente pressupõe a assunção consciente ou inconsciente de valores, cuja realização é o propósito dessa atividade.” KELSEN, Hans. **Ciência e Política**. In: *O que é Justiça?*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 349.

Na verdade, o caso de conflito entre princípios pode ser resolvido com a metodologia positivista. Como já foi visto, a indeterminação não-intencional da norma jurídica pode decorrer do fato de 02 (duas) normas jurídicas, que pretendem incidir simultaneamente – o que ocorre, por exemplo, quando ambas são produto do mesmo ato jurídico –, se contradizem total ou parcialmente.¹⁰⁰

Neste estudo, já foi visto que o princípio da não contradição somente pode ser aplicado aos enunciados que derivem dos atos de pensamento. Como as normas jurídicas (e, portanto, os princípios) são o sentido de atos de vontade dirigidos à conduta de outrem, não podem ser verdadeiras nem falsas, mas sim válidas ou inválidas.¹⁰¹ Logo, se ambos os princípios em choque são decorrência do mesmo ato de vontade, nenhum deles suprime a “verdade” da outra.¹⁰² A situação criada por um conflito de princípios consiste em que um deles poderá ser “cumprido” e outro “violado”.¹⁰³

Considere-se este exemplo: a Constituição de 1988 reconhece a todas as pessoas tanto o direito à vida (art. 5º, *caput*), quanto o direito de ir e vir (art. 5º, XV), e delega ao Parlamento a competência para legislar sobre direito penal (art. 22, I). Ao aplicar ambas as normas, potencialmente conflitantes, a autoridade competente pode optar, através de uma análise estritamente política: i) por restringir o direito de ir e vir daquele que atentar contra a vida de outrem (inclusive em que medida);¹⁰⁴ ou ii) por simplesmente não legislar, caso não haja uma norma constitucional específica que preveja o dever de legislar sobre a matéria.

Nem se fale aqui que esse tipo de assertiva não estaria “levando os Direitos a sério”, por somente identificar o Direito após uma decisão favorável da autoridade competente. Num sentido fraco, ambas as partes interessadas têm Direitos pela simples circunstância da positivação de uma norma jurídica (regra ou princípio), desde que os pressupostos fáticos que estejam neles identificados sejam verificados na prática (Direito em sentido fraco). Nesse sentido – e apenas nesse –, é correto dizer que a decisão judicial meramente aplica Direitos preexistentes.¹⁰⁵

100 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

101 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 263.

102 Idem, p. 281.

103 Idem, p. 267.

104 Não obstante, não pode fazê-lo de forma ilimitada, uma vez que o mesmo documento normativo limita, de modo negativo, o conteúdo da norma a ser criada, através da vedação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou de caráter cruel (art. 5º, XLVII), e de modo positivo, através da previsão das espécies de penas que podem ser adotadas (art. 5º, XLVI).

105 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 334.

Por outro lado, estabelecido um conflito normativo – ou seja, verificada a existência de Direitos *prima facie* –, todos os participantes passarão a disputar o sentido que deverá prevalecer como Direito efetivo. Somente após levar em conta todos os aspectos normativos e concretos, a autoridade competente poderá proceder a uma escolha real entre os Direitos *prima facie* que competem entre si,¹⁰⁶ através de uma decisão. Em sede teórica, um conflito entre princípios apenas pode significar uma discricionariedade atribuída pela norma à autoridade competente, que poderá decidir pela aplicação de um ou de outro princípio, inclusive em que medida.

PARTE III – POR UMA PRÁTICA DO DIREITO (OU DINÂMICA JURÍDICA)

7. DEPOIS DA TEORIA: A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA PRÁTICA JURÍDICA

Como foi demonstrado até aqui, Kelsen jamais se preocupou em estruturar uma prática jurídica em seu projeto teórico. Sua preocupação sempre foi elaborar uma teoria livre “de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do direito, e não a sua formação”.¹⁰⁷ Uma vez que a aplicação do Direito leva em conta, necessariamente, questões morais, a Teoria Pura do Direito se viu impedida de avançar sobre a dinâmica jurídica.

Não se trata, por óbvio, de uma imperfeição ou deficiência de seu projeto teórico, mas antes, de uma insuficiência intrínseca, sempre assumida de forma expressa. Fiel ao ideal de objetividade, que entendia crucial em qualquer ciência, Kelsen restringiu-se a apontar os limites da atividade teórica: a impossibilidade de atingir o verdadeiro sentido da norma jurídica através de um processo cognitivo.¹⁰⁸

É impossível, neste ponto, não ser contagiado por certa dose de frustração: se, de um lado, o normativismo possibilitou a denúncia (e fixação) dos limites da prática jurídica, impediu, de outro, a fundação de uma teoria dogmática da aplicação do Direito. É dizer: em nome de uma teoria sobre a norma e o ordenamento jurídico,¹⁰⁹ a Teoria Pura do Direito abandonou a decisão jurídica a sua própria sorte.

¹⁰⁶ MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 336.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

¹⁰⁸ GAINO FILHO, Itamar. *Positivismo e Retórica – Uma Visão de Complementariedade entre o Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e a Nova Retórica de Chaïm Perelman*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 70.

¹⁰⁹ Nas palavras do próprio Kelsen, “são tema de uma teoria geral do Direito as normas jurídicas, os seus elementos, a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas”. *In: Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

Isso não significa, todavia, que não seja possível a construção de uma dogmática sobre a prática jurídica. Mesmo se abstendo, escrupulosamente, de entrar na prática, Kelsen iluminou, talvez como ninguém, os caminhos da mesma.¹¹⁰ Se é verdade que a Teoria Pura do Direito contentou-se com uma interpretação científica do Direito, num trabalho de *identificação* as possibilidades decisórias conferidas pela norma jurídica (ou pelo ordenamento), também é verdade que graças a este procedimento foi possível definir os limites de uma dogmática sobre a prática jurídica.

Desse modo, é simplesmente impossível avançar coerentemente na análise da decisão jurídica sem respeitar os limites da prática, num abandono, ainda que parcial, dos postulados estabelecidos pela Teoria Pura do Direito. Este “desafio kelseniano”,¹¹¹ consistente em revitalizar a distinção entre a teoria do Direito e a teoria da argumentação,¹¹² será respondido em 02 (dois) momentos: i) num primeiro momento, pretende-se estabelecer *como* a razão pode nos ajudar na resolução de questões práticas; ii) num segundo momento, almeja-se demonstrar os principais traços de uma teoria da argumentação jurídica consequente.

8. A RAZÃO PRÁTICA POSSÍVEL

Não se pode negar que o discurso racional oferece importantes subsídios para a decisão de questões práticas. Esta afirmação não contradiz com o que foi sustentado durante (quase) todo o presente trabalho. Se, de fato, a decisão sobre uma questão prática não pode ser *tomada* por critérios racionais, isso não significa que a razão não possa nos *ajudar* nestas decisões.

Explica-se: se a decisão (em si) não é um produto do exercício da razão, o mesmo não pode ser dito do importante papel a ser desempenhado por ela no processo anterior à decisão. Em questões práticas, compete à razão eliminar certos ruídos do processo argumentativo, tornando mais clara a decisão em si.

8.1. A Delimitação do Significado

O primeiro ruído que a razão pode afastar da prática diz respeito aos significados possíveis da norma. Nesse passo, é necessário afastar a impressão de

110 Devo esta constatação ao dileto mestre João Guilherme de Moraes Sauer, em debates travados no blog de um grande amigo, o professor Letácio Jansen. In: <http://letacio.com/blog/?p=189>, com acesso em 08 de dezembro de 2006.

111 Desafio este lançado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. In: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 263.

112 SANCHÍS, Luís Pietro. *Neoconstitucionalismo y Ponderação Judicial* In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 184.

que a determinação do significado seja um ato totalmente livre por parte da autoridade. Se, de fato, sempre existem *diversos* significados possíveis no texto normativo, isso não significa que, deste, *qualquer* significado poderá ser extraído.

Num primeiro momento, a razão pode realizar uma abordagem *estática* da linguagem veiculada no texto normativo. Neste momento, apenas devem ser registrados os significados positivos, isto é, aqueles significados que, através de uma prática social ampla, já foram devidamente formalizados (dicionarizados, decididos ou eleitos). Não se verifica aqui como se interpreta o texto (atividade-meio), mas como o mesmo já foi interpretado (atividade-fim).¹¹³

Num segundo momento, a razão pode nos guiar para uma abordagem *dinâmica* do texto normativo. Aqui, mais do que simplesmente enunciar o significado positivo, cumpre buscar uma explicação de como esses significados se formaram. Pautada antes na atividade do que em seu resultado, constata-se que toda argumentação se processa através de uma (i) “ação discursiva”; (ii) realizada num determinado “contexto”; (iii) no qual são estabelecidas “relações de poder”; (iv) marcadas por disputas ideológicas.¹¹⁴

Uma “ação discursiva” nada mais é do que uma prática linguística realizada em um tempo e lugar definido. Desse modo, é sempre possível identificar o seu emprego linguístico corrente (ou seja, o seu ponto de apoio), reconhecendo-se, com isso, uma restrição significativa do texto normativo, bem como as relações de poder envolvidas entre quem os formula e aqueles aos quais eles se destinam.

Outrossim, este significado sempre deve ser (e é) produzido em determinado “contexto”, assim entendida a situação específica em que se processa a ocorrência linguística. Por não se processar no vazio, toda ação discursiva pressupõe um contexto, sendo, pois, realizada dentro da realidade que rodeia o signo, o ato verbal ou um discurso.

Como se não bastasse, toda interação, por ser realizada entre sujeitos, encontra-se permeada pela realidade inerente à posição que estes desempenham nos grupos diversos. Nesse sentido, a ação discursiva sempre irá assumir determinada função social de poder, pretendendo cada um dos sujeitos conduzir a conduta a ser seguida pelo outro.

Por fim, se é através da ação discursiva que os interlocutores constroem os sentidos das palavras, é correto dizer que os sujeitos, ao se

¹¹³ SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 602.

¹¹⁴ Todas as idéias desenvolvidas nos próximos parágrafos foram originalmente estabelecidas pelo professor Adrian Sgarbi. *In: Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo, p. 602 e seguintes.

comunicarem, “marcam posições” por meio de afirmações e objeções. As palavras, em geral, e os textos normativos, em particular, sempre serão os indicadores mais sensíveis de todas as transformações sociais, mesmo daquelas que ainda não abriram caminho para sistemas ideológicos estruturados e bem-formados.¹¹⁵

Em síntese: se a razão não pode determinar a verdade da última camada da ação discursiva, a saber, a motivação final para o ato (leia-se: a escolha do significado “correto”), ela pode, diante às questões práticas, fornecer importantes subsídios: i) para a *delimitação* do seu contexto; ii) para a *identificação* das relações de poder em jogo; e iii) para a *determinação* das ideologias dos sujeitos envolvidos.

8.2. Detectando a Validade do Argumento

Um processo argumentativo nada mais é que uma interação entre dois ou mais participantes, na qual cada um deles alega que seus argumentos podem ser justificados. Num processo argumentativo é comum que estejam presentes diversos argumentos. Na prática, os argumentos costumam ser macroestruturas formadas por argumentos menores (ou subargumentos).¹¹⁶

Nesse particular, a primeira tarefa da razão humana é justamente identificar e formular com clareza cada um desses argumentos. Seja curto ou extenso, cada argumento sempre oferece um núcleo semântico, sendo este (o núcleo semântico) entendido como um conjunto de proposições formadas por uma ou mais conclusões e alguns conjuntos de premissas.¹¹⁷ Essas proposições, por sua vez, indicam – ou melhor, têm a pretensão de indicar – uma unidade de linguagem verdadeira. Logo, cada proposição, como unidade de linguagem, pode ser verdadeira ou falsa.

Dessa forma, um conjunto coerente de proposições (unidade de linguagem com pretensão de correção) forma um argumento. Desse modo, a validade de qualquer argumento depende: i) da verdade (ou validade) de suas proposições; ii) da validade formal do argumento obtido por estas proposições (objeto da lógica formal); e iii) da ausência de proposições enganosas, introduzidas no argumento para ratificar desde logo a conclusão desejada (objeto da lógica informal).

115 BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. 11ª ed., São Paulo: Hucitec, 2004, p. 41.

116 WALTON, Douglas N.. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 160.

117 Idem, p. 151.

8.2.1. A “Verdade” das Proposições

Após se decompor cada um dos argumentos em proposições, deve a razão buscar identificar o acerto (ou a verdade) de cada uma delas, sem considerar as suas relações recíprocas. De fato, as proposições que não podem ser testadas ou falseadas não valem para grandes coisas.¹¹⁸ Imagine-se o seguinte argumento:

Exemplo: Proposição A: *A taxa de homicídios no Brasil é extremamente elevada.* Proposição B: *A pena de morte é uma medida eficaz para a redução do número de homicídios.* Conclusão: *A pena de morte deve ser adotada no Brasil.*

Para se afirmar a verdade da *proposição A*, faz-se necessário um amplo estudo acerca da violência no país. Devem ser elaboradas, por exemplo, estatísticas complexas em que conste o número de mortes por porção de habitantes. Deve, ainda, ser verificado se, em outros países, as taxas de homicídios não são mais altas do que aqui. Ainda assim, a expressão “extremamente elevada” nada nos diz sobre qual seria a taxa tolerável de homicídios, nem mesmo se há ou não um uma taxa deste tipo. Em qualquer caso, afirmar a “correção” desta proposição será uma tarefa complicada, ou mesmo impossível.

Noutro giro, para se afirmar a verdade da *proposição B*, deve ser verificado se, nos países em que se adota a pena de morte, as taxas de homicídios são menores do que aqui. Melhor ainda se a pesquisa for feita em países que passaram a adotar a pena de morte. Neste caso, será possível verificar, através de dados quantitativos, a redução ou não do número de homicídios após a introdução da medida. Por fim, será necessário verificar se não foram outras causas que serviram de estímulo à redução da taxa de homicídios, que não à adoção da pena capital, expressando a proposição, na verdade, uma mera coincidência.

Diante do exposto, verifica-se que o papel da razão em *questões práticas* não é tanto definir o “acerto” da proposição, mas sim problematizar a sua construção. Qualquer modalidade de argumento (ou, pelo menos, a maioria deles) envolve, pressupõe ou gira em torno de algumas proposições essenciais que, em grande medida, não são em si prováveis, demonstráveis ou confirmáveis em termos de razões complementares.¹¹⁹

118 SAGAN, Carl. **O Mundo Assombrado pelos Demônios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 208.

119 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 346.

8.2.2. A Lógica Formal

O argumento construído através de certas proposições pode demonstrar ou não uma coerência final. Por sua vez, a coerência do argumento é definida pelos critérios da lógica formal, sendo esta realizada mediante a análise do resultado final do conjunto das proposições.

Assim, sob o ponto de vista formal, se as premissas são verdadeiras, a conclusão, pela simples estrutura do argumento, necessariamente deverá ser verdadeira.¹²⁰ Logo, um argumento é válido quando não contém erros internos. Um exemplo trivial nos ajuda a entender melhor:

Exemplo: Premissa A: *Sócrates é homem.* Premissa B: *Todo homem é mortal.* Conclusão: *Logo, Sócrates é mortal.*

Inegavelmente, o argumento acima demonstrado é formalmente válido: se ambas as premissas são verdadeiras, a conclusão também o será. Igualmente, pouco importa qual seja o rearranjo das premissas: a conclusão sempre será um argumento válido. Explica-se:

Exemplo: Premissa A: *Sócrates é mortal.* Premissa B: *Todo homem é mortal.* Conclusão: *Logo, Sócrates é homem.*

Verifica-se, pois, que um argumento será formalmente válido quando, independentemente do lugar ocupado pelas proposições, a conclusão sempre seja a mesma. Há, portanto, uma espécie de “circularidade” entre as proposições elencadas, de sorte que cada uma delas poderá ocupar o lugar de premissa ou de conclusão, sendo idêntico o argumento desenvolvido ao final.

Note-se, todavia, que a lógica formal apenas pode detectar a validade formal do argumento, e não de suas proposições de *per sí*. Evidentemente, não é sua tarefa investigar o “acerto” de cada uma das proposições que formam o argumento de modo isolado.

8.2.3. A Lógica Informal

É comum que, numa ação discursiva, diversas proposições sejam trazidas para desviar a atenção dos participantes, mais do que, propriamente, para se demonstrar a “verdade” do que se está afirmando. São as denominadas falácias, que são introduzidas num argumento justamente para induzir o adversário ao “erro”.

¹²⁰ WALTON, Douglas N.. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 162.

A lógica informal tem por finalidade justamente detectar estas proposições falaciosas, que, além de não serem “verdadeiras”, apenas servem para introduzir num argumento uma proposição cuja finalidade é ratificar, desde logo, uma conclusão desejada. Essas falácias¹²¹ podem ser de 02 (dois) tipos:

De um lado, encontram-se as denominadas *falácias de relevância*, que têm por finalidade introduzir no processo argumentativo premissas irrelevantes, cuja conjugação com outras não indica, necessariamente, o acerto da conclusão. São falácias desta ordem, por exemplo: a) falácia *ad hominem*, que consiste em atacar o argumentador, e não o argumento; b) falácia *ad vericundiam* (apelo à autoridade): consiste no desvio de atenção em relação ao que se está sendo discutido invocando-se a credibilidade de uma autoridade; c) falácia *ad ignorantiam* (apelo à ignorância), quando se estabelece algo como verdadeiro com a alegação de que até agora ninguém soube apresentar sua falsidade; d) falácia *ad misericordiam* (apelo à misericórdia), quando se justifica algo apelando para a piedade ou ao “bom coração” do interlocutor.

De outro lado, encontram-se as *falácias semânticas*, assim designadas aquelas falhas de raciocínio obtidas por sutilezas de enganos relacionadas à construção das frases e o uso das palavras. São exemplos destas: a) falácia do equívoco, quando se introduz nas proposições um termo idêntico, mas com significados distintos; b) falácia da ênfase, ocorre quando se coloca em destaque uma parte da proposição que, ao ser admitida, induz a uma afirmação diversa daquela que é efetivamente enunciada; o que se busca é reduzir as possibilidades de resposta em termos binários (sim ou não), com a afirmação implícita de uma outra pergunta “escondida” (eg., “*você já parou de bater na sua mulher?*”).

8.3 O Ponto de Pura Divergência

Como visto, a razão pode ocupar um papel privilegiado para a eliminação dos ruídos incidentes sobre o processo argumentativo. Assim, mesmo depois de (i) delimitar os significados práticos possíveis, (ii) questionar a pretensão de correção das proposições e (iii) verificar a construção do argumento (formal e informalmente), fatalmente iremos nos deparar com uma divergência residual, que não pode ser decidida racionalmente.

121 Para uma lista completa dessas falácias, cf. SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 665 e seguintes.

Inevitavelmente, qualquer questão prática irá chegar a um ponto de pura divergência, sobre a qual, ainda assim, precisamos decidir. Neste ponto, estamos fora do alcance daquilo que pode ser racionalizado, embora tenhamos chegado a este ponto por determinadas razões.¹²² No ponto de pura divergência, não é a razão, e sim o sentimento, enquanto estrutura peculiar da espécie humana, que será chamada a decidir sobre uma questão prática.¹²³

As palavras de Neil MacCormick bem ilustram o raciocínio: “minha crença de que devo me esforçar para ser racional não é uma crença que eu possa justificar pelo raciocínio [leia-se: pela razão]. Naturalmente, pode ser explicado por que alguém com antecedentes sociais e familiares que eu tenho, criado numa família de profissionais liberais do século XX, é propenso a nutrir esse tipo de pensamento. É claro que também pode ser feita a conjectura de que todos os seres humanos têm uma natureza biológica e que uma parte essencial dessa natureza biológica é a propensão a favorecer a racionalidade. No entanto, essas são explicações, não justificações”.¹²⁴ E continua adiante: “se questionado quanto ao motivo pelo qual creio que deveria me esforçar para ser racional, ou de fato quanto ao motivo pelo qual todo ser humano deveria se esforçar para ser racional (...), eu na realidade só poderia repetir o comentário de Sócrates de que, para mim, uma vida não examinada não é digna de ser vivida.”¹²⁵

Desse modo, embora a argumentação seja um instrumento muito útil para clarear o processo de tomada de decisão, ela não é suficiente para a descoberta de uma suposta “verdade” das questões práticas, pois a “sutileza da natureza é muitas vezes maior do que a sutilezas dos argumentos”.¹²⁶

9. POR UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMPATÍVEL COM UMA TEORIA DO DIREITO

Como parece intuitivo, ao se falar de argumentação, está-se afirmando uma espécie de alternativa (ou renúncia) à força pura e simples. Se há uma argumentação, não é só porque se está diante de algo que é opinável e

122 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 331.

123 HUME, David. *Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 226.

124 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 349. Sobre a diferença entre explicação e justificação, valiosas são as lições de Manuel Atienza. In: *As Razões do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 20

125 MacCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 349 e 350.

126 SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 208.

duvidoso, mas também porque o diálogo não é enjeitado de início.¹²⁷ Considerando estes aspectos, por “argumentação” designa-se o processo prático realizado através de um diálogo, com vistas à defesa ou, em última análise, à justificação de uma decisão sobre uma questão duvidosa.¹²⁸

A teoria da argumentação, enquanto dogmática da prática jurídica, tem aspectos bem específicos, apresentando-se como um caso especial do discurso prático geral. Não interessa, pois, proceder a uma exposição exaustiva da teoria da argumentação. Estas linhas não pretendem inovar – nem mesmo catalogar – em nenhum dos seus aspectos. O que nos importa, aqui, é estabelecer uma análise preliminar dos contornos próprios da argumentação jurídica, enquanto dogmática específica.

9.1. As Características da Argumentação Jurídica

A questão que se coloca, inicialmente, é justamente esta: distinguir a argumentação jurídica da argumentação geral prática. Para tanto, um ponto pode – e deve – ser estabelecido desde já: a argumentação jurídica é caracterizada por seu necessário relacionamento com a lei válida,¹²⁹ assim identificada através da epistemologia positivista.

Como consequência desse marco teórico, impõe-se que a argumentação jurídica, enquanto dogmática da prática jurídica (e não da prática geral), somente seja desenvolvida dentro da moldura aberta pelo ordenamento jurídico. Qualquer tentativa de encaminhar a dogmática da argumentação para além destes limites irá, necessariamente, condenar o seu caráter especificamente jurídico.

Assim, uma decisão será juridicamente fundamentada sempre que estiver contida nos limites formais identificados pelos critérios positivistas,¹³⁰ ainda que a autoridade responsável a tenha proferido por mero capricho. Isto é: o argumento da correção é contingente e não afeta a validade da decisão. De outro lado, não se pode entender como juridicamente qualificada (leia-se: fundamentada) uma decisão proferida com base exclusiva em sua

¹²⁷ SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 575.

¹²⁸ Idem, p. 576.

¹²⁹ ALEXEY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

¹³⁰ A interpretação científica é puramente cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Segundo Kelsen, “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.” E continua adiante: “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta.’” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 396.

“correção” moral, em manifesta evasão dos limites formais fornecidos pelo ordenamento jurídico positivo.¹³¹

A grande consequência desta especificidade é o reconhecimento de diversas limitações à argumentação no campo jurídico. Enquanto na teoria da argumentação geral não existem, em regra, limitações quanto ao tempo, à forma ou ao conteúdo do discurso, na argumentação jurídica este procedimento é fortemente institucionalizado e especializado.¹³² Além de serem inevitáveis, a necessidade de decidir em tempo limitado numerosas questões práticas torna essas limitações não só aceitáveis, mas também razoáveis e necessárias.¹³³

Essas limitações à argumentação, por sua vez, são fornecidas pela própria ordem jurídica. Longe de oferecer um rol taxativo, algumas importantes limitações podem ser, desde, já, indicadas: i) as normas que indicam as pessoas legitimadas a argumentar;¹³⁴ ii) o momento¹³⁵ e a forma¹³⁶ em que os argumentos devem ser trazidos; iii) os meios de prova aceitos para confirmação dos argumentos, bem como o momento para requerer a sua produção e a distribuição do respectivo ônus; iv) a regra do contraditório, que exige a oitiva da parte contrária sempre que um argumento possa prejudicar sua pretensão, dentre outras.

9.2. A Justificação (Possível) da Decisão Jurídica

Como já foi demonstrado,¹³⁷ a teoria do Direito somente pode identificar as possibilidades de aplicação da norma jurídica. A atividade de aplicação do Direito, ou seja, o Direito enquanto prática foge por completo dos domínios legítimos de uma teoria do Direito, assim entendida a disciplina que tem por finalidade apenas descrever, e não prescrever o Direito.

131 POZZOLO, Susanna. **Un Constitucionalismo Ambiguo**. In: CARBONELLI, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 205.

132 MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 354.

133 ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989, p. 38. *Apud* SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, no prelo, p. 595.

134 No processo judicial, por exemplo, temos as normas sobre capacidade processual, legitimação processual e capacidade postulatória. No processo legislativo, por sua vez, são consagradas regras de tramitação dos projetos de lei, distribuindo-se a capacidade de fala entre as comissões, o plenário e a opinião pública, por meio das audiências públicas. Por fim, no processo administrativo, a capacidade de fala é atribuída genericamente a qualquer cidadão, em virtude do direito de petição.

135 Veja-se, por exemplo, a norma processual que estipula a revelia daquele que não aduz oportunamente as suas razões ou as normas atinentes à preclusão consumativa, lógica e temporal.

136 Como exemplo, as normas sobre o conteúdo necessário da petição inicial e de outras peças de postulação, como os recursos.

137 Vide a Parte II deste trabalho.

A atividade de interpretação, entendida como aplicação e, por consequência, como criação do Direito, é uma atividade de atribuição de sentido a uma norma jurídica, consistindo, pois, numa disputa de significado realizado por vários atores sociais especializados.¹³⁸ Após identificar as possibilidades de aplicação que a norma jurídica oferece, a autoridade competente deverá atribuir o sentido que entende ser o correto. Nesse sentido – e apenas nesse sentido –, é possível extrair o único sentido correto de uma norma jurídica.

Note-se, de início, que a autoridade competente não está juridicamente proibida de escolher qualquer das possibilidades indicadas pelo ordenamento jurídico. A autoridade pode, em princípio,¹³⁹ simplesmente impor a decisão que entende correta, sem sequer ouvir os sentidos reclamados pelos demais interessados: a decisão estará *fundamentada*, mas não *justificada*.

De outro lado, a autoridade competente pode, antes de impor a sua decisão, ouvir as *razões* apresentadas por todos ou alguns dos atores sociais interessados. Estabelece-se, neste caso, um processo argumentativo, anterior à decisão, que serve, nas sociedades em que o ideário democrático é bem-estabelecido pela prática, para legitimar a decisão jurídica: além de *fundamentada*, a decisão estará *justificada*.

Assim sendo, uma vez que o processo argumentativo tem por finalidade justificar a decisão, deve ser fornecida uma definição do que se entende por *justificação*. Quando uma decisão jurídica estará devidamente justificada? Desde logo, alerta-se que não se pode aceitar aqui a tese de que a justificação consista em demonstrar a ancoragem racional da decisão no contexto da ordem jurídica em vigor.¹⁴⁰

Em primeiro lugar, se uma decisão jurídica foi proferida dentro dos limites normativos, não se pode falar, propriamente, em justificação, matéria atinente à prática. No plano de análise estritamente teórica, é melhor invocar uma categoria produzida especificamente pela teoria do Direito: a fundamentação. Por isso, a ancoragem racional nada mais é que a iden-

138 SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras Lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo, p. 584.

139 Obviamente, nos sistemas em que a prática do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal está razoavelmente assentada, é difícil que isso venha a ocorrer. Não obstante, mesmo nos sistemas em que normas desta natureza integrem a estrutura do Direito Positivo, a abertura ao procedimento argumentativo não obriga que a autoridade competente os observe. Esta necessidade decorre de uma construção social acumulada, e não de uma simples previsão num documento normativo.

140 É o que sugere, por exemplo, Robert Alexy. In: **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 269.

tificação do fundamento de validade da decisão jurídica. Neste caso, se a decisão tem seu fundamento de validade numa norma superior, ela estará devidamente fundamentada.

De outro lado, por ser matéria reservada ao domínio da prática, a justificação de uma decisão jurídica não pode ser obtida tendo como parâmetro a ordem jurídica. É simplesmente impossível uma justificação *externa* da decisão, e isto por 02 (dois) motivos: i) a uma, porque as normas jurídicas não fornecem o conteúdo da decisão jurídica, mas apenas o seu *fundamento*; ii) a duas, porque a justificação última da decisão não é um ato racional, sendo, antes, produto dos puros sentimentos. A busca por uma justificação da decisão em uma norma jurídica está fadada a circular no vazio.

Desse modo, qualquer decisão jurídica somente pode ser justificada sob o ponto de vista *interno*. Logo, uma decisão jurídica será *justificada* sempre que a mesma for antecedida de um processo argumentativo regular, em que: i) os significados práticos possíveis do texto estiverem delimitados;¹⁴¹ ii) a pretensão de correção de cada proposição que forma os argumentos estiver questionada;¹⁴² e iii) a construção formal e informal do argumento estiver devidamente verificada.¹⁴³ Eliminados os ruídos do procedimento argumentativo, além de sua adequação normativa (fundamentação) a decisão jurídica irá encontrar sua adequação prática, a saber, a sua *justificação interna*, única possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como adiantado na própria introdução, o presente trabalho não teve a intenção de ser conclusivo. Por óbvio, muitas das questões aqui tratadas merecem uma análise mais detida.

Antes, buscou-se, numa saudável dialética, superar a espécie de “discurso único” que se instaurou no pensamento jurídico contemporâneo. Infelizmente, ainda assiste razão a Kelsen, quando diz que “na ciência social, e especialmente na ciência do direito, ainda não há nenhuma influência capaz de se contrapor ao interesse esmagador que os que residem no poder, assim como os que anseiam por ele, têm por uma teoria que satisfaça os seus desejos, isto é, por uma ideologia política.”¹⁴⁴

¹⁴¹ Vide item 8.1. do presente trabalho.

¹⁴² Vide item 8.2.1. do presente trabalho.

¹⁴³ Vide itens 8.2.2. e 8.2.3. do presente trabalho.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXXIII.

Entendemos que a Teoria Pura do Direito continua sendo a melhor teoria descritiva do fenômeno jurídico e permanece, na atualidade, como uma teoria suficiente do Direito. Se essa teoria apresenta limitações práticas (e inegavelmente o faz), somente a partir dessas limitações é que uma dogmática sobre a prática jurídica pode ser elaborada. A teoria da argumentação jurídica encontra, nesse cenário, seu lugar ao sol, desde que respeitados os limites impostos pelo conhecimento à prática. ❖

Third-Party Contracts, Legal Retroactivity, and Punitive Damages: From Europe to Latin America¹

Ángel R. Oquendo

George J. and Helen M. England Professor of Law, University of Connecticut; CAPES Visiting Professor from Abroad, Federal & State Universities of Rio de Janeiro; DAAD Visiting Professor, Free Universities of Berlin; Ph.D. & M.A. (Philosophy), A.B. (Economics and Philosophy), Harvard University; J.D., Yale Law School. The author himself has translated the quoted non-English texts and vouches for the accuracy of the translation. He would like to thank Claudia Schubert for her invaluable contribution to the development of the ideas of this article. An earlier version appeared as Civil Law Pulsations Along the Latin American Periphery, 48 Inter-Am. L. Rev. 87-124 (2016).

ABSTRACT: The civil-law system shows its true face as it travels from the Continental European core to the Latin American periphery. Many of the principal institutions have found a home and thrived in the new and radically different environment. One can best study them there by contemplating how they have preserved some of their most basic features despite having transformed themselves into something else.

The notion of the civil-law tradition and that of codification have themselves undergone this dialectic of transformation and preservation. So have the traditional approach to contractual interpretation and to third-party agreements and the common proscriptions on retroactivity and punitive damages. In Latin America, as well as in Continental Europe, the intent of the parties typically takes precedence over the text of the contract and an agreement normally may benefit a third party despite the general restriction on extra-party effects. Similarly, a relatively strict ban on the retroactive application of statutes and on the imposition of punitive damages prevails on both sides of the Atlantic.

¹ A EMERJ disponibiliza a versão traduzida deste artigo através do e-mail: revistadaemerj@tjrj.jus.br

OUTLINE

I. INTRODUCTION

II. THE CIVIL-LAW TRADITION

III. CODIFICATION

IV. CONTRACTUAL INTENT AND THIRD-PARTY AGREEMENTS: PERUVIAN AND LATIN AMERICAN PERSPECTIVES

A. Overview

B. Intent of the Contractual Parties

C. Third-Party Contracts

D. Recapitulation

V. RETROACTIVITY AND PUNITIVE DAMAGES IN ECUADOR AND LATIN AMERICA

A. For Starters

B. Retroactive Application of Laws: Point and Counterpoint

C. Keeping Civil Punishment in Check

D. Wrap-Up

VI. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

The civil-law system shows its true face in Latin America. Certainly, it sees its blurry contours grow in blurriness as it travels from the Continental European core to the Latin American periphery. Nevertheless, many of the principal institutions have found a home and thrived in the new and radically different environment. In fact, one can best study them, in their modern globalized form, there, by contemplating how they have preserved their most basic features despite having transformed themselves into something else.

To a great extent, this legal development mirrors its linguistic counterpart. The Spanish and Portuguese languages underwent a similarly dramatic transformation upon crossing the Atlantic Ocean. As currently internationalized, they exist most clearly and call for examination as they have developed in the New World.

Parts II and III will, respectively, explore the notion of the civil-law tradition and that of codification in Continental Europe and, particularly, in Latin America. Part IV will, in turn, analyze the widely shared approach to contractual interpretation generally and to third-party agreements specifically. Finally, Part V will shift from prescriptions to proscriptions, in particular to those on retroactivity and punitive damages. Predictably, Part VI will close with a couple concluding thoughts.

II. THE CIVIL-LAW TRADITION

The civil-law tradition developed in Continental Europe and took root all over the world, principally as a result of European colonialism. Iberian American countries partake in this heritage because they once belonged to the Spanish and Portuguese empires. The law of Spain and Portugal emerged on the Iberian Peninsula, expanded into Latin America, and mostly displaced indigenous legal cultures.²

The term ‘civil-law tradition’ underscores the centrality of civil law. Civil law, as a subcategory of private law, generally regulates relationships between individuals or private entities. It differs fundamentally from public law, which governs disputes involving the government. However, civil law does not exhaust the category of private law because it refers only to those private matters that concern the civil code. It therefore includes areas such as torts, contracts, property, family, and successions, but ordinarily excludes commercial, corporate, traffic, labor, and insurance matters.³ The civil code, accordingly, defines the boundaries of civil law.⁴

In Latin America, as well as in Continental Europe, civil law reigns supreme. It commands respect, sometimes reverence. Specifically, it serves as a model for other areas, like constitutional, administrative, and criminal law. Furthermore, it represents a common language for all lawyers, regardless

2 See generally MARY ANN GLENDON, MICHAEL W. GORDON, CHRISTOPHER OSAKWE, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS IN A NUTSHELL* (1982); JOHN H. MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* (1985) (introducing the civil law tradition and contrasting it with its common-law counterpart).

3 See GLENDON *et al.*, *supra* note 1, at 45 ([Civil law] not only does not include the entire legal system, it does not even take in all of private law if, as is usually the case, part of the private law is contained in a commercial code and other codes and statutes.); MERRYMAN, *supra* note 1, at 6-7 (“The oldest subtradition [of the civil law tradition] includes the law of persons, the family, inheritance, property, torts, unjust enrichment, and contracts and the remedies by which interests falling within these categories are judicially protected. . . . The belief that this group of subjects is a related body of law that constitutes the fundamental content of the legal system is deeply rooted in Europe and the other parts of the world that have received the civil law tradition. . . . [T]he legal terminology of lawyers within such a jurisdiction uses ‘civil law’ to refer to that portion of the legal system just described.”).

4 See GLENDON *et al.*, *supra* note 1, at 45 (“The . . . civil law is the law relating to those subject matter areas covered by the civil codes and their auxiliary statutes.”) See generally Part III *infra* (analyzing the aims and the content of civil codification).

of their specialization. In fact, it occupies a position somewhat analogous to that of constitutional law in the United States.⁵

The civil-law tradition should not be approached rigidly. It is by no means fixed or uniform, let alone sacred. It encompasses a variety of constantly evolving legal regimes, which frequently differ in their basic structure, as well as in their details. These systems of law simply share what Austrian philosopher Ludwig Wittgenstein calls, more broadly, a “family resemblance.”⁶ In other words, they do not have a common essence, but, rather, interrelate with each other in a complex manner. They present “a complicated network of similarities overlapping and crosscutting at all levels: general and specific.”⁷

For instance, a particular jurisdiction may resemble others in that it officially denies precedential force to decisions stemming from the judiciary, yet it may diverge from them to the extent that it provides specialized courts for constitutional and administrative matters. Further, it may share this latter trait with another group, some of whose members may recognize judicial precedents. In fact, a few legal orders within the tradition do not even codify their civil law and many of the rest conceive of their respective codes so differently that one can hardly speak of a clear convergence.⁸

Nonetheless, the various systems of law resemble each other like family members, who share certain features in a similar way. The entire civil-law tradition has a characteristic style or flavor, which reflects the mentioned interconnections. This commonality, which becomes more evident through a comparison with Anglo-American law, derives from an intense process of cross-fertilization, as well as from a shared history.⁹

5 See GLENDON *et al.*, *supra* note 1, at 46 (“One of the great links among the ‘civil law systems’ is that the ‘civil law’ were for centuries, in fact, the most important and fundamental part of the legal system, and is still regarded so in theory.”); MERRYMAN, *supra* note 1, at 6 (“‘Civil law’ is still fundamental law to most civil lawyers.”).

6 LUDWIG WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHISCHE UNTERSUCHUNGEN* § 67 (1967) (“Familienähnlichkeiten.”) Wittgenstein explains that the members of a family do not all share a particular characteristic or group of characteristics. Some resemble others in the smile, others in the personality, and still others in the tone of voice. They are thus all interrelated without converging on a single feature, “for the various resemblances between the members of a family: build, facial features, eye color, gait, temperament, *etc., etc.*, overlap and intercross. . . .” *Id.* (“denn so übergreifen und kreuzen sich die verschiedenen Ähnlichkeiten, die zwischen den Gliedern einer Familie bestehen: Wuchs, Gesichtszüge, Augenfarbe, Gang, Temperament, *etc., etc.*”).

7 *Id.* § 66 (“ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen.”).

8 See MERRYMAN, *supra* note 1, at 26 (“[A] civil law system need not have codes: Hungary and Greece were civil law countries even before they enacted their civil codes: Hungarian civil law was uncoded until Hungary became a socialist state, and Greece enacted its first civil code after World War II.”).

9 See generally Part III *infra* (arguing that civil law jurisdictions resemble each other in their approach to codification and diverge from their common-law counterparts).

An understanding of how the tradition as a whole hangs together, along with a requisite antecedent examination of the historical origins and subsequent development, is an invaluable asset in the process of making sense of the underlying regimes. Taking this overarching perspective is especially useful for people trained under a different legal culture, such as the common law. It enables them to perceive a particular civil-law jurisdiction's institutions not as a random assortment, but, rather, as a relatively coherent set. Through this approach, Anglo-American lawyers may discern in Brazil's codification, managerial adjudication, and abstract judicial review the country's civil-law heritage, instead of a quaint *praxis*.

One must proceed with caution when making generalizations, precisely because of the noted variability within the civil law. An even higher degree of circumspection is in order when considering Latin American legal systems. The center of gravity of the civil-law tradition lies in Europe, particularly in Germany and France.¹⁰ Latin American law has evolved on the periphery, under very particular conditions of economic underdevelopment, fierce social conflict, and heavy U.S. influence. Consequently, it often operates at a distance from the European paradigm.

Moreover, Latin America encompasses 20 distinct jurisdictions, which operate independently of each other, even though they share a transnational legal legacy.¹¹ The main challenge in grasping the law of the region is to perceive the broad parallels without neglecting the particularities. Of course, the recognition of a unified tradition ineluctably colors the interpretation of each of the individual legal orders.

At most, the civil law provides a context for the study of Latin American law. References to that tradition may launch the discussion, but they certainly should not bring it to an end. They simply prepare the way for a thorough analysis of the peculiarities of the particular legal systems that coexist throughout the Continent.

10 See GLENDON *et al.*, *supra* note 1, at 29 (The French Civil Code of 1804 and the German Civil Code of 1896 "have had such widespread and lasting influence that they and their accompanying ideologies can be said to have become part of the contemporary civil law tradition.").

11 See Rogelio Pérez Perdomo, *Notas para una historia social del derecho en América Latina: La relación de las prácticas y los principios jurídicos*, 52 REV. COLEGIO DE ABOGADOS P.R. 1 (1991) ("La primera y más banal observación es que no existe un sistema jurídico latinoamericano sino veinte estados-naciones, cada uno con su propio sistema. . . . En sentido opuesto puede hacerse también la observación corriente de la relativa unidad cultural de la zona.") ("Obviously, no single, monolithic Latin American legal order exists as such. Each one of the twenty nation-states has its own system. . . . Nonetheless, the cultural unity of the entire territory is self-evident.").

III. CODIFICATION

By and large, Latin American countries share a civil law with each other and with their Continental European counterparts. The various national civil codes reflect this commonality, as well as substantial differences. They converge on their origins and aims, but diverge on their details.¹²

In Latin America, as well as in Continental Europe, codification ensued almost as a logical consequence of legal nationalization. Insofar as the nation-state intended to assert national law, it tended to do so systematically. In other words, it typically put forth a code that served as the sole source of law. The nationalized polity thus decided directly and explicitly what legal norms to apply within its jurisdiction. Of course, it could still hold on to those aspects of the European common law that it wanted to enforce in its domain.¹³

As the codification process unfolded, Latin American countries were on their way out of the colonial fold. By 1822, most of them had achieved independence.¹⁴ Latin America therefore took the road to codification on its own. In fact, it did so earlier and more decisively than the former colonial powers.¹⁵

After independence, the official legal unity of Latin America came to an end. The different territories broke off from the overarching imperial realm of law and became separate jurisdictions. Nonetheless, the pre-existing substantive legal cohesion largely endured.¹⁶

The new national regimes preserved Spanish and Portuguese private law, respectively, until they completed the protracted process of codification. They engaged in “intensive comparative study of texts”¹⁷ in order to produce

¹² See generally Part II *supra* (stressing the convergence among civil law regimes, while acknowledging important differences).

¹³ See generally Peter G. Stein, *Judge and Jurist in the Civil Law: A Historical Interpretation*, 46 I.A. L. REV. 241, 248 (1985) (“In the sixteenth century, . . . the various nation-states began to assert what they called their individual sovereignty. This meant that their supreme courts saw themselves as exponents . . . of the particular law of the state. . . . The *ius commune* might be received or it might not, depending on the suitability of the rule in question to the needs of the state; and this decision was the courts’.”); KENNETH L. KARST & KEITH S. ROSENN, LAW AND DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA 44 (1975) (“Codification: Independence stimulated the desire to remake basic legal structures. One reason was to stabilize and consolidate new national regimes.”).

¹⁴ See KARST & ROSENN, *supra* note 12, at 42 (“By 1822, after prolonged and bitter fighting, most of the Latin American nations had achieved or were on the verge of achieving independence.”).

¹⁵ See generally Bernardino Bravo Lira, *Codificación Civil en Ibero-américa y en la Península Ibérica (1827-1917): Derecho Nacional y Europeización*, in FUENTES IDEOLÓGICAS Y NORMATIVAS DE LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA (Abelardo Levaggi coord., 1992) (contending that Latin American countries undertook codification earlier, more independently, and more decidedly than Spain or Portugal).

¹⁶ See generally *id.* (explaining that after independence, Iberian American jurisdictions continued to apply substantive Spanish and Portuguese private law).

¹⁷ John Merryman coined this expression in John H. Merryman, *Comparative Law Scholarship*, 21 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 771, 773 (1998).

their national codes. Each of these societies paid attention broadly to all available European legislation, but especially to Latin American law. It primarily turned to its neighbors' efforts because of the geographical, cultural, linguistic, and legal proximity.¹⁸

In fact, some countries adopted *verbatim* codes prepared elsewhere in the region. For instance, Colombia, Panama, El Salvador, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, and Honduras enacted the Chilean Code of 1857, written mostly by the Venezuelan Andrés Bello. Other nations drew heavily from it. This most influential codification effort constitutes a milestone within the entire civil-law tradition and has had enormous influence throughout Latin America.¹⁹

Civil Code drafters normally seek to achieve two goals. First, they attempt to rationalize the law.²⁰ Second, they seek to proclaim the will of the people as represented by elected officials and rationally elaborated by the drafting committee.²¹ These two objectives lead to certain expectations regarding adjudication. For instance, courts must regard and interpret the code as a coherent and integrated whole.²² More importantly, they must strictly adhere to this democratically enacted law when deciding concrete cases.

18 See generally Bravo Lira, *supra* note 14 (describing how Iberian American codifiers focused on models from elsewhere in the region and from Continental Europe); KARST & ROSENN, *supra* note 12, at 45-47 (maintaining that code drafters in Latin America turned not only to the French Civil Code but also to sources from all over the civil law universe).

19 See generally Bravo Lira, *supra* note 14 (noting that several Latin American nations enacted Chile's Civil Code and that most others drew heavily on it). See also KARST & ROSENN, *supra* note 12, at 47 ("Thus, the Chilean Code was virtually adopted in its entirety in Ecuador and Colombia, and with slight modifications in El Salvador, Nicaragua, and Panama (until 1917).").

20 See Peter L. Strauss, *The Common Law and Statutes*, 70 U. COLO. L. REV. 225, 237 (1998) ("In the civilian code model, a statute is in contemplation self-contained. It is the product of deliberate reflection in terms of a unified structure of law and a coherent and, at least in design, independent and complete intellectual product."); KARST & ROSENN, *supra* note 12, at 47 ("These codes reflected the rationalist, utopian, and highly individualistic values of the Enlightenment and the French Revolution."); MERRYMAN, *supra* note 1, at 29 ("If insistence on a total separation of legislative power from judicial power dictated that the codes be complete, coherent, and clear, the prevailing spirit of optimistic rationalism persuaded those in its spell that it was possible to draft systematic legislation that would have those characteristics. . . .").

21 See generally Stein, *supra* note 12, at 252 ("It was the jurists who . . . prepared the ground for the codification movement of the eighteenth century. But that movement was, in part at least, inspired by the layman's suspicion both of jurists and of judges and by a popular desire to weaken the power of both groups."); MERRYMAN, *supra* note 1, at 32 ("Germans, like the French, have incorporated a sharp separation of powers into their system of law and government. It is the function of the legislator to make law, and the judge must be prevented from doing so").

22 See, e.g., C.D. CIV. (Arg.) (2016), Art. 2 ("La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.") ("The law shall be interpreted taking into account its words, its aims, analogous laws, the provisions of human rights treaties, and legal principles and values, in coherence with the order as a whole."). See also Strauss, *supra* note 19, at 235 ("[T]he Code Civile . . . has characteristics that support the more distinctly separated judicial and legislative roles characteristic of western European legal systems. These statutes emerge in a single legislative act, after exquisite intellectual consideration, as an integrated whole."); MERRYMAN, *supra* note 1, at 29 ("But if the legislature alone could make laws and the judiciary could only apply them (or, at a later time, interpret and apply them), such legislation had to be complete, coherent, and clear.").

To a considerable degree, Latin American codes embrace the French model on the relationship between legislation and adjudication.²³ Many of them incorporate an equivalent not only of French Article 4, which holds the judge liable for refusing to adjudicate because of the law's silence, obscurity or insufficiency,²⁴ but also of Article 5, which prohibits generally binding judicial holdings.²⁵ Chile's Code, like others throughout Latin America, insists on the preeminence of statutes' clear import over any possible construal of their underlying purpose: "When a law's meaning is clear, its literal import shall not be disregarded under the pretext of consulting its spirit."²⁶

While the process of codification begins with similar premises everywhere, the specific form it takes ineluctably varies from one country to the next. Moreover, the historical school, which German scholar Friedrich Karl von Savigny most prominently defended, contributed a novel notion. It proposed that the law should reflect the spirit of a particular people.²⁷ In Latin America, this idea had substantial influence, especially on Andrés Bello.²⁸

In any event, Latin American codes began falling out of date from their inception. They intensely continued down this path from the twentieth century on. In response, legislatures have enacted many specialized statutes in areas that have gained prominence since codification, such as insurance, products liability, labor law, corporations, *etc.* In the absence of legislative action, courts have had to update the code when these matters have arisen in concrete cases. Finally, legal

23 See KARST & ROSENN, *supra* note 12, at 45 ("The model that most appealed to the jurists designated to draft Latin American codes during the middle of the 19th century was the French Civil Code (*Code Napoléon*), enacted in 1804."); Matthew C. Mirrow, *Borrowing Private Law in Latin America: Andrés Bello's Use of the Code Napoléon in Drafting the Chilean Civil Code*, 61 LA. L. REV. 291, 305 (2001) ("When [Andrés] Bello was drafting the Civil Code, the *Code Napoléon* was widely available, and he had ready access to this work. There is little doubt that the French Civil Code was the most famous and highly appreciated civil code in circulation and that the French jurists who interpreted it were given the utmost respect.").

24 Compare Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 4 with Cd. Civ. (Arg.) (1871), art. 15; Cd. Civ. (D.R.) (1884), art. 4; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 18; Cd. Civ. FED. (Mex.) (1928), art. 18; Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 8; Cd. Civ. (P.R.) (1930), art. 7; Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 6; Cd. Civ. (Uru.) (1868), art. 15.

25 Compare Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 5 with Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 3; Cd. Civ. (Colom.) (1873), arts. 17 & 25; Cd. Civ. (D.R.) (1826), art. 5; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 3; Cd. Civ. (Hond.) (1906), art. 4; Cd. Civ. (Uru.) (1868), art. 12.

26 Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 19. See also Cd. Civ. (COLOM.) (1873), art. 27; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 18(1a); Cd. Civ. (Hond.) (1906), art. 17; Cd. Civ. (P.R.) (1930), art. 14; Cd. Civ. (Uru.) (1868), arts. 17; Cd. Civ. (Venez.) (1982), art. 4.

27 See generally FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, VOM BERUF UNSERER ZEIT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT (2012) (arguing that every people has its own law, stemming from its own spirit and reflected in its customary legal practices). Savigny himself, however, opposed the process of codification in Germany. See Harold J. Berman & Charles J. Reid, Jr., *Roman Law in Europe and the Jus Commune: A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century*, 20 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 1, 28 ("Savigny, the great founder of the historical school, opposed the codification of German civil law in the early nineteenth century, his opposition was based in part on the argument that in the German *Länder* the time was not ripe for such a codification; in the later nineteenth century his followers were among the leaders of the movement that produced the German Civil Code.").

28 See Mirrow, *supra* note 22, at 308 ("Bello was firmly in Savigny's camp, and it is possible that Bello saw himself fulfilling for Chile the agenda outlined in Savigny's works.").

scholars have heavily expounded the existing provisions in an attempt to offer guidance for the judiciary, as well as for lawmakers.²⁹

For example, civil codes in Latin America, as in France and elsewhere, have required considerable updating in light of their antiquated, sexist view of the role of women in the family and in society. Literally following the original French Article 213, Article 128 of the Uruguayan Civil Code declares, for instance, that “the husband shall protect the wife and the wife shall obey him.”³⁰ The Uruguayan legislature implicitly derogated this provision with the 1946 Women’s Civil Capacity Act.³¹

Similarly, Andrés Bello’s Civil Code for Chile embraces the initial French position by banning paternity suits. In 1998, the Chilean Congress introduced Article 195, expressly allowing judicial inquiries into filiation.³² Nonetheless, Chile’s Supreme Court appears to have undermined the legislative intent of that provision by requiring extensive documentary support for that kind of complaint.³³ On a more positive note, the same tribunal has discretely moved away from the codified presumption that, upon separation, the mother must “take personal charge of the children’s care.”³⁴

Lawmakers, judges, and scholars have thus preserved the Code from desuetude. As a result, however, they have increasingly led people to look elsewhere for solutions to legal problems. In their effort to maintain its relevance, these actors have, ultimately and paradoxically, rendered the document ever more irrelevant.³⁵

Throughout the region, legislative microsystems have cropped up and judicial as well as administrative institutions have taken over entire areas of law.³⁶ In the twentieth and even twenty-first centuries, moreover, Latin American lawmakers have often distanced themselves from their French or German counterparts by commissioning completely new, ideologically

29 See generally John H. Merryman, *How Others Do It: The French and the German Judiciaries*, 61 S. CAL. L. REV. 1865, 1868-70 (1988) (“Decodification is taking place in several ways. . . . Important microsystems of statutory law have grown up on a variety of civil code topics. . . . Parallel to the growth of statutory microsystems is the growth of equally important systems of judge-made law.”).

30 Cd. Civ. (Uru.) (1868), art. 128.

31 L. 10783 (Uru.) (1946), art. 1.

32 L. 19585 (Chile) (1998), art. 195.

33 See *Báez Sierra v. Dinamarca Henríquez*, Rol No. 461-01 (Supr. Ct.) (Chile) (2002); *Espinoza González v. Álvarez Díaz*, Rol No. 2518-01 (Supr. Ct.) (Chile) (2002).

34 Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 225. See *In Re Carracedo Alvarado*, Rol No. 1620-01 (Supr. Ct.) (Chile) (2001).

35 See generally Merryman, *supra* note 28, at 1869 (“As the amount of special legislation grows, the codes increasingly become a body of residual law to be turned to only if some more specific provision of special legislation cannot be found. In this way the body of law the judge is called to apply loses its ideological coherence. . . . The code provisions are so rudimentary and so empty of substance that judges have had to create the applicable law on a case-by-case basis.”).

36 See generally *id.* See also *id.* at 1870 (“A further aspect of the decline of legislation and the codes is found in the growth of public administrations.”).

updated codes.³⁷ Unfortunately, they have seldom provided guidance on how codification might advance the social values and solidarity ideals of the welfare state. Moreover, they have never made clear how a code could possibly regulate legal spheres that require permanent renewal and revision.

The previously described process of decodification has taken place in a time in which the common-law world has produced statutes for considerable portions of its private law. Consequently, the contrast between the two western legal traditions no longer assumes the form of a simple opposition between codified and judge-made law. Both legal universes now overlap considerably on the pervasiveness of statutory law.³⁸

The fact that court opinions have gained prominence has brought the civil-law realm closer to its common-law counterpart. Of course, even the highest court's judicial decisions are not technically equivalent to case law. They may constitute a functional equivalent, however, inasmuch as they command attention and are broadly followed throughout the jurisdiction.³⁹

To a significant extent, this convergence tendency responds to internal causes within each system. Intellectual as well as economic globalization has also played a role in this development. It has led the two legal communities to pay more attention to each other and to borrow not only specific concepts but also general approaches from each other.⁴⁰

Civil, commercial, and procedural codes in Latin America have borne the imprint of the civil-law tradition from the nineteenth century onward. They have faced the same problems of obsolescence and irrelevance as their continental European counterparts.⁴¹ Nonetheless, Latin American codes have run into special difficulties due to the generalized institutional weakness and social injustice in the region.⁴² They have

37 See, e.g., Cd. Civ. (Arg.) (2016); Cd. Civ. (Ecuad.) (2005); Cd. Civ. (Braz.) (2003).

38 See generally Arthur T. von Mehren, *Some Reflections on Codification and Case Law in the Twenty-First Century*, 31 U.C. DAVIS L. REV. 659, 667-68 (1998) ("A quest for greater coherency, comprehensibility, and administrability caused [case-law systems] to take on qualities traditionally associated with codified systems. . . . American jurists have at times been strongly attracted by the codification ideal.").

39 See generally *id.* at 667 ("At the same time, juristic thought in civil-law systems became more teleological in nature and greater attention was given to the claims of fact-specific justice. This is not to suggest that the legal cultures of codified and case-law systems do not still, or will soon cease to, differ in significant respects.").

40 See generally *id.* at 670 ("The experience of the twentieth century makes clear that, as societies and economies become increasingly complex and interrelated, legal orders need to draw on both the civil-law and the common-law traditions in thinking about law and its administration. At the level of method and style, the differences between legal orders in the codification and those in the case-law tradition have diminished and, at the same time, have become more complex.").

41 See Merryman, *supra* note 28, at 1868 ("Five basic codes adopted in the nineteenth century—the civil code, commercial code, code of civil procedure, penal code, and code of criminal procedure—historically dominated positive law in Germany and France and hence the work of judges in interpreting and applying the law. . . . The process of decodification thus means more than a formal change in the legislative scheme; a whole ideology of the legal process is being swept away.").

42 See generally Pérez Perdomo, *supra* note 10 (underscoring the weakness of the rule of law and the intense social and economic inequality).

therefore often failed to fulfill their mission or deliver on their promise. These fundamental differences notwithstanding, a considerable degree of transatlantic coherence has survived.⁴³

IV. CONTRACTUAL INTENT AND THIRD-PARTY AGREEMENTS: PERUVIAN AND LATIN AMERICAN PERSPECTIVES

A. Overview

This Part will analyze how, in Peru and other civil-law jurisdictions, particularly within Latin America, the intent of the contracting parties bears upon the interpretation of a contract, in relation to the text. It will also consider whether third-party agreements call for the application of the same exegetical principles. The discussion will conclude that they generally do and that they specifically escape the restriction on contractual extra-party effects, creating an enforceable right for the beneficiary. In these areas, the civil-law tradition shows considerable cohesion and the code continues to play a central role.

B. Intent of the Contractual Parties

At least since the nineteenth century, the civil-law tradition has, more openly than its common-law counterpart, invited courts to focus on the intent of the parties over and above the ultimately executed contractual text. Of course, throughout the twentieth century, it moved toward imposing social considerations to trump the intent of the parties. For example, Continental European and Latin American jurisdictions started disallowing an oppressive labor contract, even if the signatories had clearly agreed to it.⁴⁴ Nonetheless, if no such public interest restriction applies, what the parties intend carries the day, sometimes even over what they write in.

Latin American civil codes, true to their civil-law roots, ordinarily mandate reading a contract through the parties' joint intent. They treat the underlying written instrument as both primary evidence of and subservient to the latter. The Civil Code of Paraguay, providing a stark case in point

⁴³ See, e.g., Parts IV & V *infra* (demonstrating convergence on contractual interpretation and on the approach to *ex post facto* laws and punitive damages).

⁴⁴ See, e.g., L. FED. TBJO. (Mex.) (1970), art. 5 (“... no producirá efecto legal, ... , sea escrita o verbal, la estipulación que establezca ... (II) Una jornada mayor que la permitida por esta Ley; ... (V) Un salario inferior al mínimo; ...”) (“... agreements, whether written or oral, establishing the following shall have no legal effect. . . : (II) a workday longer than this Act allows; . . . (V) a salary lower than the minimum wage. . .”).

and essentially echoing its French counterpart, declares: “When interpreting a contract, one should inquire into the common intention of the parties rather than limit oneself to the literal sense of the words.”⁴⁵ Bolivian law formulates this principle similarly.⁴⁶ The Brazilian legal system, inspired by the German model, deploys practically identical language when discussing “declarations of intent,” which constitute a key element in contractual exegesis.⁴⁷

Chile’s Civil Code, for its part, takes this overall approach most typically: “If clearly known, the intention of the contracting parties shall carry more weight than the contract’s literal words.”⁴⁸ Colombia, Ecuador, and El Salvador each use the same phrasing,⁴⁹ while many other nations rely on an equivalent formulation: “If the terms of a contract are clear and leave no doubt about the intention of its parties, one should focus on the literal sense of its clauses. If the words appear to run counter to the parties’ clear intention, the latter shall take precedence over the former.”⁵⁰ Accordingly, a tribunal in any of these jurisdictions should favor an interpretation that the parties manifestly intended over what the contract expresses.

The main provision of the Peruvian Civil Code on this matter, Article 1361, calls for construction from a similar standpoint: “One should presume the terms contained in the contract to coincide with the intent of the parties. Whoever denies such coincidence shall bear the burden of proof.”⁵¹ In other words, judges should concentrate on the aim of the parties and treat the ultimately undersigned document as the principal evidentiary

45 Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 708 (“Al interpretarse el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de parte y no limitarse al sentido literal de las palabras.”). See also Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 1156 (“On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes.”) (“One should inquire into the common intention of the parties to a contract rather than limit oneself to the literal sense of the words.”).

46 See Cd. Civ. (Bol.) (1976), art. 510 (“En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.”) (“When interpreting a contract, one should find out the common intention of the parties rather than limit oneself to the literal meaning of the words.”).

47 Cd. Civ. (Braz.) (2003), art. 112 (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”) (“Regarding declarations of intent, one should attend more to the intent embodied in them than to the literal sense of the words.”). See also BGB (Germany) (1900), Art.133 (“Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.”) (“In interpreting a declaration of intent, one should inquire into the actual intent rather than into the literal meaning of the words.”).

48 Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 1560 (“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”).

49 See Cd. Civ. (Colom.) (1887), art. 1618; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 1576; Cd. Civ. (El Salv.) (1859), art. 1431.

50 See, e.g., Cd. Civ. (Hond.) (1906), art. 1576; Cd. Civ. (Mex., D.F.) (1928), art. 1851; Cd. Civ. (Nicar.) (1904), art. 2496; Cd. Civ. (Pan.) (1961), art. 1132; Cd. Civ. (P.R.) (1939), art. 1233 (“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”).

51 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1361 (“Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”).

means. Nonetheless, they should privilege the intention over the contractual text in the face of a demonstrable divergence.

Other relevant parts of Peru's Civil Code support this reading. Article 1356, for instance, bears the heading "Primacy of the Intent of the Contracting Parties" and provides that: "Except when mandatory, legal rules on contracts are subject to the intent of the parties."⁵² Likewise, Articles 1362 and 1352 establish, respectively, that: "Contracts shall be negotiated, executed, and complied with, in accordance with good faith and the common intent of the parties"⁵³ and generally "come about simply through the consent of the parties. . . ."⁵⁴

Consequently, courts throughout Latin America, including Peru, must construe a contract to entail A if they find that the parties expected this entailment. They must do so whether the text states A or B and, naturally, when it permits either construction. Coincidentally, the legal order in these countries does not impose any special restrictions, such as the common-law "parol evidence rule,"⁵⁵ on the submission of proof in the inquiry into the aim of the parties.

A Paraguayan and a Chilean adjudicator, for example, would each refer to A, in turn, as (1) the "common intention of the parties" into which one should inquire "rather than limit oneself to the literal sense of the words" and (2) the clear "intention of the contracting parties" that carries "more weight than the contract's literal words." Analogously, a Peruvian litigant who proves A to be "the intent of the parties" overcomes any presumption in favor of "the terms contained in the contract." He or she may thereby reinforce the document in writing if convergent, clarify it if ambiguous, or trump it if divergent.

In sum, Latin American law, as part of its civil-law heritage, usually requires reading a contract on the basis of the parties' joint intention. It commands enforcing the latter, when plainly ascertainable, even if at odds with the eventually executed instrument. Along parallel lines, Peru's Civil Code necessitates disregarding the contractual wording upon proof of a contrary

52 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1356 ("Primacía de la voluntad de contratantes"; "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.")

53 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1362 ("Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.")

54 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1352 ("Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. . . .")

55 See Arthur Corbin, *The Parol Evidence Rule*, 53 YALE L.J. 603, 603 (1944) ("When two parties have made a contract and have expressed it in a writing to which they have both assented as the complete and accurate integration of that contract, evidence, whether parol or otherwise, of antecedent understandings and negotiations will not be admitted for the purpose of varying or contradicting the writing.")

intent. Throughout the region, one must interpret a contract to mean A if one ascertains that the parties intended this meaning. One must do so whether the text says A or B and, of course, when it allows either interpretation.

C. Third-Party Contracts

In consequence, the judiciary in Latin America, as in the civil-law tradition as a whole, should normally base itself on the intent of the parties in order to decide whom the contract benefits or entitles and how or to what exactly. It should first turn to the text for guidance, but may have to look beyond to discover what precisely the parties intended. If they meant to confer a benefit or a right to another person in a certain manner, they should have their way, independently of whether the ensuing document affirms so or not. Latin American legal systems do not exempt such agreements from the core precepts of contractual interpretation, let alone advance alternative exegetical fundaments.

The so-called principle of “contractual relativity,”⁵⁶ which often prevails in the civil-law world and which establishes that “contracts only obligate and bind the parties,”⁵⁷ should not alter the analysis. It merely constitutes a default norm with numerous exceptions.⁵⁸ In fact, many of the very laws that espouse the concept also unequivocally legitimate third-party accords.

For instance, Argentina’s 2016 Civil Code embraces, in its Article 1021, this “General Rule”: “A contract generates effects only among the contracting parties; not with respect to third parties, except as provided by law.”⁵⁹ To avoid any misunderstanding, it adds the following, in its Article 1022, on “Third Parties”: “A contract does not give rise to obligations on the part of third parties. Moreover, third parties have no right to invoke it to impose obligations not agreed upon on the contracting parties, except as provided by law.”⁶⁰

⁵⁶ See, e.g., PILAR JIMÉNEZ BLANCO, *EL CONTRATO INTERNACIONAL A FAVOR DE TERCERO* 33 (Imprenta Universitaria: Santiago de Compostela, Spain) (2002) (“relatividad contractual”).

⁵⁷ *Id.* (“los contratos sólo obligan y vinculan a las partes del mismo”).

⁵⁸ See Anibal Torres Vásquez, *Contrato en favor de tercero*, at 14 (originally published as ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ, Ch. IX (*Contrato en favor de tercero*), Vol. II, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO* (Instituto Pacífico: Lima) (2012)) (on file with the author) (“Sin embargo, el principio de la relatividad del contrato no es absoluto, porque el ordenamiento jurídico permite que el contrato pueda producir sus efectos favorables en cabeza de un tercero; así sucede cuando uno de los contratantes tiene interés en obtener que la otra parte ejecute su prestación ante un tercero beneficiario, atribuyéndole a este último el derecho de exigirla.”) (“Nonetheless, the principle of contractual relativity is not absolute. The law allows a contract to produce effects favorable to a third party. For instance, one of the contracting parties may have an interest in his counterparty performing an action for the benefit of a third-party beneficiary. He thus grants the latter the right to enforce the agreement”). See also *id.* at 55.

⁵⁹ Cd. Civ. (Arg.) (2016), art. 1021 (“Regla general: El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.”).

⁶⁰ *Id.* art. 1022 (“Situación de los terceros: El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal.”).

Nonetheless, the same piece of legislation subsequently sanctions an “agreement in favor of a third party,” under its Article 1027, in these terms: “If a contract contains an agreement in favor of a third party . . . , the promisor thereby grants that person the corresponding rights or benefits as agreed with the promisee. . . . With his acceptance, the third party acquires the rights and privileges resulting from the agreement in his favor.”⁶¹ Hence, the Argentine Civil Code does not defer the specification of exceptional cases to other enactments, but, rather, starts undertaking the task itself.

The civil codes of Bolivia,⁶² Nicaragua,⁶³ Panama,⁶⁴ Paraguay,⁶⁵ Puerto Rico,⁶⁶ and Venezuela,⁶⁷ as well as France,⁶⁸ embrace essentially the same

61 *Id.* art. 1027 (“Estipulación a favor de tercero: Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. . . . El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor.”).

62 *See* Cd. Civ. (Bol.) (1976), art. 519 (“El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley.”) (“A contract has the force of law among the contracting parties. It may not be dissolved except by mutual consent or as authorized by law.”); art. 526 (“Es válida la estipulación en favor de un tercero, cuando el estipulante, actuando en nombre propio, tiene un interés lícito en hacerla.”) (“An agreement in favor of a third party is valid when the promisee, acting in his own name, has a legitimate interest in entering into it.”).

63 *See* Cd. Civ. (Nicar.) (1904), art. 1836 (“Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”) (“The obligations arising from a contract have the force of law among the contracting parties and shall be complied with in accordance with the contractual text.”); art. 1875 (“Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada.”) (“If an obligation contains an agreement to benefit a third party, the latter may enforce the obligation if he has accepted it and informed the obligated party prior to its revocation.”).

64 *See* Cd. Civ. (Pan.) (1961), art. 976 (“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”) (“The obligations arising from a contract have the force of law among the contracting parties and shall be complied with in accordance with the contractual text.”); art. 1108 (“Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.”) (“If the contract contains an agreement in favor of a third party, the latter may enforce the former as long as he informs the obligated party that he has accepted it prior to its revocation.”).

65 *See* Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 717 (“Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley.”) (“Contracts do not bind and may not be invoked by third parties, except as provided by law.”); art. 732 (“El que obrando en su propio nombre estipule una obligación a favor de un tercero, tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero.”) (“Whoever, acting in his own name, agrees to an obligation in favor of a third party has the right to enforce it.”).

66 *See* Cd. Civ. (P.R.) (1939), art. 1209 (“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. . . . Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.”) (“Contracts produce effects only among the contracting parties and their heirs. . . . If the contract contains an agreement in favor of a third party, the latter may enforce the former as long as he informs the obligated party that he has accepted it prior to its revocation.”).

67 *See* Cd. Civ. (Venez.) (1982), art. 1166 (“Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley.”) (“Contracts produce no effects except among the contracting parties. They may neither burden nor benefit third parties, except as provided by law.”); art. 1164 (“Se puede estipular en nombre propio en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación. . . . Salvo convención en contrario, por efecto de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente.”) (“One may enter into an agreement in one’s own name for the benefit of a third party based on one’s own personal, material, or moral interest in the fulfillment of the obligation. . . . Unless otherwise stipulated, the third party acquires a right against the promisor by virtue of the agreement.”).

68 *See* Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 1165 (“Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent

approach. So does their Peruvian counterpart. The latter embeds in its section on “Contracts in General,” among its “General Provisions,” Article 1363: “Contracts produce effects only among the parties that executed them. . . .”⁶⁹ Of course, it does not thus preclude the enforcement of a contract legitimately intended to deviate from the standard enunciated. After all, Article 1353 already declares the whole “section’s general rules” inoperative if “incompatible with the specific rules applicable to” the contract in question.⁷⁰ Indeed, Aníbal Torres Vásquez explains that the “rule articulated [in Article 1363] allows many exceptions, in which the contract may produce effects favorable or unfavorable to third parties.”⁷¹ He mentions, as one example among many, “liability insurance policies for harm caused by automobile drivers, physicians, *etc.*, establishing that the insurance company will indemnify any victims (third parties to the insurance contract).”⁷²

More broadly, two parties may, under the express authorization of Article 1457, enter into a “contract for the benefit of a third party,” with one of them committing before the other one “to do something for the benefit of a third party.”⁷³ Article 1458, in turn, echoes the law in Argentina,⁷⁴ Nicaragua,⁷⁵ and Paraguay,⁷⁶ when it proclaims that: “The right of the third party arises directly and immediately upon the execution

point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.” (“Contracts have no effect except among the contracting parties. They may not burden a third party; nor benefit him except as provided under Article 1121.”); art. 1121 (“On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre.”) (“Similarly, one may contract in favor of a third party, as in a condition to an agreement that one undertakes for oneself or as in a donation that one makes for someone else.”).

69 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1363 (“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan. . .”).

70 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1353 (“Todos los contratos de derecho privado . . . quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.”) (“Every private law contract is subject to this section’s general rules, except if they are incompatible with the specific rules applicable to it.”).

71 Torres Vásquez, *supra* note 57, at 2 (“esta regla presenta muchas excepciones por las que el contrato puede producir efectos favorables o desfavorables para terceros.”).

72 *Id.* at 34 (“Los seguros de responsabilidad civil por daños causados por conductores de vehículos, médicos, *etc.*, que establecen que la compañía aseguradora debe indemnizar a las víctimas (terceros ajenos al contrato de seguro).”)

73 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1457 (“Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.”). Aníbal Torres Vásquez lists “[t]he contract in favor of a third party” as an exception to the relativity principle. (“El contrato celebrado en favor de tercero.”) Torres Vásquez, *supra* note 57, at 11.

74 *See* Cd. Civ. (Arg.) (2016), art. 1027 (quoted *supra*, note 60).

75 *See* Cd. Civ. (Nicar.) (1904), art. 2492 (“Después de la aceptación del tercero, el promitente está obligado directamente para con él, a ejecutar su promesa, y el derecho del tercero queda asegurado con las mismas garantías que el estipulante pactó.”) (“With his acceptance, the third party imposes a direct obligation to keep the promise in his favor on the promisor. He thereby secures the same guarantees as agreed with the promisee.”)

76 *See* Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 730 (“... las relaciones entre el estipulante y el tercero serán juzgadas como si el contrato se hubiere ajustado directamente entre ellos.”) (“... The relationship between the promisee and the third party will be adjudicated as if the two had directly entered the contract with each other.”).

of the contract.”⁷⁷ Furthermore, the same provision stresses that the third party renders “the right . . . enforceable” by telling the parties at any moment that he intends “to exercise that right.”⁷⁸ Finally, Article 1461, captioned “Enforceability of the Promisor’s Compliance,” reiterates that “the right to demand the promisor’s compliance with the obligation . . . belongs to the third-party beneficiary once he has made the declaration referred to in Article 1458. . . .”⁷⁹ “Since the law does not specify the matter,” Torres Vásquez elucidates, “the acceptance of the benefit may take place either expressly or tacitly. . . .”⁸⁰

Significantly, Article 1354, which equally appears in the section on “Contracts in General” as one of the “General Provisions,” announces that: “The parties may freely determine the contract’s content, so long as it does not run counter to a mandatory legal norm.”⁸¹ Explicitly denominated a “contract” in its codified definition,⁸² a third-party agreement falls squarely under Article 1354,⁸³ as well as under the previously analyzed precepts on contractual exegesis. Therefore, individuals may set up such a scheme and structure it, to a large extent, as they wish.

77 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1458 (“El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato.”). See Torres Vásquez, *supra* note 57, at 16 (“El Derecho del tercero surge directamente del contrato, sin necesidad que preste su aceptación.”) (“The third party’s right derives directly from the contract, independently of his acceptance.”). See also *id.* at 46, 50, 50-51, 60.

78 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1458 (“Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.”). See Torres Vásquez, *supra* note 57, at 43 (“Una vez que el tercero hace conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho establecido en su favor (art. 1458), tiene a su disposición todos los medios compulsivos que corresponden al acreedor contra el deudor (art. 1219).”) (“Once the third party informs the promisee and the promissor that he intends to exercise the right established in his favor (art. 1458), he has at his disposal all of the creditor’s means of coercion against the debtor (art. 1219).”); *id.* at 16 (“Pero para que este derecho sea exigible, si es necesario que [el tercero] haga conocer a los contratantes su aceptación de aprovechar la estipulación en su favor.”) (“Nonetheless, the enforceability of the right necessitates that [the third party] inform the contracting parties of his acceptance of the agreement in his favor.”). See also *id.* at 49, 50, 55.

79 Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1461 (“Exigibilidad de cumplimiento al promitente: El . . . derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente . . . corresponde al tercero beneficiario una vez que haya efectuado la declaración a que se refiere el artículo 1458. . . .”).

80 Torres Vásquez, *supra* note 57, at 44-45 (“Al no existir forma preestablecida por la ley, la aceptación del beneficio puede hacerse en forma expresa o tácita (art. 141). . . .”).

81 Cd. Civ. (Peru) (1984), 1354 (“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”).

82 See Cd. Civ. (Peru) (1984), art. 1457 (“contrato”). See also Torres Vásquez, *supra* note 57, at 36 (“Es un contrato. Con la figura del contrato a favor de tercero se hace referencia al tipo de contrato con el cual se crea un beneficio o favor económico para terceros.”) (*It is a contract.* Third-party contracts produce an economic benefit or advantage for a third party.”).

83 See Torres Vásquez, *supra* note 57, at 37, 41 (“En el Derecho peruano no hay nada que prohíba [el contrato a favor de tercero], puesto que las partes son libres de determinar el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a normas imperativas (art. 1354), al orden público y a las buenas costumbres.”) (“Nothing in Peruvian law prohibits third-party contracts, inasmuch as the parties may freely define the contract’s content, as long as it does not run counter to a mandatory legal norm (Art. 1354), the public order, or good morals.”).

By the same token, the parties do not have to rely on a particular formulation, much less inscribe the instrument with the phrase “third-party contract.” They solely have to intend to grant the third party the entitlement or the advantage at stake. Once again, an adjudicator may discern such intent from the face of the ultimately undersigned document or from the underlying circumstances.

In a nutshell, ordinary interpretation principles, which privilege the parties’ intent, apply when determining whom the contract benefits or entitles and how or to what exactly. The Civil Code in Peru and elsewhere in the civil-law realm authorizes third-party agreements, exempting them from the fallback principle that restricts contractual effects to the contracting parties. The third party attains his or her right directly and immediately upon execution of the relevant instrument and may vindicate it by notifying the parties, whether explicitly or implicitly, at any time. Freedom of contract, as well as the statutory sanction, empowers people both to enter into such an arrangement and to configure it, to a considerable degree, as they see fit.

D. Recapitulation

First, Latin American law, as part of its civil-law heritage, usually requires reading a contract on the basis of the parties’ common intention. It commands enforcing the latter, when plainly demonstrable, even if at odds with the ultimately undersigned document. Along parallel lines, the Peruvian legal system necessitates disregarding the contractual wording upon proof of a contrary intent. Throughout the region, courts must interpret a contract to mean A if they ascertain that the parties intended this meaning. They must do so whether the text says A or B and, of course, when it allows either interpretation.

Secondly, these exegetical principles, which privilege the parties’ intent, apply when determining whom the contract benefits or entitles and how or to what exactly. The Civil Code in Peru and elsewhere in the civil-law realm authorizes third-party agreements, exempting them from the default norm that restricts contractual effects to the contracting parties. The third party acquires a right directly and immediately upon execution of the relevant instrument and may vindicate it by notifying the parties, whether explicitly or implicitly, at any time. Freedom of contract, as well as the statutory sanction, empowers people both to enter into such an arrangement and to configure it, to a considerable degree, as they see fit.

V. RETROACTIVITY AND PUNITIVE DAMAGES IN ECUADOR AND LATIN AMERICA

A. For Starters

Mostly, the civil law proscribes applying enactments retroactively and awarding punitive damages. It does so somewhat differently from one country to the next. Nevertheless, these prohibitions operate relatively uniformly throughout.

B. Retroactive Application of Laws: Point and Counterpoint

The bar on retroactivity plays a central role in Latin American civil law. It prohibits the retroactive application of legislation. Accordingly, courts may not rely on an enactment passed after the facts of the complaint occurred.

The Ecuadorian Civil Code, like many others in the civil-law universe, proclaims that laws “shall have no retroactive effect.”⁸⁴ It thus disallows reliance on a statute in order to challenge conduct that took place earlier. Defendants thus receive protection against having to face liability based on norms that did not hold when they undertook the challenged actions.

Nonetheless, Rule 20(a) of Article 7 carves out a unique exception. It declares, in essence, that purely procedural legislation may become valid immediately.⁸⁵ The provision reads: “Laws that concern the substantiation and the solemnities of lawsuits shall prevail over prior laws from the moment in which they enter into effect.”⁸⁶ Article 163(2) of Ecuador’s Organic Judicial Code contains almost identical language.⁸⁷

Of course, a judge may not merely state that an enactment amounts to procedure, rather than substance, in order to apply it. Nor may she focus on its adjective to the exclusion of its substantive components to the same end. If the judiciary had the authority to label, at will, any statute as purely

84 See Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 7; Cd. Civ. (Ecuad.) (1970), art. 7 (“no tiene efecto retroactivo”). See also Cd. Civ. (Arg.) (2016), art. 7; Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 2; Cd. Civ. (D.R.) (1826), art. 2; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 7; Cd. Civ. (El Salv.) (1859), art. 9; Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 2; Cd. Civ. (Hond.) (1906), art. 7; Cd. Civ. FED. (Mex.) (1928), art. 5; Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 2; Cd. Civ. (P.R.) (1930), art. 3; Cd. Civ. (Uru.) (1868), art. 7; Cd. Civ. (Venez.) (1982), art. 3. Sometimes, Latin American constitutions, like their U.S. counterpart, embody the same restriction. See, e.g., CONST. (Mex.) (1917), art. 14.

85 See Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 7(20(a)); Cd. Civ. (Ecuad.) (1970), art. 7(20a).

86 *Id.* (“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban comenzar a regir.”).

87 Cd. ORG. JUD. (2009), art. 163(2) (“Sin embargo, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.”).

procedural for purposes of retroactive application, it could end up hollowing out the ban on *ex post facto* laws. Tribunals must, therefore, rationally and restrictively construe the exemption for legislation that exclusively regards procedure. They must examine the invoked enactment in its entirety before classifying it as strictly formal and deploying it retroactively.

A complex, concrete controversy in which a complainant rests her claim for damages on a newly enacted statute may help illustrate the intricacies of the issue. For instance, she may file a genuinely collective or diffuse action under an environmental law, such as Ecuador's Environmental Management Act,⁸⁸ or an equivalent enactment elsewhere in the region.⁸⁹ Article 43 of the Ecuadorian statute provides that "persons, legal entities, [and] groups of people united by a common interest and directly affected by the injurious action or omission may sue . . . for damages in relation to any sanitary or environmental harm."⁹⁰ It emphasizes that environmental rights are "collective" and "shared by the community" and explicates "diffuse interest[s]," somewhat confusingly, as "homogeneous and indivisible interests held by indeterminate groups of individuals tied by common circumstances."⁹¹

Consequently, the claimant would apparently be basing her suit on a substantively new enactment that profoundly alters the state of the law. When the contested conduct occurred, the legal system entitled her to seek compensation, under the Civil Code, when someone "negligently or culpably" injured her personally.⁹² Since then, it additionally empowers her to demand reparation for any generalized harm to the environment and to the community's health.

88 L. 77, L. Gestión Ambiental (Ecuad.) (1999).

89 See, e.g., CONST. (Braz.) (1988), art. 5(LXXIII) ("[A]ny citizen or party with standing [may] file a popular action seeking to annul . . . state action that impinges . . . upon the environment.") ("[Q]ualquer cidadão e parte legítima [pode] propor ação popular que vise a anular ato lesivo . . . de entidade de que o Estado participe, . . . ao meio ambiente."); L. 24 (Pan.) (1995), art. 78 ("Any person may file, under this law, an environmental public action . . . regarding not an individual or direct injury, but rather a threat or injury to diffuse interests or to the interests of a collectivity.") ("En cumplimiento de la presente Ley, toda persona podrá interponer acción pública ambiental, sin necesidad de asunto previo cuando por su naturaleza no exista una lesión individual o directa, sino que atañe a los intereses difusos o a los intereses de la colectividad."); L. 28237, Cd. PROCESAL CONST. (Peru) (2004), art. 40 ("Likewise, any person may file for a writ of protection when a threat to or a violation of environmental or other diffuse rights that have constitutional stature is at stake. . . .") ("Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional. . . .").

90 L. 77, L. Gestión Ambiental (Ecuad.) (1999), art. 43 ("Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.").

91 *Id.*, Glosario de Definiciones ("Derechos Ambientales Colectivos") ("Son aquellos compartidos por la comunidad. . . .") ("Inter[eses] Difuso[s]") ("intereses homogéneos y de naturaleza indivisible, cuyos titulares son grupos indeterminados de individuos ligados por circunstancias comunes.").

92 Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2214 ("ha inferido daño"); *id.*, art. 2229 ("malicia o negligencia").

Diffuse claims differ radically from their individual counterparts. The former pertain, indivisibly, to society and are independent of any individual rights that citizens may hold. The latter belong to particular individuals and involve matters that concern them personally, rather than the collectivity.⁹³

For example, the community may have claims to a sound environment that transcend those of any of the members. It may, accordingly, demand redress for the contamination of a remote, uninhabited, and inaccessible territory. A citizen who represents the collectivity under these circumstances, assuming a traditionally governmental function, seeks to vindicate an entirely different kind of entitlement than when she pursues compensation for the pollution of a piece of land that she owns.

Hence, the suitor would be hard pressed to portray, with plausibility, the transition from a regime of private entitlements to one of diffuse entitlements as purely procedural. In light of this difficulty, she could try a different strategy. First, she could acknowledge that the environmental legislation does touch upon substantive matters. Then, she could contend that, in a deeper sense, the statute simply empowers a new class of litigants to vindicate a long-established, formerly state-enforced entitlement and, as such, operates mostly procedurally.

In proceeding down this path, however, the complaint starts by conceding that the relevant provisions of the environmental law do bear upon substance. Hence, it renders irrelevant the question whether the statute might, from a more profound perspective, have an adjective character. After all, the Civil Code in Ecuador denies any retroactive effect whatsoever to substantive laws even if they partially regulate or constitute procedure.

At the end of the day, the empowerment of citizens to exercise the diffuse entitlements, whose vindication was formerly the state's prerogative, would seemingly entail, *per se*, a substantive change in the law. It would not only increase the number of potential lawsuits by a sizeable margin but also introduce a significantly different type of plaintiff. The corresponding incentives, requirements, and restrictions differ considerably when private parties, as opposed to the authorities, file the action. In comparison with the state, individuals and non-governmental entities may, *inter alia*, find more of a motivation in the prospect of a substantial monetary reward, need to disclose less about the suit under freedom-of-information or other

⁹³ See generally Ángel R. Oquendo, *Justice for All: Certifying Global Class Actions*, WASHINGTON U. GLOBAL STUDIES L. REV. (2017) (forthcoming), IV(E)(3) (distinguishing societal from individual claims).

principles, and confront fewer due-process limitations when interacting with their opponent in court.

An enactment that thus accords citizens standing to enforce the community's diffuse rights would seem not to qualify as just ceremonial precisely because it brings about such a major alteration in the legal order. In the terms of the Civil Code, it would not appear simply to "concern the substantiation [or] the rituality of lawsuits."⁹⁴ Ultimately, such a law, upon retroactive deployment, tends to impose on potential defendants exactly the kind of extra burden that the bar on retroactivity aims to spare them.

At this juncture, the complainant could attempt an alternative tack. Instead of purporting to categorize the *ex post facto* statute as procedural, she might assert that it basically boils down to a reenactment of already existing laws entitling individuals to sue. She might first zero in on Civil-Code provisions that institute the right to prosecute a suit in tort.

For example, Article 2214 essentially declares that whoever harms someone else through an illicit act has an obligation to indemnify the injured party.⁹⁵ Similarly, Article 2229 generally requires people to repair any damage that they cause through malice or negligence.⁹⁶ The claimant may argue that these provisions, which obviously have equivalents throughout the civil-law universe,⁹⁷ contain the substantive law upon which her action rests. She may maintain that they may serve to address diffuse injuries to the society as a whole.

Nevertheless, this interpretation entails problematic consequences. Articles 2214 and 2229 posit ordinary tort actions through which plaintiffs vindicate their own individual entitlements, rather than the community's diffuse rights. The judiciary would be transforming these provisions if it read

⁹⁴ Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 7(20a) ("la sustanciación y ritualidad de los juicios").

⁹⁵ Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2214 ("Whoever commits a criminal or negligent offense that injures someone else, bears an obligation to indemnify, without prejudice to the legally imposed punishment for the offense.") ("El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.")

⁹⁶ Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2229 ("As a general rule, a person shall repair any harm attributable to his or her malice or negligence.") ("Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.")

⁹⁷ See, e.g., Cd. Civ. (Braz.) (2003), art. 927 ("Whoever harms another by an illicit act shall bear an obligation to repair the harm.") ("Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."); Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 2329 ("As a general rule, a person shall repair any harm attributable to his or her malice or negligence.") ("Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."); Cd. Civ. (Fr.) (1804), art. 1382 ("Whoever culpably harms another shall bear an obligation to repair the harm.") ("Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."); Cd. Civ. (PR.) (1930), art. 1802 ("Whoever harms another by a culpable or negligent act or omission shall bear an obligation to repair the harm.") ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.")

an unprecedented diffuse-rights suit into them. In so doing, it would be acting against cardinal civil-law tenets, which command strict adherence to the letter of the Code,⁹⁸ as well as expressly condemn the retroactive application of laws.⁹⁹

At this point, the suitor might turn her attention to Article 2236 of the Civil Code.¹⁰⁰ She might note that this provision entitles any person to file a popular action in order to remove a contingent harm, even if the drafters had probably not anticipated the possibility of application to the case at hand. She may insist that legal institutions require updating and evolution and conclude that this popular action lies in environmental cases.

Indeed, the Ecuadorian Civil Code, like many of its counterparts in the region, establishes a series of such private-law popular actions for the enforcement of diffuse rights under specific circumstances.¹⁰¹ Specifically, Article 2236, like its equivalents elsewhere, authorizes “a popular action in cases in which, because of someone’s imprudence or negligence, a contingent harm threatens an indeterminate number of people.”¹⁰² It requires a precisely identified contingent harm,¹⁰³ in addition to contemplating only injunctive remedies for the purpose of removing the danger at stake.¹⁰⁴

The hypothesized complaint would presumably fail to meet these requirements. In particular, it does not allege the right kind of injury or pray for the right type of relief. As a result, the provision at stake would evidently not apply to the dispute at hand.

98 See, e.g., Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 18.

99 *Id.* art. 7.

100 Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2236. See *infra* note 101 and accompanying text (discussing the popular actions established by this article, as well as by similar provisions in other Spanish American civil codes).

101 See Oquendo, *supra* note 92, IV(E)(3) (exploring popular actions under the Civil Code in various Latin American jurisdictions).

102 Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2236 (“Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas.”). See also Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 2333; Cd. Civ. (Colom.) (1887), art. 2359; Cd. Civ. (El Salv.) (1859), art. 2084.

103 These actions have a preventive character. See generally José Luis Diez Schwerter & Verónica Pía Delgado Schneider, *Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del “derecho de daños,”* 214 REV. DCHO. UNIV. CONCEPCIÓN 143, 144-48 (§ 2) (2003) (“Popular Preventive Actions”); Francisco de la Barra Gili, *Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: El problema de la legitimación activa*, 29 REV. CHILENA DCHO. 367, 401-02 (§ 2.5.3) (2002) (“inhibitory mechanism”; “purpose of preventing a contingent harm”); ARTURO ALESSANDRI, *DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO* 218 (III(3)) (1983). As such, they target the party who is in charge and, consequently, in a position to prevent the contingent harm. Someone who has no control cannot possibly avert that harm and therefore is not subject to suit.

104 The Article has “the purpose of preventing a contingent harm” and entitles plaintiffs “to appear before a judge so that he can issue an order to forestall [the contingent harm].” Barra Gili, *supra* note 102, at 401 (§ 2.5.3) (“para ocurrir ante el juez a fin de que ordene hacerlo desaparecer”); ALESSANDRI, *supra* note 102, at 218 (III(3)). “A possible or hypothetical harm, based on suppositions or conjectures, . . . does not give rise to a right to indemnification.” *Id.* at 218 (III(3)) (“Un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, . . . no da derecho a indemnización.”).

Once again, one must appreciate the difficulty of reading a new and open-ended diffuse-rights action into Article 2236. This construction, like that of Articles 2214 and 2229 previously analyzed, would expand the scope of the provision at issue beyond recognition and run up against the civil-law tradition's interdiction of any judicial deviation from precisely codified language and of retroactive application of laws. Furthermore, it would tend to render the other Civil-Code popular actions superfluous and ultimately to undercut the codifiers' overall approach, which consists in setting up a series of tightly tailored diffuse actions, rather than a single far-reaching suit.

At each turn, the adjudicator might feel tempted to play loose with the standard. She might have to remind herself that the latter embodies a key civic guaranty, which calls for rigorous implementation. Therefore, a tribunal should err on the side of preserving the proscription.

In sum, Ecuador, as well as other nations in the civil-law world, embraces a broad prohibition on retroactivity. It specifically exempts adjective statutes. Nevertheless, judges normally should construe this exemption narrowly in order to avoid undermining the ban or the underlying principles.

C. Keeping Civil Punishment in Check

All in all, punitive damages have no basis in Latin American or in Continental European law. Ecuador's legal system, like its counterparts in the civil-law tradition, does not provide for such a remedy. Of course, scholars such as Argentine Ramón Daniel Pizarro propose opening up to punitive damages under limited circumstances.¹⁰⁵ Still, Pizarro himself typically recognizes the unavailability of this type of relief in Latin America and Continental Europe.¹⁰⁶ In addition, an adjudicator could probably not justify the imposition of punitive damages as an application of a principle of universal law. Finally, she would likely not be able legitimately to reinterpret such an award as involving moral damages because it would satisfy none of the requirements for that kind of compensation.

Civil-law courts ordinarily may not grant punitive damages. In order to disregard this ban on their own, they would have to set aside profoundly ingrained principles, such as those that establish that codified law strictly binds the judiciary. In fact, this restriction retarded the transition from

¹⁰⁵ See *infra* notes 112-120 and accompanying text (exploring Pizarro's cautious endorsement of a punitive role for civil legislation).

¹⁰⁶ See *infra* notes 112-120 and accompanying text (documenting that Pizarro regards punitive damages as generally unavailable in the civil law tradition).

pecuniary to so-called moral or psychological damages. For a very long time, judges granted compensation for material and economic injuries, but not for pain and suffering. They felt that awarding the latter kind of redress, as opposed to the former, lacked support in the Civil Code and would enable them to exercise unbound and impermissible discretion. In some countries, this attitude changed only upon almost unanimous scholarly condemnation and upon an amendment to the Code, the Constitution, or both.¹⁰⁷

In order to award punitive damages in Latin America or in Continental Europe, a tribunal would also have to disregard the equally deep-seated conviction that a civil remedy may not operate as punishment. Actually, this widespread persuasion has hindered the development of any significant support, either among scholars or among lawmakers, for the adoption of this kind of reparation. In exceptional cases, Latin American and Continental European jurisdictions sanction not punitive damages generally, but rather relief that transcends compensation and that appears to have a punitive component. The legal systems that take this approach do so, occasionally, in areas like consumer-protection.¹⁰⁸ In the relevant cases, they usually authorize the adjudicator to make the award under limited circumstances and under specific guidelines. She may not generally pass on the reprehensibility of the defendant's conduct and assess a commensurate penalty, as with punitive damages in the United States.

Some civil-law tribunals, like the German Supreme Court, have even gone so far as to declare punitive damages inconsistent with the public order and to decline to execute foreign judgments that include such a remedy.¹⁰⁹ The 2005 Hague Convention on Choice-of-Court Agreements unambiguously authorizes such refusal: "Recognition or enforcement of a judgment may be refused, if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered."¹¹⁰ Similarly, the European Union Regulation 864/2007, on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, allows member

107 See generally Miguel Reale, *Moral Damages in Brazilian Law*, in *A PANORAMA OF BRAZILIAN LAW* 121 (Jacob Dolinger & Keith Rosenn eds., 1992) (describing the Brazilian judiciary's resistance to moral damages despite scholarly, codified, and constitutional support for such a remedy).

108 See, e.g., L. 24.240 (Consumer Defense Act) (Arg.) (1993), art. 52*bis* ("The judge may impose, at the request and in favor of the consumer, a civil fine, which will vary depending on the gravity of . . . the case, on providers who fail to meet their legal or contractual duties toward consumers. . . . The civil fine may not exceed" five (5) million *pesos*).

109 See, e.g., BGHZ 118, 312 (343 F.) (Supr. Ct.) (Germany) (1992) (summarized in Peter Hay, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany: The 1992 Decision of the German Supreme Court*, 40 AM. J. COMP. L. 729, 730-31 (1992)).

110 Hague Convention on Choice of Court Agreements, June 30, 2005, 44 I.L.M. 1294, art. 11(1).

states to decline to apply statutes from other European-Union countries on the basis of “considerations of public interest,” specifically when the law in question calls on the judiciary to “award . . . non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature.”¹¹¹

Nonetheless, commentators like Ramón Daniel Pizarro have endorsed the incorporation of a punitive component in civil indemnification under limited circumstances.¹¹² Significantly, this author actually acknowledges the traditional stance and cautions that “punitive damages have not attained much recognition in the Continental European system or in Latin America.”¹¹³ He specifically notes that the punishment of “intentional torts” or of “gross negligence” faces “serious difficulties,” mostly due to “*the lack of norms*” for the imposition of civil sanctions in such cases.¹¹⁴

Aiming to transcend a mere “description of the system,”¹¹⁵ however, Pizarro advocates the “future”¹¹⁶ adoption, in Argentina, of this institution, as a “useful instrument,”¹¹⁷ under “exceptional” and “restricted”¹¹⁸ circumstances. Not surprisingly, he addresses his proposal to lawmakers and insists that it requires express legislation prior to application. He underscores, using his own italics, “the absolute necessity of providing for such penalties by *law*.”¹¹⁹ “Punishment,” he explains, “must be expressly established in the law in order to forestall an encroachment upon basic notions of legal certainty that the Constitution consecrates.”¹²⁰ At the end

111 Council Regulation 864/2007 (On the Law Applicable to Non-Contractual Obligations) (Rome II), 2007 O.J. (L 199/40) (EC), Consideration 32.

112 RAMÓN DANIEL PIZARRO, DERECHO DE DAÑOS 287-337 (Ch. XIII (“Daños Punitivos”)) (1996).

113 *Id.* at 295 (“Los daños punitivos no han alcanzado mayor repercusión dentro el sistema de Europa Continental ni en Latinoamérica.”). Elsewhere, Pizarro states that, “among us [in Argentina], as well as in most countries in Continental Europe and Latin America, [punitive damages] have not attained much recognition.” *Id.* at 287 (“Sin embargo, entre nosotros —y en la mayor parte de los países de Europa continental y de Latinoamérica— [los daños punitivos] no han alcanzado mayor repercusión.”). He notes, in particular, that civil-law literature has attributed “little importance . . . to the *punitive dimension* of tort law.” *Id.* at 289 (“Llama la atención la poca importancia que nuestra doctrina ha prestado a la *fax punitiva* del derecho de daños.”).

114 *Id.* at 290 (“agravia intencionado”; “de una grosera negligencia”; “serias dificultades”; “la ausencia de normas que permiten sanciones civiles en tales supuestos”). See also *id.* at 291 (“The problems relating to the punishment of certain torts” stem from “a glaring lack of adequate normative principles”) & 297 (“In Latin America . . . , punitive damages find few antecedents”).

115 *Id.* at 288 (“descripción del sistema”).

116 *Id.* at 287 (“futura”). See also *id.* at 291 & 336. Pizarro asserts that “punitive damages in the common law constitute one of the possible parameters for consideration in the formulation of future legislation.” *Id.* at 291. Nonetheless, he acknowledges that comparative efforts in the civil-law tradition usually restrict themselves “to Continental European law and to the Latin American system” and rarely focus on “the common law and its institutions.” *Id.* at 288.

117 *Id.* at 287 (“instrumento útil”).

118 *Id.* at 336 (“excepcional”; “restrictiva”).

119 *Id.* at 336 (“la necesidad indispensable de consagrar tales punitivos por ley”).

120 *Id.* at 290 (“las penas deben estar expresamente previstas por la ley, so riesgo de afectar elementales principios de seguridad jurídica que consagra la Constitución nacional.”)

of the day, Pizarro is simply endorsing the kind of punitive relief that has already emerged in the civil-law realm, not the wider-ranging variant that prevails in the United States.

Of course, the Ecuadorian Civil Code's Article 18(7a) establishes that, in the absence of a legal norm applicable to the controversy at hand or to analogous cases, an adjudicator may turn to "the principles of universal law."¹²¹ It thus echoes its counterparts all over Latin America and Continental Europe.¹²² All the same, this provision does not entitle judges to apply any imaginable rule to settle the disputes before them. Instead, it creates a narrow exception, which should not undermine the judiciary's overriding obligation to adjudicate, strictly, according to what the Code spells out and explicitly commands.

Consequently, a tribunal must, in applying Article 18(7a) or its equivalents throughout the civil-law universe, first show that no legal norm exists for the case or for any similar controversy. Since the Civil Code comprehensively governs civil-law suits, it does not leave a vacuum of this sort. In fact, it covers all kinds of tort claims, including those pertaining to injuries alleged to have occurred due to "serious culpability, serious negligence, extreme culpability," or even due to "malice (*dolo*)," which "consists in the positive intention to visit harm upon someone else or upon his or her property."¹²³

In addition, the Code provides for a wide array of remedies, such as indemnification,¹²⁴ reparation,¹²⁵ and even moral compensation.¹²⁶ In a typical fashion, it does not authorize punitive damages under any circumstances. In any event, inasmuch as courts have at their disposal positive law to address questions of liability and relief, Article 18(7a) does not apply.

Even in the absence of relevant legal parameters, a judge seeking to rely on Article 18(7a) must, additionally, point to a pertinent principle of universal law. As just noted, Latin American and Continental European

121 Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 18(7a) ("A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.")

122 See Cd. Civ. (Arg.) (2016), art. 2; Cd. Civ. (Chile) (1857), art. 24; Cd. Civ. (Colom.) (1873), art. 32; Cd. Civ. (C.R.) (1886), art. 11; Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 18(6a & 7a); Cd. Civ. (Hond.) (1906), art. 20; Cd. Civ. Fed. (Mex.) (1928), arts. 18 & 19; Cd. Civ. (Para.) (1985), art. 6; Cd. Civ. (Peru) (1930), art. VIII; Cd. Civ. (P.R.) (1930), art. 7; Cd. Civ. (Uru.) (1868), art. 16; Cd. Civ. (Venez.) (1982), art. 4.

123 Cd. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 29 ("Culpa grave, negligencia grave, culpa lata") ("El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.")

124 *Id.* arts. 2214-2216.

125 *Id.* art. 2229.

126 *Id.* arts. 2231-2234.

systems universally reject the notion that the judiciary may punish defendants in controversies under the Civil Code. In fact, the remedy in question appears to find clear support only in the United States and in a few other common-law jurisdictions.¹²⁷ Therefore, no principle with the necessary degree of universality would sustain an award of punitive damages. If anything, the general practice throughout the world points in the opposite direction, namely, in that of a proscription of this kind of relief.

Finally, one may not persuasively assimilate punitive to moral damages. The latter, as previously pointed out, address mainly psychological and reputational injuries and, as opposed to the former, do not aim at punishment, but rather at compensation. They require that the plaintiff specifically request for such relief,¹²⁸ as well as that the adjudicator assess and justify the sum awarded.¹²⁹ A condemnation of a defendant to pay a penalty on grounds of allegedly reprehensible conduct would not seem to qualify as an award of moral damages.

D. Wrap-Up

The civil law of Ecuador, like that of other countries in Latin America and Central Europe, forbids the retroactive application of laws and the imposition of punitive damages. These prohibitions play an important role in the legal system and call for strict adherence. In this area, the civil-law tradition evinces an impressive amount of congruence despite the variance in the details.

VI. CONCLUSION

Parts II and III meditated upon, respectively, the notion of the civil-law tradition and that of codification. Thereafter, Part IV investigated the mostly common take on contractual interpretation and on third-party

127 The U.S. Supreme Court has endorsed the constitutional validity of punitive damages, while imposing strict due-process limitations. *See, e.g.,* *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008); *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007); *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003); *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). *Cf.* *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 SCR 362 (Sup. Ct.) (Canada) (“Punitive damages are restricted to advertent wrongful acts that are so malicious and outrageous that they are deserving of punishment on their own Courts should only resort to punitive damages in exceptional cases”); *Rookes v. Barnard*, 1964 A.C. 1129, 1225-28 (H.L.) (England) (1964) (L. Devlin) (An award of “punitive or exemplary damages” may lie (1) when “oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government” has taken place; (2) when “the defendant’s conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff”; or (3) when “exemplary damages are expressly [authorized] by statute.”).

128 *See* C.D. Civ. (Ecuad.) (2005), art. 2233.

129 *See id.* art. 279.

agreements. Finally, Part V scrutinized the characteristic proscriptions against retroactivity and punitive damages.

All in all, this article has reflected upon certain institutions, as well as ideas, that inhabit the civil-law universe. It has shown how they have survived and developed in Latin America. In fact, this legal realm as a whole reveals its true internationalized and modernized face as it goes through this story of survival, development, and even transformation. It possesses no common essence and shows itself as one simply by virtue of a family resemblance among the systems belonging to it. Hence, each one of the latter shares with the rest not a single element, but rather a number thereof, discontinuously and incompletely: in other words, an overarching, variegated and somewhat nebulous history and culture. ❖

Vedação à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Homens: Constitucional ou Inconstitucional?

André Moreira Baiseredo

Advogado. Especialista em Direito Administrativo Empresarial. Especialista em Direito Médico. Consultor Jurídico associado a Dantas, Fonseca & Nigre. Coordenador Jurídico do HEMORIO e Advogado da Fundação Pró-HEMORIO de 2004 a 2016. Diretor Jurídico do Centro Multidisciplinar de Odontologia Intensiva. Membro fundador do Colégio Brasileiro de Odontologia Intensiva. Membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB/Barra. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/Barra. Coordenador da Pós-Graduação de Direito Médico e Hospitalar das Faculdades Integradas Hélio Alonso – FACHA. Professor convidado de Cursos de Pós-Graduação e Extensão. Professor da Associação Brasileira de Ouvidores. Autor do livro O Direito e o Sangue: o Ciclo do Sangue.

RESUMO: A obtenção de produtos biológicos de qualidade é procedimento que sempre preocupou as autoridades sanitárias. As exigências acerca de um sangue de qualidade é uma preocupação internacional, que demanda adequados métodos de testagem, tanto clínica, quanto laboratorial. Tema que se encontra alvo de profunda reflexão, a vedação legal à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, é objeto de debates fervorosos. Na atualidade, será o Supremo Tribunal Federal a voz definitiva acerca da questão. A constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas que vedam a doação por homens que fazem sexo com

homens, e as parceiras destes, será, enfim, alvo de análise por nossa Corte maior. Nada obstante, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifesta, cumpre analisar o tema de maneira objetiva, considerando-se os aspectos práticos da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Produtos biológicos. Qualidade. Sangue. HSH.

ABSTRACT: Obtaining quality biological products is a procedure that has always concerned the health authorities. The demands on quality blood are an international concern, which demands adequate methods of testing, both clinical and laboratory. The subject of deep reflection, the legal prohibition on the donation of blood by men who have sex with men, is the subject of fervent debate. At present, the Supreme Court will be the definitive voice on the matter. The constitutionality or unconstitutionality of norms that prohibit donation by men who have sex with men, and their partners, will ultimately be the subject of analysis by our higher court. Nevertheless, while the Federal Supreme Court does not manifest itself, it is necessary to analyze the issue objectively, considering the practical aspects of the issue.

KEYWORDS: Biological products. Quality. Blood. HSH.

INTRODUÇÃO

No esteio das revoluções sociais verificadas em nosso País na atualidade, onde conceitos são inteiramente revistos após a revelação de fatos que, até então, eram mantidos ocultos do público, em virtude de interesses inconfessáveis, clamando de nossa Corte Superior a sua manifestação expressa, enquanto intérprete de nossa Magna Carta, ressurge um tema que permaneceu latente nos últimos anos, mas nunca distante da rotina dos Serviços de Hemoterapia, públicos e privados, de todo o Brasil.

A força motriz do momento é o Partido Socialista Brasileiro (PSB), que ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5543) no Supremo Tribunal Federal (STF), com pedido de liminar, contra normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que considera homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, temporariamente inaptos para a doação de sangue, pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual.

Para o partido, na prática, tais normas impedem que homossexuais doem sangue de forma permanente, situação que revela “absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual”.

Na ADI, o partido afirma que a Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e o artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da ANVISA, ofendem a dignidade dos envolvidos e retira-lhes a possibilidade de exercer a solidariedade humana.

Enfatiza o PSB, no processo atualmente em trâmite no STF, com relatoria do Ministro Edson Fachin, a saber, *in verbis*:

Se não bastasse, há que se destacar a atual – e enorme – carência dos bancos de sangue brasileiros. Segundo recentes levantamentos, estima-se que, em função das normas ora impugnadas – proibição de doação de sangue por homens homossexuais –, 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados anualmente. (STF. ADI nº. 5543).

O partido cita, ainda, dados de que uma única doação de sangue pode salvar até quatro vidas. Assim, se for considerado que em cada doação são coletados, em média, 450 ml de sangue, o desperdício anual de 19 (dezenove) milhões de litros corresponde a um número assombroso de vidas que poderiam ser salvas, mas que acabam desassistidas, em virtude das normas sanitárias atualmente em vigor.

Neste diapasão, sustenta o Partido Socialista Brasileiro que as normas questionadas na ação supramencionada violam os seguintes preceitos constitucionais: dignidade da pessoa humana, direito fundamental à igualdade, objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações e o princípio da proporcionalidade; estando todos insculpidos em nosso hodierno Ordenamento Jurídico Pátrio.

A ADI apresenta o contexto histórico do qual surgiu a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, citando que o vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), manifestou-se pela primeira vez nos anos de 1977 e 1978 nos Estados Unidos, Haiti e África Central, multiplicando-se de forma descontrolada nos anos que se seguiram.

Em suas razões, sustenta a ação ajuizada pelo partido, a saber, *in verbis*:

Assim, em virtude do temor e desconhecimento científico acerca da Aids, passou-se a proibir as doações sanguíneas advindas de certos grupos sociais, dentre os quais se inseriam os homens homossexuais. E foi seguindo esse contexto mundial que o Ministério da Saúde do Brasil editou a Portaria 1366, no ano de 1993, proibindo pela primeira vez que homens homossexuais doassem sangue no país. (STF. ADI nº. 5543).

O PSB sustenta em seu discurso que, desde o ano 2000, o debate sobre o fim da proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, tornou-se muito presente em todo o mundo, especialmente em função do controle da AIDS, dos avanços tecnológicos e medicinais, além da estabilização das relações homossexuais. Mas, apesar do controle da epidemia de AIDS, do maior conhecimento quanto às suas causas e de resultados mais eficazes nos tratamentos, a legislação brasileira continuou “impregnada de visões ultrapassadas, lógicas irracionais e fundamentos discriminatórios”.

Da mesma forma, sustenta o partido que o fato de a ANVISA ter alterado a proibição, até então tida como permanente, para doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, para uma proibição temporária, de um ano, na hipótese do homossexual ter tido relação sexual nos últimos 12 meses, poderia soar, à primeira vista, como relativo progresso normativo, mas, na prática, continuou impedindo a doação permanente dos homossexuais que tenham mínima atividade sexual.

Destarte, evocando a premência da questão, os autores da ADI pedem, em cognição sumária, liminar para suspender imediatamente os efeitos da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA e, no mérito, que tais normas sejam consideradas inconstitucionais.

Não obstante as razões sustentadas em seu pleito, o PSB afirma que a legislação brasileira já exclui a doação de sangue por pessoas promíscuas, independente da orientação sexual, afirmando, a saber, *in verbis*: “Nesse contexto, veja-se que o objetivo desta ação direta não compromete, de forma alguma, a segurança dos procedimentos hemoterápicos”.

De toda sorte, embora claramente com viés político, e não científico, conclui o partido, a saber, *in verbis*:

O que se busca é extinguir do ordenamento jurídico brasileiro os ranços discriminatórios que, sob o véu da ‘proteção’, mantêm exclusão social inadmissível na ordem constitucional vigente. (STF. ADI nº. 5543).

Conforme o já salientado, a relatoria da ADI coube, por livre distribuição, ao Ministro Edson Fachin, que entendeu cabível a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº. 9.868/1999 (Lei das ADIs), “em razão da relevância da matéria debatida nos autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica”, que, segundo o preconizado no texto normativo, permite que a ação seja julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar.

O Ministro Edson Fachin, em despacho proferido em 08 de junho de 2016, fundamentou sua decisão sob o argumento de que:

Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro. (STF. ADI nº. 5543. RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN. 08/06/16).

O Ministro também requisitou informações às autoridades envolvidas, a serem prestadas no prazo de dez dias, o que já ocorreu, e de forma robusta, pela ANVISA. Em seguida, ato contínuo, determinou-se a vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, conforme preconiza o trâmite legal.

Como era de se esperar, diversas foram as organizações sociais e culturais que adentraram ao processo, valendo-se da *amicus curiae*¹ (SILVA, 1993), objetivando o êxito da pretensão formalizada pelo PSB, dentre elas, inclusive, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não obstante os fundamentos da decisão do Ministro e a premência de se obter, enfim, uma manifestação de nossa Corte Superior sobre o tema, ainda não há data para julgamento do processo pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

¹ *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa “amigo da corte”. Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário.

Portanto, até o presente momento, permanece plenamente em vigor a Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e a Resolução nº 34/2014, da ANVISA, nas quais homens que tiveram relações sexuais com outros homens, ou com as parceiras sexuais destes, são considerados inaptos por 12 meses para doar sangue nos hemocentros e hospitais do país.

Destarte, os Serviços de Hemoterapia, públicos ou privados, estão proibidos de receber sangue dos homens que declararem ter feito sexo com outros homens nas entrevistas realizadas antes do procedimento de coleta (triagem clínica), pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual, bem como as parceiras sexuais destes.

Evidencia-se, neste prisma, considerando não somente a agudez dos argumentos contidos na ADI, mas, sobretudo, os direitos alegadamente violados, a imperiosa necessidade de se realizar, como metodologia, um cotejo entre as opiniões empíricas da população acerca do tema, a evolução e fundamentação científica das normas de vigilância sanitária e os direitos constitucionalmente assegurados, objetivando, assim, aclarar a questão cientificamente.

Sendo assim, o processo de elaboração deste artigo ocorreu, justamente, com base na verificação dos pontos de convergência de uma nova discussão, com um velho problema, no campo da triagem clínica de doadores de sangue, que é permeado por um conflito ético.

CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

Mesmo na atualidade, conforme o já constatado, a questão aqui tratada permanece gerando insolúveis controvérsias tanto entre juristas e profissionais da área da saúde que atuam nos serviços de hemoterapia, como na sociedade em geral. A triagem clínica dos homens que fazem sexo com homens, bem como das parceiras sexuais destes, é por vezes tida como clara configuração de discriminação aos HSH², clamando o ponto por uma análise objetiva, sem qualquer submissão às paixões que envolvem o debate do tema.

Apenas como ilustração das opiniões empíricas, cabe transcrever depoimentos³ de doadores, que adotam condutas diversas, por ocasião da triagem a que são submetidos, de modo a que se inicie um raciocínio acerca da utilidade da restrição contida nas aludidas normas de vigilância sanitária, para a garantia da qualidade do sangue:

² Homens que fazem sexo com homens.

³ O nome dos depoentes foi ocultado de modo a preservar a sua privacidade.

Com relação à doação de sangue por parte de homossexuais, já vivi uma situação constrangedora quando, ao tentar fazer uma doação, fui impedido por ter assumido, em entrevista, a minha condição sexual. Isso já faz alguns anos e até hoje não voltei por não terem mudado a lei, e principalmente por não querer assumir uma identidade falsa quando na verdade eu poderia muito bem voltar ao banco de sangue e dizer ‘não sou homossexual’. E quero doar sangue! Tudo seria diferente!

É uma sensação até engraçada, de dever cumprido, sinto-me um cidadão melhor, mais participativo. Enquanto eu mantiver um comportamento seguro e tiver certeza de não estar contaminado, vou continuar mentindo para poder doar sangue, até que alguém apresente um argumento razoável para a diferenciação entre gays e heterossexuais, nesse questionário. Quando alguma autoridade sanitária explicar convincentemente porque meu sangue oferece risco a quem recebe, mesmo que eu siga o padrão aceito para doadores heterossexuais, eu paro.

Em momento algum fui perguntado sobre ter usado camisinha nas relações sexuais que tive e essa deveria ser a questão essencial. Essa distorção permite que um heterossexual seja aceito como doador, ainda que tenha feito sexo sem proteção, enquanto um homossexual é tachado de impróprio.

Fico observando o eterno conflito entre homossexuais e bancos de sangue e me pergunto se as pessoas se esquecem de que existem várias pessoas que fazem sexo sem se importar com gênero. Elas sequer se rotulam. São promíscuas, não sei? Já fiz sexo com homens e mulheres e já doei sangue sem problemas. Acredito que os métodos atualmente colocados à disposição são capazes de dar segurança!

Do outro lado, ainda que não abertamente antagônicos, os profissionais da área da saúde que atuam no segmento, embora não detenham uma opinião empírica na plena acepção da palavra, asseveram:

É verdade que todas as generalizações são perigosas e injustas: há certamente muitos homossexuais e bissexuais masculinos que praticam sexo absolutamente seguro e não teriam um risco maior do que o da população em geral. Em termos de saúde pública fica difícil estabelecer regras fixando exceções individuais. A melhor alternativa parece mesmo ser a de considerar inaptos para a doação de sangue os homens que tiveram sexo com outros homens, como faz a legislação brasileira.

Sou captadora de doadores, às vezes chegam até mim pessoas com características homossexuais, eu não tenho o direito de perguntar a opção sexual e nem mesmo de barrar, quem tem esse poder é o médico responsável na hora da triagem. Se eles mentem, não sei, mas com certeza a responsabilidade é de cada um. Só queria esclarecer que não tem nada a ver com preconceito, mas sim com o comportamento de risco, isso independentemente se hetero ou homo.

Todos os bancos de sangue, públicos e privados, seguem orientação da ANVISA. É uma legislação do sangue e nós temos de obedecer. O que devemos fazer no momento é o que determina a lei.

Confesso que fico um pouco irritado com as generalizações feitas por quem defende bandeiras políticas sem se aprofundar quanto ao tema. As normas de vigilância não se referem a orientações sexuais, mas, tão somente, a comportamento sexual. Se você não for homo, mas fez sexo com outro homem dentro de 12 meses, estará impedido de doar. Nenhum triador sério irá lhe perguntar por que o candidato da doação praticou o ato sexual. Da mesma forma, se alguém que se declarou homo afirmar que não fez sexo com outro homem nos últimos 12 meses ele irá doar. Acredito que basta pensar em quem receberá o sangue e na falibilidade dos exames sorológicos para chegar facilmente a um posicionamento sobre a questão.

Quanto ao tema, a ANVISA, que é quem edita a RDC, que controla as boas práticas do ciclo do sangue (atualmente a RDC nº. 34/14), já se mostrou categórica ao consignar, inclusive em Parecer⁴ acerca de Resolução anterior, que:

(...) as determinações contidas na Resolução nº. 153/2004⁵, não tem caráter de discriminação baseada em preconceitos, e, sim, de restrição técnica com base em evidências científicas, visando garantir ao máximo a qualidade e segurança do sangue e seus componentes/derivados com o objetivo de proteger tanto o doador quanto o receptor, garantindo assim a saúde de ambos. Mediante estas determinações a ANVISA está cumprindo o que nada mais é o dever do Estado de garantir a segurança e qualidade dos produtos e serviços de saúde.

É cientificamente pacífico, portanto, que um dos fatores relevantes a ensejar uma hemovigilância severa por parte do Estado, possibilitando a detecção de riscos no processo de coleta e transfusão, é o comportamento sexual.

Pontue-se, desde já, que o objetivo do legislador é garantir a qualidade do produto biológico.

Neste contexto, a Agência no mesmo Parecer citado faz constar que:

(...) conhecedora destes problemas, sempre teve o cuidado de evitar qualquer situação associada à discriminação preconceituosa, pelo que foram escolhidos conceitos e palavras seguindo as tendências atuais sobre terminologia técnico-científica, de modo que no inciso d, item B.5.2.7.2, do Anexo I, da Resolução - RDC nº. 153, de 14.06.2004 consta que "...d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo: ... Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes(...)"

4 Parecer GGSTO nº. 03/06 – que tratava dos critérios de exclusão de homens que fazem sexo com homens para doação de sangue.

5 Antiga RDC que regulamentava as boas práticas no ciclo do sangue, que, no que tange aos homens que fazem sexo com homens dispunha, em linhas gerais, da mesma maneira, possibilitando replicar nesta obra as assertivas então lançadas no Parecer GGSTO nº. 03/06.

6 Na atualidade: Portaria MS/GM nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: (...) IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; e, Resolução - RDC Nº 34, de 11 de junho de 2014. Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério

Importante salientar que a ANVISA sempre sustentou que o ponto analisado sempre fora o da situação de risco acrescido e deixou isso claro com as atualizações da norma que ocorreram desde 2004, sendo certo que na atualidade o texto da Resolução em vigor é claro ao consignar a inaptidão temporária para os indivíduos que tenham tido contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue, dentre eles os HSH.

De toda sorte, mesmo com o aprimoramento do texto, o entendimento de considerável parcela da sociedade, bem como de alguns juristas, e até mesmo de alguns profissionais da área da saúde, permanece inalterado.

Sustentam os mesmos que alegar que uma pessoa que optou por manter relações sexuais com pessoa do mesmo sexo pertence, automaticamente, e necessariamente, a um grupo de risco ou situação de risco acrescido é associar a orientação sexual a um transmissor de doenças, sem considerar a possibilidade de o HSH ter relação estável, parceiro fixo e manter relações com preservativos. Além disso, cabe mencionar que o sangue doado, antes de ser utilizado, passa por criteriosos testes, independentemente da entrevista pessoal. Em resumo, nada mais seria o parâmetro do que violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Valendo-se das precisas pontuações de Veronessi⁷, de fato, podemos registrar que:

A noção de grupos de risco foi utilizada com a finalidade de facilitar a compreensão da distribuição de casos e auxiliar no monitoramento da doença nas etapas iniciais. Entretanto, como os primeiros casos de SIDA foram detectados principalmente entre grupos caracterizados por práticas tradicionalmente marginalizadas – relações homossexuais e uso de drogas intravenosas – este conceito trouxe problemas para o controle da epidemia e incrementou a discriminação preconceituosa a homossexuais e usuários de drogas. (VERONESSI, 1997).

da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: (...)XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: (...) d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

⁷ Veronessi R, Fonseca R. Tratado de Infectologia. São Paulo: Atheneu. 1997.

Nada obstante, em uma análise histórica, temos que a justeza da medida justificou-se precisamente porque a evolução normativa, e a própria estruturação do controle, em nível nacional, da qualidade do sangue coletado teve como mola mestra a epidemia de AIDS, que assolou o Brasil ceifando vidas de forma descontrolada, tendo sido o primeiro caso confirmado identificado em 1980. Neste período, anos 1980 e 1990, foram registrados diversos casos de contaminação após transfusão de sangue contaminado, o que compelia à adoção de medidas protetivas, de modo a se garantir a qualidade do produto biológico.

Difícil reproduzir aqui, em poucas palavras, o pânico gerado pela epidemia de uma doença que até o presente momento, apesar dos avanços que se obteve na área, não possui cura divulgada. Todavia, é fácil constatar pela evolução normativa que a preocupação do legislador era evidente, e que medidas urgentes eram necessárias, onde citamos como ilustração, a Lei nº. 7.649/88⁸, regulamentada pelo Decreto 95.721/88⁹; Portaria nº. 721/89¹⁰; e a Portaria nº. 1376/93¹¹.

Fato que permanece imutável, a sustentar o rigor da norma, até pela própria dinâmica envolvida, é que os homens que fazem sexo com homens continuam adotando um comportamento de risco. Aliás, termo muito mais adequado do que grupo de risco, uma vez que sua prática sexual gera maior frequência de relações sexuais anais, que originam lesões dérmicas, porta de entrada para alguns vírus, bactérias e microrganismos.

O risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis através de coito anal (inclusive entre um homem e uma mulher) é especialmente elevado quando não se utiliza preservativo, e mesmo se utilizado, não há a obliteração do risco. O risco para o parceiro receptor no coito anal sem proteção é várias vezes maior que para aquela mulher que realiza o coito vaginal sem proteção com um homem infectado. A razão desse maior risco na penetração anal é que a mucosa do reto é fina e pode sofrer rupturas facilmente e, assim, até as pequenas lesões na mucosa são suficientes para permitir a

8 Lei nº. 7.649, de 25.01.1988, regulamentada pelo Decreto 95.721 de 11.2.1988, que definiu em seu artigo 3º, em relação à doação de sangue que: "As provas de laboratório incluirão, obrigatoriamente aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA)". A partir do cumprimento dessa lei, a curva de novos casos de SIDA relacionados com a transfusão de sangue caiu vertiginosamente.

9 Idem.

10 Portaria nº. 721, de 09.08.1989, que determinou que estavam, a partir daquela data, excluídos os parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de risco para SIDA.

11 Portaria nº. 1376, de 19.11.1993, que trouxe, pela primeira vez, a normatização da exclusão definitiva dos indivíduos com sorologia positiva para anti - HIV e/ou histórico de pertencer, ou ter pertencido, a grupos de risco para SIDA e/ou que seja ou tenha parceiro sexual de indivíduos que se incluam naquele grupo.

entrada fácil de agentes infecciosos. Mesmo sem tais lesões, acredita-se que pode haver uma imunidade menor nas células da mucosa retal do que nas células da mucosa vaginal.

Assim, o sexo anal receptivo desprotegido é a prática sexual de maior risco, tanto para homens como para mulheres, sendo o sexo insertivo vaginal, ainda que presente o risco, uma forma de transmissão menos efetiva, principalmente da mulher para o homem. O sexo oral não parece ser uma importante forma de transmissão, embora tenha sido registrado como via de contaminação, segundo comprovam estudos, envolvendo diferentes populações.

Mesmo que campanhas de “sexo seguro” tenham diminuído muito as taxas de soroconversão (indivíduo com resultado negativo que apresenta posterior resultado positivo) em HSH, estudos recentes, realizados nos EUA, na Austrália e no oeste europeu, mostram um incremento nas taxas de práticas sexuais sem proteção. Este incremento provavelmente é relacionado à crença de menor possibilidade de adquirir HIV, devido a uma maior e mais eficaz terapêutica antirretroviral e a fadiga em seguir as recomendações. Estudos realizados no Brasil corroboram esta recaída para práticas não seguras em HSH.

Portanto, todos estes estudos mostram que a prática sexual entre HSH está associada a um risco acrescido. É valendo-se de tal ótica que a exclusão de HSH na doação de sangue, considerando o período de janela imunológica de 12 (doze) meses, bem como as parceiras sexuais destes, ainda é uma medida necessária para a proteção dos receptores das transfusões sanguíneas, ao diminuir o risco de transmissão de doenças, a partir do menor percentual de contaminação do sangue coletado.

Pontuado o aspecto histórico e, também, as razões científicas pelas quais se criou a conceituação de grupos de risco acrescido, percebe-se com mais clareza que a postura cautelosa das normas de vigilância sanitária não somente se justificaram no passado, mas também permanecem adequadas à realidade atual.

Cabe ressaltar, ademais, que evidências científicas comprovam que apenas com a aplicação de testes laboratoriais não é garantida a eliminação de transmissão de doenças infecciosas, e, frente à grande responsabilidade de garantir produtos de elevada qualidade, torna-se imprescindível a realização de outras medidas, como a triagem clínico-epidemiológica, visando diminuir ao máximo o risco de doadores infectados durante o período de janela imunológica (período para a manifestação do vírus, que compreende normalmente de duas a doze semanas, mas em alguns casos pode ser mais prolongado).

Isto é, mesmo com a triagem laboratorial, sem uma entrevista adequada, ou ainda diante da possibilidade da omissão de informações por parte do doador – caso ele esteja em período de janela imunológica –, um resultado negativo poderá trazer graves consequências, uma vez que o sangue não será descartado, ou seja, será liberado para uso transfusional.

Os argumentos que embasam a norma de regência são fundamentados por dados clínicos, cuja conclusão aponta para o fato de que os exames sorológicos (triagem laboratorial) realizados no sangue coletado não asseguram risco zero para o sangue a ser transfundido, razão pela qual a realização de uma triagem clínica eficiente é indispensável.

Procedendo assim, diminuído estaria o risco residual do sangue doado, posto que dissociado de comportamentos ou situações de risco.

A associação destas estratégias, de excluir doadores potencialmente infectados e testar rigorosamente todas as unidades coletadas, tem sido a medida adotada pela maioria dos serviços de hemoterapia no mundo.

Desta forma, com eventual relaxamento das normas, fatalmente estaríamos diante de um provável quadro de aumento de casos de transmissão de doenças infecciosas, não apenas AIDS. Isto conduziria ao aumento de processos contra os próprios serviços de hemoterapia, públicos e privados, que teriam de arcar com o elevado custo das indenizações e com o custeio dos medicamentos de alto custo para tratamento de alguns tipos de infecções, inclusive a causada pelo HIV, nos receptores contaminados.

Advém de tal sóbria linha argumentativa outro ponto que merece explicitação, que é a possibilidade de a confiança da população nos Serviços de Hemoterapia ficar abalada, pois, ante as evidências científicas, que confirmam a impossibilidade de garantir completamente a segurança dos produtos sanguíneos unicamente pela realização de testes laboratoriais, uma provável reação das pessoas poderia ser a exigência do conhecimento da procedência do sangue que lhe seria transfundido, o que é inadmissível, haja vista as disposições atinentes à confidencialidade do ato de doação.

Ademais, os médicos, cientes dos riscos ainda maiores da transfusão sanguínea, caso a norma fosse relaxada, ficariam sujeitos, em tese, ao dilema ético da decisão, no momento da prescrição da transfusão, posto que, além do risco ao receptor do sangue, estariam eles passíveis de ser incluídos em processos que objetivassem a responsabilização no caso de eventual contaminação.

Almeja-se, portanto, evitar o risco, desnecessário, de adquirir doenças infecciosas crônicas, pela falha na segurança das transfusões, por parte de

acidentados, pacientes cirúrgicos, pacientes em uso crônico de produtos sanguíneos, como aqueles em hemodiálise, crianças e adultos com hemofilia, portadores de hemoglobinopatias, etc.

Mas não nos furtemos de analisar a questão sob a ótica da dignidade da pessoa humana, aqui violada pela suposta discriminação aos HSH. Ou seja, já que o objetivo deste estudo é tecer sobre o tema comentários de forma objetiva, leviano seria não enfrentar a questão neste viés, já que é a principal argumentação dos opositores dos parâmetros traçados pelas autoridades sanitárias.

Valendo-se do sustentado por Wilson Ligiera¹², temos:

Dentre os instrumentos internacionais de direitos humanos que visam proteger a pessoa dos ataques à sua individualidade, o primeiro que merece nossa atenção é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo o que consta de seu preâmbulo, esse importante documento provém do reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e de seus direitos iguais e inalienáveis, qual fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. (LIGIERA, 2012).

A tantas vezes aplaudida Declaração parte do pressuposto de que qualquer ato que tenha por finalidade violar os direitos básicos do ser humano, direitos adquiridos pelo simples fato de gozar o ser de humanidade, estaria revestido de um caráter de atrocidade tal que deveria ser repellido a todo o custo e por todas as Nações tidas como civilizadas.

De acordo com o art. 2^o¹³, é possível constatar que:

(...) toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

12 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Tema: O paciente e o Direito de Ser Humano. LIGIERA, Wilson Ricardo. São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

13 Resolução n.º. 217^a (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição da República Federativa do Brasil, nossa lei maior, além de incorporar em nosso ordenamento muitos dos princípios advindos da aludida Declaração, também explicitou, de forma clara, uma série de dispositivos de onde se depreendem direitos e garantias fundamentais. Aliás, a dignidade da pessoa humana foi erigida a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se constata de seu art. 1º, III¹⁴.

Uma vez mais se utilizando da obra do mestre Wilson Ligiera¹⁵, podemos definir a dignidade da pessoa humana como:

(...) o direito que todo ser humano possui de conduzir a sua existência de acordo com seus próprios valores, desejos, crenças e aspirações, a fim de buscar sua autorrealização como alguém que possui autonomia e merece ser tratado condignamente, de modo a se respeitar seu modo de vida como pessoa humana, livre e consciente de seus direitos e obrigações (LIGIERA, 2012).

Acurada a lição do mestre, principalmente em sua parte final, na qual o mesmo deixa claro a consciência quanto aos direitos e obrigações, legitimando o exercício pleno do direito à dignidade. Aqui se está a aplaudir principalmente àquela máxima de que o exercício do direito por um indivíduo termina onde o exercício do direito por outro se inicia. Até porque, e de forma alguma se olvida disso, o exercício do direito a dignidade da pessoa humana não poderá, em hipótese alguma, conduzir a abusos.

Trazendo a questão para o nosso universo de análise, portanto, o que se está em cotejo, em nosso sentir, é que, de um lado, temos a busca por uma adequada prestação de serviços, por meio da entrega de sangue de qualidade, com o menor risco de contaminações, o que, diz respeito à tutela da integridade física e da própria vida. E, de outro, temos a busca pela liberdade dos HSH de exercer a sua cidadania e praticar ato de solidariedade, sem que reste ferida a sua intimidade e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

14 **Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **I** - a soberania; **II** - a cidadania; **III** - a dignidade da pessoa humana;

15 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Tema: O paciente e o Direito de Ser Humano. LIGIERA, Wilson Ricardo. São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

Ora, estatui a Constituição Brasileira, no seu artigo 196, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Igualmente, a Lei n.º. 8.080, de 19/09/1990¹⁶, no § 1.º, do art. 2.º, dispõe que:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos (...). (BRASIL. Lei n.º. 8.080, 1990).

Contudo, traz também o mesmo texto constitucional, em seu artigo 3.º, IV¹⁷, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tem-se, portanto, que o Estado, em face desse princípio constitucional, não pode discriminar as pessoas em função de sua orientação sexual.

Nesse passo, como conciliar os dois preceitos que possuem evidente respaldo em nossa lei maior? Sobreleva-se, assim, um primeiro questionamento, cuja resposta é crucial para a tomada de um posicionamento acerca da questão: O que garante a qualidade do sangue?

Se entendermos que a qualidade do sangue depende, única e exclusivamente, dos testes laboratoriais realizados, não há como se sustentar, de imediato, a manutenção da norma nos moldes atualmente verificados. Em contrapartida, caso o entendimento seja diverso, a manutenção do parâmetro, e, conseqüentemente, do questionário de triagem clínica, em seus atuais moldes, é uma necessidade imperiosa.

Decerto, o segundo entendimento se afigura mais razoável, posto que a questão da janela imunológica, atualmente não superada, é um fato cienti-

16 Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (SUS)

17 Art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **II** - garantir o desenvolvimento nacional; **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ficamente comprovado e, apesar dos eventuais inconvenientes da Resolução ora em comento, tal procedimento é a melhor forma de minorar os riscos de contaminação do sangue.

Isso, sem mencionar alguns vírus e bactérias que sequer dispomos na atualidade de um método de testagem laboratorial com acuidade capaz de afastar a importância de uma triagem clínica eficiente.

Nesse prisma, se não fossem as normas de triagem (discriminatórias por sua própria natureza), muitos danos à população já teriam sido levados a efeito, e aqui se computem até mesmo os doadores desonestos, que irresponsavelmente contribuem para a manutenção de uma situação de hipocrisia social, ao responder levemente às questões formuladas no questionário de triagem clínica.

Prudente salientar que não se alude aqui ao fenômeno sociológico usualmente atribuído ao vocábulo “discriminatórias”, mas ao significado da palavra enquanto substantivo, que, em qualquer dicionário, poderá ser constatado como distinguir ou diferenciar.

Portanto, o questionário de triagem clínica servirá ao propósito para o qual foi criado se as questões forem respondidas com honestidade. Assim, mais do que haveria garantia a qualidade do sangue, também, de uma considerável economia aos cofres do Serviço de Hemoterapia. Haja vista, em um primeiro momento, a ausência dos gastos necessários para a efetivação de uma coleta, que, ao final, se revelaria inútil e, ainda, em um segundo momento, com eventuais custos de uma indenização ou despesas de tratamento de um paciente contaminado por uma transfusão.

Ou seja, apesar da Resolução, nos termos em que se encontra redigida, aproximar a noção de comportamento sexual à própria orientação sexual, o que gera desconforto e protestos, não há que se falar em mácula à Carta Magna, uma vez que em conflito dois princípios fundamentais, foi, apenas, o direito à vida – como não poderia deixar de ser – privilegiado, em detrimento ao direito à intimidade (dignidade da pessoa), mitigando-se a aplicação deste último.

Esvaem-se, assim, os argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, pois, *prima facie* a norma em comento não se destina exclusivamente a homossexuais, mas a todo e qualquer homem que faça sexo com outro homem, bem como as parceiras destes, justamente pelo risco acrescido do comportamento sexual desenvolvido pelas partes, o que descaracteriza qualquer conduta persecutória por parte dos Órgãos de controle.

Da mesma forma, irrefragável a ausência de inconstitucionalidade nos textos normativos invocados, uma vez que, como visto, apenas optou-se pela mitigação do respeito à dignidade da pessoa humana, em privilégio ao direito à vida e à integridade física do receptor do sangue coletado, posto que inafastável a ponderação que, em um Estado Democrático de Direito, o exercício dos direitos individuais não poderá menoscabar o exercício de direitos pela coletividade.

A própria evolução do Biodireito, ciência que tem nas normas em comento exemplificação, conduz à conclusão que ora salientamos, posto que, ao se fundar na Bioética, que por sua vez baseia-se na Ética, inafastável caminhar-se no sentido de que o exercício dos direitos alegadamente violados, jamais poderia colocar em risco a integridade física, e porque não dizer a própria vida, de outrem.

Cogitar o exercício de direitos – não negados, mas, tão somente, mitigados – que põe em risco a integridade de um indivíduo, que já se encontra em situação de debilidade, pois depende de uma transfusão de sangue ou hemoderivados para o restabelecimento de sua saúde, é enfrentar dilema ético que irá depender dos valores pessoais de cada doador para garantir a funcionalidade do sistema.

Em apertada síntese, a resolução bioética da questão perpassa pelo conjunto de valores utilizados para responder a três questões fundamentais: Quero? Devo? Posso? Ou seja, embora doadores extremamente imbuídos de espírito verdadeiramente altruísta sejam impedidos de doar sangue, eles assim o são por que são homens que praticam sexo com risco acrescido, *não devendo fazê-lo* sob o risco de colocar em risco a saúde de outrem, razão pela qual *não permite* a norma de vigilância sanitária que exerçam tal atividade cívica, considerando o interesse da coletividade.

Nossas cortes não passaram alheias à questão, tendo, *exempli gratia*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, seguindo a jurisprudência predominante, proferido decisão emblemática quanto ao assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE TER HAVIDO ATO DE DISCRIMINAÇÃO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR NÃO TER SIDO PERMITIDO QUE O AUTOR DOASSE SANGUE PELO FATO DE SER ELE HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. A Admi-

nistração Pública, dentro do seu poder discricionário, pode fixar termos, condições e modos, traçando critérios administrativos para limitar o conteúdo de seu ato, estabelecendo normas à doação de sangue. Ato que não se apresenta discriminatório ao não permitir que pessoas que se não se enquadrem nos requisitos estabelecidos na Resolução – RDC nº 343/2002 da ANVISA do Ministério da Saúde, venham a ser impedidas de doarem sangue; posto que apenas impede a todos àqueles que praticaram algum comportamento de risco. Realização de prova negativa. Alegação de que, a enfermeira que lhe atendeu praticou ato abusivo, posto não ter sido, suposta atitude, presenciada por ninguém. Testemunha que tão somente, tomou conhecimento dos fatos pela reprodução feita pelo autor. Sentença que se mantém¹⁸.

Assim, como não poderia deixar de ser, consagrou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o entendimento da comunidade científica, que, predominantemente, é categórica ao asseverar que, em função da denominada janela imunológica, não há como garantir a efetividade dos testes realizados em laboratório, sendo impossível, na atualidade, garantir a total qualidade do sangue coletado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, quase meio milhão de pessoas fazem o tratamento com os retrovirais, considerado exemplo de sucesso e eficiência para o avanço na prevenção, já que reduz em mais de 95% (noventa e cinco por cento) a transmissão do vírus HIV. Mas, na maior parte do mundo, quem tem o HIV ainda morre sem ter acesso aos medicamentos. Por exemplo, na Ásia, apenas um em cada sete indivíduos recebe o tratamento adequado. Já para os africanos, o índice é ainda mais alarmante, sendo que somente um em cada dez recebe assistência.

E, ainda, – índice da mais alta importância – somente 10% (dez por cento) das pessoas que são portadoras do vírus possuem ciência de que estão contaminadas, podendo se tornar transmissoras antes mesmo de apresentar os sintomas característicos da patologia.

Diante deste peculiar cenário, se impõe a prudência nas normas de biodireito, sob o risco de se ferir de morte o direito mais precioso assegurado

¹⁸ ApCiv. 2005.001.10788 – Rel. Des. Maria Augusta Vaz – Julgamento: 09/08/2005 – 1ª CC – TJ/RJ.

em nossa Constituição Federal, que é o direito à vida do receptor do sangue coletado, precioso justamente por se consubstanciar em direito suporte para o exercício de todos os demais direitos. ❖

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (SUS).

_____. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.

_____. Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989. Normas Técnicas em Hemoterapia.

_____. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09.08.89, que aprova Normas Técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências..

_____. Resolução - RDC N 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue.

_____. Resolução - RDC nº 51, de 07 de novembro de 2013, publicada no DOU de 13 de novembro de 2013. Altera a Resolução - RDC nº 57, de 16 de dezembro de 2010, que determina o Regulamento Sanitário para Serviços que desenvolvem atividades relacionadas ao ciclo produtivo do sangue humano e componentes e procedimentos transfusionais.

_____. Resolução - RDC nº 57, de 16 de dezembro de 2010, determina o Regulamento Sanitário para Serviços que desenvolvem atividades relacionadas ao ciclo produtivo do sangue humano e componentes e procedimentos transfusionais.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 5543. Relator o Ministro Edson Fachin. Despacho de 08 de junho de 2016.

LIGIERA, Wilson Ricardo. O paciente e o Direito de Ser Humano. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do Paciente.**: São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

ONU. Resolução nº 217-A de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Triagem Clínica de Doadores de Sangue. Brasília: Ministério da Saúde, Coordenação Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS. 2001. 66 p. : il. (Série TELELAB).

VERONESSI R., Fonseca R. **Tratado de Infectologia.** São Paulo: Atheneu. 1997.

Verdade Real: Os Paradigmas da Reconstrução dos Fatos pelo Juiz como Mecanismo de Alcance da Efetividade da Tutela Jurisdicional no Processo Civil Moderno

Igor Ferreira dos Santos

Bacharel em Direito (UNESA - Nova Friburgo), Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil (UNESA - Nova Friburgo), Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo destina-se ao exame da aplicabilidade do princípio da busca da verdade real no processo civil moderno, pautando-se na apuração dos fundamentos jurídicos que norteiam o seu emprego dentro da sistemática vigente e no poder-dever do magistrado em garantir o alcance do grau máximo de verdade no processo para assegurar, por consequência, a efetividade da tutela jurisdicional. Baseado no enfrentamento do dissenso apresentado na doutrina e na jurisprudência brasileira, busca identificar os principais contrapontos e polêmicas pendentes sobre a matéria, analisando de maneira crítica o posicionamento majoritário predominante no cenário jurídico nacional e as implicações práticas de sua adoção no âmbito do processo, focadas essencialmente na figura do juiz, cuja postura desejada objetiva-se detectar e defender.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Verdade real. Efetividade do processo.

ABSTRACT: This article examines the applicability of the principle of the search for real truth in the modern civil process, based on the determination

of the legal foundations that guide its use within the current system and the power of the magistrate to guarantee the scope of the maximum degree of truth in the process to ensure, consequently, the effectiveness of judicial protection. Based on the confrontation of the dissent presented in Brazilian doctrine and jurisprudence, it seeks to identify the main counterpoint and controversial issues on the matter, critically analyzing the predominant majority position in the national juridical scene and the practical implications of its adoption in the scope of the process, focused essentially in the figure of the judge, whose intended position is intended to detect and defend.

KEYWORDS: Civil Procedure. Real truth. Effectiveness of the process.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A interpretação do conceito de verdade real à luz da moderna sistemática processual civil; 2.1. Fundamentos da aplicação da busca da verdade real no processo civil moderno; 2.2. Os poderes instrutórios do juiz enquanto decorrência do compromisso da norma processual com a busca da verdade real; 2.3. As limitações ao exercício da atividade probatória do magistrado; 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os meios de investigação da verdade utilizados por órgãos estatais imbuídos de jurisdição motivaram, no decorrer da história da humanidade, severas discussões e embates jurídicos, políticos e até mesmo religiosos em diversas escalas concebíveis de processo, legitimando, inclusive, práticas hoje abominadas no contexto de um Estado de Direito, como as empregadas por longo período durante a Idade Média, no auge do controle popular exercido pelo Tribunal da Santa Inquisição, que, na tarefa de proceder à investigação de supostas heresias, valia-se de métodos catalogados para que a prática de atos de tortura alcançasse a obtenção do que se considerava – ou convinha considerar – verdadeiro.

Criou-se, assim, acentuada produção filosófica acerca da definição concreta do termo, que, perpetuada no tempo, avizinhou-se e estabeleceu-se no bojo da atual sistemática processual, de modo que o seu enfrentamento é, ainda, ponto essencial para a compreensão da própria natureza do processo, de sua finalidade e dos atos que integram a sua estrutura, especialmente no que se refere à prova e à atuação dos sujeitos processuais na sua produção e interpretação.

Controvérsia ainda maior se revela quando da problematização da temática no âmbito do processo civil brasileiro, onde se aborda, com intensa divergência, a aplicabilidade do chamado princípio da busca da verdade real, que, por uma interpretação literal, volta-se a reconhecer o processo como meio de investigação dos fatos tais quais ocorridos no mundo palpável, a fim de permitir o adequado consectário legal, dentro de um juízo de subsunção em que o magistrado maximizaria o poder do processo como instrumento de pacificação social.

O presente artigo propõe-se, nessa linha, a apresentar e validar, dentro da ciência jurídica moderna, a aplicação de tal princípio na vertente civil do processo, identificando o papel do juiz, seus compromissos e limitações frente à necessidade de reconstrução dos fatos para a garantia de efetividade do feito, dado que a sua utilização como norte das relações jurídico-processuais importa relevante alteração da atuação prática dos sujeitos processuais.

Volta-se, assim, através de uma pesquisa bibliográfica baseada na doutrina e na jurisprudência pátria, à apuração do conceito de verdade hodiernamente utilizado pelos processualistas, e à enumeração dos fundamentos legais que amparam e justificam o emprego da lógica decorrente de sua perquirição no processo, esclarecendo de forma objetiva, posteriormente, os deveres, poderes e limites do magistrado, enquanto sujeito ativo na condução do processo, para com esta missão em prol da efetivação das funções jurisdicionais.

2. A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE VERDADE REAL À LUZ DA MODERNA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL

A doutrina processualista clássica estabeleceu dicotomia entre as espécies de verdade trabalhadas pelas vertentes civil e penal da jurisdição, salientando de maneira pacífica que enquanto na primeira sustentava-se um ideário de verdade formal, refletida dentro dos limites dos autos, erguia-se entre os penalistas o caráter substancial, material ou real do conceito. Erigiu-se, desta forma, certa hierarquização entre a maneira de enfrentamento do termo, na medida em que a verdade material aproximar-se-ia muito mais da concepção de justiça e efetividade a que se destinaria o processo quando comparada a uma variável oposta, bem menos perfeita e, por isso, menos almejada.

Esclarece-se, nesse sentido, que “uma verdade parcial, imperfeita ou meramente formal, por simples questão de lógica, não pode ser verdade, já que este conceito (absoluto) apenas será atingido na base da verdade

substancial”¹. O notório processualista Francesco Carnelutti corrobora a afirmação ao declarar que “a verdade formal é uma não verdade, pois a verdade não pode ser senão uma”².

Com fulcro nessa perspectiva é que a ideia de verdade formal foi cada vez mais perdendo espaço na sistemática processual, de modo que a diferenciação entre os conceitos empregados na seara penal e civil acabou por se tornar inócua, mormente porque ambos os ramos do Direito tutelam interesses fundamentais do indivíduo, sobre os quais não há que pender qualquer gradação.

Estabelecido o compromisso da jurisdição em sentido amplo com o elemento verdade, muito se discute, no entanto, acerca da possibilidade de alcance de sua marca de substancialidade.

Nesse sentido, Marinoni e Arenhart³ asseveram que a pretensão de se atingir a verdade real sobre um fato através do processo é mera utopia, o que se coaduna com o entendimento de Didier, Braga e Oliveira⁴ ao salientar que a verdade real é meta inatingível, já que, sublinham os autores, a revisão ao fato carrega-o de elementos subjetivos aptos a alterá-lo, quer através da visão das testemunhas que o presenciem, quer do juiz que o interprete.

Propõe-se, portanto, que o que se tem acesso por meio do processo é a uma aparência de verdade, sendo que, em sede judicial, ao se dizer que um fato ocorreu efetivamente, estar-se-ia afirmando apenas que o convencimento daquele que analisa a causa teria alcançado o grau máximo de verossimilhança. Não estaria alcançada a verdade em sua essência, mas o máximo que uma reconstrução de algo pretérito poderia permitir.

Por esse viés, ao analisar o que chama de falibilidade humana, Regina Lúcia Teixeira Mendes menciona, citando o renomado processualista Ernane Fidelis dos Santos:

Em processo, vige o princípio da verdade real. Não propriamente da verdade absoluta, pois o homem e as coisas são falíveis. Mas, pelo menos, deve-se procurar, no julgamento, juízo

1 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p.65.

2 ALVES, Jones Figueirêdo. **A verdade material como novo paradigma do processo civil moderno: aplicação tópica e significativa ao princípio da justa composição do conflito**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIDB). Lisboa, n.8, p.7627-7715, 2013, p.7685.

3 MARINONI; ARENHART, op.cit.

4 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed., v.2. Salvador: JusPodivm, 2015.

de extrema probabilidade de existência ou inexistência dos fatos. O princípio da verdade, ou da extrema probabilidade, é comum a qualquer espécie de processo. O que pode ocorrer é a impossibilidade de se chegar a um conhecimento perfeito sobre o fato, quando, então, se buscam critérios da verdade real.⁵

Em consistente argumentação teórica, Marinoni e Arenhart destacam, todavia, que o conceito de verossimilhança não se adéqua universalmente ao elemento que se busca alcançar no processo, considerando que, fundado tal conceito num juízo de normalidade, “aquilo que acontece ‘de ordinário’ nem sempre poderá ser considerado como o máximo grau de cognição possível diante de uma situação concreta”⁶. Apresentam, em alteração, o conceito de verdade factível ou conjectural como o mais adequado para representar a verdade que se consegue obter na via processual, a qual, defendem, pautar-se-á no que se denomina paradigma do discurso.

Tal teoria, defendida pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, pauta-se na interação dos sujeitos dentro do processo como forma de construção da verdade, autenticada pelo consenso. A verdade se originaria, pois, do que a filosofia moderna nomeia de ordem isonômica, técnica probatória que se centra na dialética e no debate sobre os argumentos de prova⁷, coordenados dentro do procedimento de colaboração argumentativa. Traduzindo de forma simplificada tal posicionamento, Didier, Braga e Oliveira afirmam que “no processo, não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações”⁸.

A verdade, nesta linha, seria “aquilo que o consenso do grupo diz que é, embasado esse em posições de verossimilhança e no diálogo argumentativo”⁹, gradativamente fortificada na medida em que se reforçasse a oportunidade do diálogo, pela via do contraditório, sendo possível, então, definir pelo menos três graus de verossimilhança em sentido lato: inicialmente, a possibilidade, extraída sem a presença do contraditório, logo, de uma narrativa unilateral dos fatos; seguida a ela, a verossimilhança em sentido estrito, aparência de verdade pautada num contraditório “limitado”,

5 MENDES, Regina Lucia Teixeira Mendes. **Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma pesquisa empírica.** *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. Brasília, vol.5, n.3, p.447-482, jul./ago./set. 2012.

6 MARINONI; ARENHART, op. cit., p.468.

7 Idem, p.53.

8 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; op.cit., p.46.

9 MARINONI; ARENHART, op. cit., p.54.

típico da tutela cautelar, por exemplo; finalmente, avançando ao contraditório pleno, estabelecer-se-ia a probabilidade, grau máximo de aparência de verdade oriundo do debate completo entre os sujeitos processuais, o que seria então correspondente à verdade factível, uma quase verdade.

Theodoro Júnior lembra, reforçando a tese ora apresentada, que “não se pode pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas”¹⁰.

Pressupõe-se aqui a presença de partes comprometidas em construir a verdade processual com base no que vislumbram em realidade, determinando-se a boa-fé preconizada pelo ordenamento jurídico vigente. Aliadas a elas, espera-se a figura de um juiz ativo e aberto ao diálogo com as partes para que só então se admita que a impressão ou conhecimento de verdade formulada, construída, produzida no processo se aproxime efetivamente da verdade substancial, tida por inatingível.

A prática forense, entretanto, revela o cuidado necessário que os sujeitos devem nutrir dentro do xadrez processual, tendo em vista que ainda perdura no imaginário coletivo a idealização do conflito como mecanismo único e último de estabelecimento de um processo justo e de uma tática processual vitoriosa. Perde-se de vista, assim, muitas das vezes, a finalidade precípua da jurisdição, voltando-se à tentativa de se fabricar uma verdade formal em prol de interesses privados.

A pesquisa empírica coordenada por Mendes e destinada à análise do discurso de juízes acerca das questões ligadas à verdade e ao conhecimento, nesse caso, aponta uma preocupação da judicatura com as inverdades utilizadas para a formação do convencimento do julgador, como se infere de trecho do depoimento prestado por um dos magistrados entrevistados durante a construção do artigo:

Outro problema é que, na verdade, a gente tem que lidar sempre com a mentira. Muita gente mente e a gente sabe que às vezes aquilo que é apresentado pra gente é uma mentira. Então, uma das grandes dificuldades que eu sempre tenho é tentar peneirar, daquilo que me é apresentado, o que faz um conjunto que me possa conduzir ao fato verdadeiro.¹¹

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55ª ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.14.

11 MENDES, op.cit., p.476.

Extraír a verdade conjectural das alegações constantes dos autos é, pois, operação que exige dos sujeitos processuais, em especial do magistrado, atenção e cuidado ímpares, a fim de se garantir que ela, de fato, se aproxime dos acontecimentos pretéritos do qual se originou.

Assim é que, apesar das vozes dissonantes da doutrina, Theodoro Júnior defende a necessidade de alocar o compromisso com ampla busca da verdade real como “o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental”¹². Quer isto dizer que, independentemente da impossibilidade de o homem, por meio do processo, alcançar a verdade substancial sobre um fato, ela deve sim ser buscada através dos mecanismos ofertados pela norma.

Destarte, não parece errôneo falar a respeito da submissão do processo civil moderno ao princípio da busca da verdade real, posto que o seu alcance é a finalidade, ainda que não possa ser, via de regra, o resultado, que sintetizará, outrossim, um conhecimento ou representação da verdade, menor que o conceito propriamente dito, porém muito superior à ficção de verdade sustentada pela doutrina clássica.

Não fosse o bastante, a conquista da versão mais aproximada possível da verdade apresenta-se como elemento legitimador da decisão judicial, que tende a representar, em essência, a subsunção de um fato ocorrido no meio social às implicações da Lei, sendo certo que admitir a imposição de sanções, obrigações ou deveres em razão de um fato sobre o qual não se tenha atingido a máxima precisão acerca de sua autenticidade, ou, ao menos, buscado esta verdade, seria promover o temor e a descrença da sociedade frente ao Judiciário.

Conforme dispõe José Roberto dos Santos Bedaque¹³, o dever do juiz é pacificar com justiça, “e isso somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados”.

Ainda que consideradas a ressalvas pertinentes ora apresentadas, é devido afirmar que o processo civil moderno orienta-se pelo princípio da busca da verdade real como recurso para a legitimação do feito e efetivação dos direitos controvertidos à luz do Estado-Juiz, vigorando na sistemática atual fartos fundamentos que amparam a sua aplicação prática e teórica, como se passa a expor.

¹² THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.42.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p.18.

2.1 Fundamentos da Aplicação da Busca da Verdade Real no Processo Civil Moderno

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁴, a característica que distingue a jurisdição das demais funções do Estado é justamente a finalidade pacificadora com que esse ente a exerce, a fim de “promover a plena realização dos valores humanos”, salientando, em continuidade, a necessidade de se compreender o processo como meio efetivo para a realização da justiça, ou, como melhor resumem, instrumento a serviço da paz social. Reconhecem, desta forma, o compromisso do Estado em efetivar, através do exercício da jurisdição, isto é, no processo, a composição dos conflitos que turbem o estado de tranquilidade.

Por sua vez, Elpídio Donizetti¹⁵ apresenta o processo como uma relação jurídica eminentemente de direito público, já que destinada a servir à realização de uma função estatal, vinculando não só particulares como também um sujeito de direito público, na qualidade de órgão jurisdicional.

Daí se extrai, por evidente, a natureza eminentemente pública do processo, relegada durante longo período pela doutrina, que importava do direito romano uma acepção privatista e orientada absolutamente pela vontade das partes.

Ao revés, o processo conforme compreendido na modernidade, pautado no direito anglo-germânico, vem a satisfazer um interesse que é tanto das partes quanto da sociedade e que não se concentra no resultado da demanda instalada, isoladamente, como explana Bueno:

Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.¹⁶

14 CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.32.

15 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.85.

16 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.288.

Decorre paralelamente dessa conclusão a necessidade de aplicação do princípio da busca da verdade real no processo civil, a fim de instruir-se uma decisão justa como pressuposto do exercício pleno da jurisdição, posto que quanto mais se aproximar o magistrado da realidade que se busca retratar nos autos, mais efetiva poderá ser a sua decisão. Como argumenta Bedaque¹⁷, o modo de buscar a verdade não pode, pois, ficar restrito exclusivamente ao poder das partes, pois apesar de privado o objeto da lide, predomina a natureza pública da jurisdição.

Entender em sentido contrário seria atentar contra a própria finalidade do processo, que deve servir, além de meio para se dizer o direito, como instrumento de execução efetiva deste, ou seja, mecanismo apto a satisfazer o direito. Trata-se de clara aplicação do metadireito à efetividade¹⁸.

A produção de decisões desvinculadas da realidade fática, próxima das partes, geraria, além do mais, evidente desgaste da legitimidade do instrumento pelo qual se opera a jurisdição, mormente em meio a um imaginário popular que deposita, recorrentemente, cada vez menos confiança nos órgãos jurisdicionais.

O alcance da situação fática é, pois, pressuposto para a própria soberania e autoridade da decisão, bem como da estrutura do Judiciário.

Diversas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores refletem, outrossim, a legitimação da adoção do referido princípio no ordenamento pátrio como meio de promoção do interesse público na efetividade da justiça, reconhecendo que deve este prevalecer em detrimento do formalismo exacerbado, em defesa dos princípios basilares do processo, como o contraditório e a ampla defesa.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça vai ao encontro do regramento jurídico externo e interno, que garante a todos o direito ao processo justo, como exemplificam os artigos 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹, 14, 1 do Pacto Internacional Sobre Direito Civis e Políticos²⁰ e 6º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²¹.

¹⁷ BEDAQUE, *op.cit.*, p.132.

¹⁸ DONIZETTI, *op.cit.*, p.89.

¹⁹ Artigo 10º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

²⁰ Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

²¹ Artigo 6º. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Por certo, contudo, que a responsabilidade pela consecução da verdade no processo não se imputa exclusivamente ao órgão jurisdicional, sobretudo porque, como já visto, a verdade factível surge a partir do discurso travado no feito, da interação entre os sujeitos processuais, de modo que relevante papel deve ser atribuído às partes nesse intento.

A norma processual brasileira, atenta a essa situação, destinou, por bem, diversos dispositivos a garantir ou ao menos incentivar a incorporação ao processo de versões que possam conduzir efetivamente ao alcance da verdade, sendo o ponto nodal desse encargo a boa-fé processual, expressamente celebrada na forma do artigo 77 do Novo Código de Processo Civil²².

A boa-fé exigida pela sistemática processual trata-se de norma de conduta objetiva e cláusula geral processual, criando e proibindo atitudes, além de situações jurídicas ativas e passivas. Decorre logicamente, no entender do Supremo Tribunal Federal²³, da garantia constitucional ao devido processo legal, já que o processo, para ser devido, precisa, necessariamente, de ética e lealdade.

A postura das partes, bem como de todos aqueles que atuem no processo, deve se pautar, assim, num dever geral de cooperação, decorrente da boa-fé, que se evidencia, como já observado, na construção da verdade.

Na medida em que a verdade factível só se enrijece com base no consenso, a apresentação dos fatos pelas partes cooperativamente é requisito essencial para a edificação de um provimento jurisdicional justo e efetivo, com implicações reais no meio social.

O discurso desenvolvido com a perspectiva de aproximação da verdade deve, portanto, ser o que norteia os sujeitos processuais, pois para além do interesse de cada um deles há proveitos maiores e bem mais significativos. Implantar, porém, nos operadores do Direito a concepção de que o compromisso com a verdade supera, aos olhos do Estado, os seus próprios interesses privados, é tarefa gradativa, que vem a ser defendida por mecanismos cogentes, a exemplo do contido no artigo 81 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de o juiz condenar o litigante de má-fé ao pagamento de multa.

Tamanha é a importância da verdade para o processo civil pátrio que a Lei 13.105/2015 por diversas vezes utilizou a expressão, em sentido amplo, no

22 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19.10.2016.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 464.963-GO, Rel. Min Gilmar Mendes. Brasília, DF: julgado em 14.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2320126>>. Acesso em 18.10.2016.

seu texto, imputando aos sujeitos processuais o dever de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (artigo 77, I) e considerando, conseqüentemente, litigante de má-fé aquele que “alterar a verdade dos fatos” (artigo 80, II).

Para além da punição prevista no artigo 81 do Novo Código de Processo Civil, outras sanções são estabelecidas pela norma à parte que se recusa a colaborar com a elucidação dos fatos, demonstrando interesse em omitir ou falsear a verdade, tais como as presunções *iuris tantum*.

Não fosse o bastante, o Novo Código de Processo Civil manteve a previsão de seu antecessor, estendendo para além dos limites do processo a importância da busca da verdade real, ao salientar em seu artigo 378 que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, o que Marinoni e Arenhart nominaram como dever de colaboração para a elucidação dos fatos, desdobramento da submissão de todos ao poder estatal e, por consequência, à jurisdição, que os concita a colaborar na descoberta da verdade:

(...) se o Estado deve solucionar o conflito de interesses com a finalidade de aplicar o direito – sendo esse, também, o objetivo último da sociedade na instituição do Estado-jurisdição –, a coletividade deve ministrar meios (de forma mais completa possível) para que a decisão jurisdicional seja a mais adequada. Daí resulta que o dever de colaboração é inerente ao monopólio da jurisdição.²⁴

O terceiro relacionado à causa, a seu tempo, mereceu igual atenção da norma processual, imputando-se a ele o dever de informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento e exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, sob pena de multa, nos termos do artigo 380, Parágrafo Único.

Avançando no procedimento, ao tratar de instituto significativo do processo, qual seja, a coisa julgada, o Novo Código de Processo Civil importou-se também em afirmar seu compromisso com a verdade real, salientando que, na forma do artigo 504, II, não fazem coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Desconstituiu-se aqui, por completo, qualquer argumentação dada à defesa da existência de uma verdade absoluta nos autos, permitindo concluir que por estar esta em contínua movimentação, dada sua formação subjetiva, é inviável admitir a ideia

24 MARINONI, ARENHART, *op.cit.*, p.182.

de uma verdade engessada ao invés daquela em constante construção, que poderá ser revisitada.

Sobre o tema, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que “a fundamentação da decisão, incluída aí a análise da questão prejudicial (...), e a versão dada aos fatos pelo órgão julgador não vinculam – não restam imutáveis e indiscutíveis em eventuais processos subsequentes”²⁵.

O cuidado dispensado pelo sistema processual aos dispositivos que versam sobre produção de uma verdade mais próxima possível da real centrou-se, porém, em figura singular da relação processual: o magistrado.

2.2 Os Poderes Instrutórios do Juiz Enquanto Decorrência do Compromisso da Norma Processual com a Busca da Verdade Real

Na linha das dicotomias estabelecidas doutrinariamente entre o processo civil e o penal, interessante reflexão se dá acerca da estruturação da relação jurídica neles identificada, costumando-se distinguir dois modelos de distribuição das funções exercidas pelos sujeitos processuais.

O primeiro deles, dado como adversarial, imputa às partes o papel de competidores, adversários dentro da disputa processual travada diante do órgão jurisdicional, relativamente passivo. De outro lado, encontrar-se-ia o modelo inquisitorial, em que o juiz, personificando o Estado, desenvolveria o papel de destaque da relação denominada por Didier²⁶ como “pesquisa oficial”.

Dentro dessa bipartição dos modelos, entendeu-se por afirmar que no processo adversarial prevalece o princípio dispositivo e no inquisitorial, por sua vez, o princípio inquisitivo, diferenciados segundo o grau de poderes conferidos pelo legislador ao magistrado.

Assim, quando verificada a outorga ao juiz de recursos que superem a própria vontade das partes, configurada estaria a inquisitividade, ao passo que, alargada a participação das partes no feito, falar-se-ia em reflexo da dispositividade.

Tal forma de cisão parece, no entanto, pouco válida na modernidade, tendo em vista a impossibilidade de se afirmar a existência de um sistema processual puramente dispositivo ou inquisitivo, como bem assevera Di-

25 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MINTIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 1ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p.517.

26 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed., v.1. Salvador: JusPodivm, 2015, p.121.

dier²⁷, figurando melhor sugerir a predominância dos princípios que norteiam os modelos em áreas específicas do ordenamento.

Com efeito, a partir da mitigação da ideia de um processo civil brasileiro eminentemente dispositivo, traçou-se a figura de um modelo misto, também denominado cooperativo, em que o órgão jurisdicional é chamado a dialogar com as partes, em efetivação da triangulação da relação jurídico-processual, deixando-se ao lado a supremacia da vontade das partes sem que, entretanto, haja um desequilíbrio de poderes apto a ensejar a classificação do modelo como inquisitivo.

Trata-se de organização verdadeiramente dialógica e que fomenta, deste modo, a construção da verdade - como já dito -, com alicerce numa ideia de cooperação e lealdade processual.

Sobre o tema, a doutrina de Daniel Mitidiero²⁸ argumenta que o modelo cooperativo visa a criar no processo uma verdadeira comunidade de trabalho, dividindo equitativamente as tarefas processuais entre os sujeitos que integram a demanda para que, da comunhão desta atuação em conjunto, produza-se uma entrega jurisdicional justa. Estrutura, assim, esse modelo de cooperação sob três ângulos: um social, em que os membros da sociedade, bem como o Estado, têm interesse na cooperação em prol do benefício mútuo; um lógico, reconhecendo o já enfrentado caráter dialético do Direito; e também um viés ético, por meio do qual se busca a verdade através do empréstimo de relevância ímpar à boa-fé objetiva.

O ativismo do juiz no processo cooperativo encontra amparo, ainda, no seu próprio viés público, como destacam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sociopolítica, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o

27 DIDIER, op.cit., p.122.

28 MITIDIERO, Daniel. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. Revista TST. Brasília, vol.78, n.1, p.67-77, jan./mar. 2012.

andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desses princípios, elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.²⁹

Theodoro Júnior endossa o coro quanto à mitigação do princípio dispositivo no processo civil brasileiro, aduzindo, ao tratar do poder de instrução do magistrado, que:

O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. **Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.** Não era assim no direito antigo. Em Roma, por exemplo, não se atribuía ao juiz a atividade investigatória, que ficava a cargo apenas das partes, princípio que perdurou na Idade Média entre os povos que se orientavam pelas tradições romano-germânicas. Foi somente a partir do Código Prussiano (1793-1795) que se ensaiou, durante algum tempo, o regime de investigação probatória a cargo do juiz. No século XIX, enfim, graças à influência dos Códigos de Processo Civil do Cantão de Genebra (1819) e da Áustria (1895) e, sobretudo, sob a influência de Franz Klein, os poderes do juiz em tema de apuração da verdade foram acentuados. Daí em diante, **o processo civil europeu continental, assim como os dos países ocidentais dele derivados, generalizou a iniciativa probatória do juiz como uma das mais importantes características do processo justo, cuja finalidade tutelar não pode se afastar da busca da verdade real, na medida do possível.**³⁰

O aqui disposto revela interessante ilação sintetizada por Gilberto Fachetti Silvestre no sentido de que a prática processual moderna não pos-

²⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op.cit., p.73.

³⁰ THEODORO JUNIOR, op.cit., p.467-468, grifo nosso.

sui interesse na manutenção da figura de um magistrado atado ao dogma liberal, aspirando, ao contrário, à formação atuante na composição da lide. Valendo-se de significativos personagens históricos, aduz-se que o sistema rechaça os contornos de um “juiz Pilatos”, preferindo a presença do “juiz Hércules e Hermes”³¹.

Por isso é que a sistemática processual vem, reiteradamente, conferindo poderes suficientes ao juiz para o cumprimento de suas responsabilidades de controle social e plena distribuição de justiça, o que não significa dizer que a norma tenha entregado ao magistrado a faculdade de produção de arbitrariedades ou intromissões excessivas nas relações privadas. Deu-lhe, longe disso, instrumentos contidos para a bem-sucedida tutela dos interesses postos à proteção do Estado.

Medular aparato sustentador dessa concessão normativa encontra amparo no atual artigo 370 do Novo Código de Processo Civil, que, mantendo a previsão contida no artigo 130 da Lei 5.869/73, preconiza caber ao juiz “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

O dispositivo em apreço, na visão de grande parte da doutrina, sintetizada por Didier, Braga e Oliveira, atribui ao juiz amplos poderes instrutórios em qualquer tipo de relação jurídico-processual, na linha dos países latino-americanos adotantes do sistema inquisitivo³².

Tal posicionamento interpretativo sustenta-se pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em diversos julgados, tem ressaltado a natureza “amplíssima” da iniciativa probatória do magistrado, como se verifica do julgamento do REsp 1.012.306/PR, cuja ementa vale ser reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE. - Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do juiz, em busca da

31 SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Máximas de Experiência e Verdade Processual: a construção da decisão justa para o caso concreto*. In ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Processo, Verdade e Justiça*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.75-95, p.82.

32 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., p.85.

verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido.³³

Em seu brilhante voto proferido durante o julgamento do referido Recurso Especial, a eminente Ministra Nancy Andriighi, com a propriedade que lhe é peculiar, ressaltou a insubmissão do magistrado à verdade que “lhe é trazida ao processo quando a narração das partes lhe pareça inverossímil, pois ele tem verdadeiro interesse na prestação de tutela jurisdicional célere e idônea, apta a resolver a controvérsia”. No caso dos autos, a julgadora valeu-se do previsto no antigo artigo 475-A do Código de Processo Civil de 1973³⁴ para exemplificar a situação, lembrando que o magistrado poderá valer-se do contador do juízo para esclarecer cálculo apresentado pelo credor quando aparentemente houver discrepância entre o valor exigido e os limites da decisão exequenda.

Ora, não poderia haver exemplo mais robusto da aplicação do princípio inquisitivo à norma processual, em que o juiz, superando a vontade das partes, adentra à produção probatória a fim de averiguar a verdade e promover a justiça.

Apenas a título de esclarecimento, vale dizer que há vozes na doutrina que defendem, mesmo por esse motivo, a inconstitucionalidade do dispositivo, arguindo que macularia a garantia constitucional ao devido processo legal ao ferir a liberdade individual de participação no processo e a faculdade de disposição, o que não se afigura coerente com uma análise integradora da *mens legis*, considerando que se tratar de possibilidade cientificada previamente às partes pela generalidade da norma processual, e que visa, essencialmente, à justa composição da lide.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial 1012306/PR**, Rel. Min. Nancy Andriighi. Brasília, DF: julgado em 28.04.2009. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702877324&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 18.10.2016, grifo nosso.

34 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 19.10.2016.

Parece acertado consagrar, no entanto, a existência de limites aos poderes conferidos ao magistrado na condução do processo, de modo que o vocábulo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para classificar a iniciativa probatória do juiz – amplíssima – deve ser interpretado com cuidado, para a própria salvaguarda de direitos elementares do processo, como se verá no momento oportuno.

Antes, porém, é interessante e fundamental esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, acertadamente, não só o poder, mas também o dever do juiz em perquirir a verdade real no processo.

Singular precedente estabeleceu-se no julgamento do REsp 629.312/DF³⁵, em que se discutia os limites da produção probatória do juiz. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal houvera cassado a sentença de improcedência proferida pelo juízo de piso e determinado a remessa dos autos a esse último para que o então prolator da decisão definitiva produzisse de ofício as provas que, no bojo da decisão, mencionara não terem sido realizadas pelas partes, o que conduziria à rejeição dos pedidos autorais. O Tribunal Estadual, na hipótese, considerando o objetivo precípuo do processo de realizar o direito, reconheceu o dever do magistrado na produção da prova, o que foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra vez, comprometeu-se a jurisprudência dominante em rechaçar a aceitação de uma verdade meramente formal para empreender busca pelo caráter substancial dos fatos, elevando-o ao patamar de consectário lógico de resultado útil do processo³⁶.

Na eloquente doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque³⁷, esse poder-dever reconhecido na supracitada decisão decorre também da inadmissibilidade de produção de uma decisão injusta em razão da hipossuficiência de alguma das partes, o que conduziria a um verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional e à intangibilidade da paz social.

De modo ilustrativo, no REsp 906.794/CE³⁸, em caso em que o magistrado de piso proferira sentença de improcedência por debilidade ins-

35 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 629.312/DF**, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF: julgado em 27.03.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400200338&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 18.10.2016.

36 ALVES, op.cit., p.7688.

37 BEDAQUE, op.cit., p.102.

38 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 906.794/CE**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF: julgado em 07.10.2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200602614695&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 18.10.2016.

trutória, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de, em segunda instância, determinar-se a baixa dos autos para a produção de ofício da prova tida por imprescindível, afastando, assim, a preclusão em matéria probatória para o magistrado, o que se verificou também no julgamento do REsp 262.978/MG³⁹.

Desta forma, é com acerto que reafirma Dall’Agnol⁴⁰ o dever do juiz de determinar as diligências necessárias quando verificar, a partir elementos constantes do autos, a possibilidade de comprovação de um fato, sem que isso importe em quebra de sua imparcialidade. O compromisso do magistrado seria, nesse passo, com a restauração dos fatos, operada por todos os meios oferecidos para tanto, pouco importando se o resultado (desconhecido) da prova beneficiaria a este ou àquele litigante.

Marinoni e Arenhart esclarecem, a seu tempo, ser a produção probatória de ofício mecanismo para “possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da sua convicção sobre o mérito”⁴¹, ressaltando a complementaridade dessa atuação do magistrado diante da insatisfatória atuação das partes.

Aduzem os doutrinadores, ainda, nesse sentido, que a impossibilidade de se alcançar a verdade em essência não justifica o julgamento pautado num convencimento deficiente. Quer isso dizer que o juiz, ao julgar, deverá valer-se, supletivamente, de todos os elementos possíveis para consolidar a sua convicção.

Nesse sentido, aduz Alves que “todas as diligências necessárias a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes ao deslinde da causa, em observância ao princípio da verdade real, devem ser ordenadas, sob pena de comprometer a teleologia do processo”⁴².

Isto, note-se, nada mais é do que criar um contexto suficiente para a realização do juízo de subsunção de forma plena, amoldando-se o verdadeiro fato à norma, para o empreendimento de decisões justas e para o atendimento do objetivo essencial do feito.

39 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 262.978/MG**, Rel. Min. Barros Monteiro. Brasília, DF: julgado em 06.02.2003. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200000584460&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em 18.10.2016.

40 DALL’AGNOL, Antônio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.132-133.

41 MARINONI; ARENHART, op.cit., p.100.

42 ALVES, op.cit., p.4689.

Também em outros momentos de seu texto, o moderno Código de Processo Civil apresenta dispositivos intrinsecamente conectados aos poderes instrutórios do magistrado e, antes disso, ao compromisso da norma com a perquirição da verdade material. É o caso, por exemplo, do artigo 385, em que se faculta ao juiz a possibilidade de, independentemente de requerimento das partes, proceder à oitiva de uma dessas na audiência de instrução e julgamento, pretendendo, em substância, aclarar o material fático constante dos autos, colhendo dos litigantes as suas versões sobre as circunstâncias postas à apreciação, que podem, nem sempre, corresponder àquela descrita nas peças processuais.

No mesmo caminho, são exemplos a realização de inspeção judicial (artigo 481), a determinação de exibição de documentos (artigo 421), a inquirição de testemunhas referidas (artigo 461, I) e a realização de nova perícia (artigo 480).

Construção doutrinária-jurisprudencial, a conversão do julgamento em diligência traduz, similarmente, o empenho dos operadores do Direito na busca da verdade no processo, uma vez que tal instituto, oriundo do direito espanhol (*providencias para mejor proveer*), permite ao juiz, após o encerramento da instrução, a produção de nova prova, quando não lhe bastarem as já geradas para a plena formação do seu convencimento.

Nos dizeres de Alves⁴³, a conversão visaria suplementar a prova deficiente, incapaz de ter permitido a construção final da convicção do magistrado, oportunidade em que o juiz deverá adotar as providências que entender cabíveis para o afastamento do estado de perplexidade.

A prática, que é de recorrente aplicação no dia a dia dos Tribunais, encontra-se legitimada por diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que admite inclusive, há muito, a sua operação no âmbito da segunda instância, reconhecendo a igualdade de prerrogativas dos magistrados⁴⁴.

Desse modo, observa-se que o ordenamento jurídico concede ao magistrado diversos instrumentos para a ativa condução do processo com vistas ao alcance da justa composição do conflito, havendo, no entanto, barreiras elementares no exercício de seu poder de instrução.

43 ALVES, op.cit, p.4684.

44 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 241.886/GO**, Rel. Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF: julgado em 17.08.2004. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199901140838&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca> >. Acesso em 18.10.2016.

2.3 As Limitações ao Exercício da Atividade Probatória do Magistrado

As lições de Theodoro Júnior⁴⁵ permitem inferir que a lei, ao entregar ao magistrado os poderes para o exercício da atividade probatória, idealizou o que se considera como a figura do bom juiz, regrada pela postura de um magistrado que cumprirá seu dever legal de condução do processo tendo por escopo a distribuição de justiça material, de modo que não haveria razões para se por em questão a atuação do julgador na valoração das provas cuja produção ele mesmo ordena.

Quer isto dizer que, em sua concepção ideal, o legislador concebeu um juiz que, determinando a produção de uma prova de ofício, não o faz em benefício desta ou daquela parte, mas sim em cumprimento ao compromisso que a própria norma lhe imputa frente à busca da verdade real.

Vozes hostis da doutrina, contudo, argumentam que esta performance – legal – do magistrado fere partícula indispensável para a consumação do devido processo legal, qual seja, a imparcialidade do órgão jurisdicional. Sugerem, por exemplo, que a atividade probatória deveria ser relegada tão somente à disponibilidade das partes, mantendo-se afastada de qualquer tipo de interferência do juiz, que se limitará a valorar os elementos produzidos no curso da lide quando da entrega da tutela estatal.

Tal alternativa, como já visto, não se coaduna com a nova face publicista do processo, sendo imperdoável que o próprio Estado-Juiz, interessado e incumbido da pacificação social, venha a permanecer distante da substância essencial para a resolução do conflito.

O juiz, em outras palavras, não pode se manter neutro, passivo, na condução do processo, já que nesta condição poderia incentivar, aí sim, desregulação da estabilização processual e, por consequência, a construção de injustiças legitimadas. Em outras palavras, a inércia do magistrado diante de uma situação materialmente anti-isonômica entre as partes e, por isto, injusta, afetaria gravemente a sua imparcialidade, pela escolha consciente de perpetuar a sobreposição desta em face daquela, o que, ao revés, poderia ser combatido com a apresentação de uma postura ativa no feito.

Assim, reforça-se a tese de que é plenamente aceitável, e, mais que isso, desejável, necessário que o magistrado se envolva de forma ativa na instrução probatória, não só rejeitando as diligências inúteis, como também determinando a realização daquelas que entender imprescindíveis à

45 THEODORO JUNIOR, op.cit., p.469.

formação de seu convencimento, sendo certo que eventuais ocorrências de quebra da imparcialidade deverão ser apreciadas objetivamente na forma do artigo 144 e seguintes da Lei 13.105/15, que cuidam das hipóteses de impedimento e suspeição.

Com efeito, bem argumenta Elpídio Donizetti ao salientar que:

É importante dizer que imparcialidade não se confunde com neutralidade ou passividade. O juiz, no processo contemporâneo é sujeito ativo do processo, e tem o dever de zelar pela justa composição do litígio. Ao magistrado cabe esclarecer pontos obscuros, advertir as partes de suas condutas, requisitar provas e diligências, interpretar as normas e as especificidades de cada caso concreto, tudo com o objetivo de prestar adequadamente a tutela jurisdicional.⁴⁶

É de se admitir, entretanto, o acerto em que opera a corrente preocupada em estabelecer os limites desta atuação do magistrado dentro do processo, de modo a impedir que se agrida o sistema cooperativo - duramente estabelecido no ordenamento pátrio - e se encaminhe para uma regressão ao clássico processo inquisitivo, em que o juiz, superando o papel dos demais sujeitos processuais, se assenta como único protagonista da relação.

Parece, assim, que o posicionamento atualmente encampado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se reconhecer a atividade probatória amplíssima do magistrado merece ser temperada.

Não que seja caso de se retornar ao engessado posicionamento da Corte nos idos da década de noventa⁴⁷, que reconhecia o direito à ordenação oficial apenas em três hipóteses (na presença de direito indisponível, ou quando o magistrado se encontrasse em estado de perplexidade, ou em hipótese de significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes), mas sim de se reconhecer dentro da hermenêutica jurídica parâmetros para a atuação regular do juiz.

Hodiernamente, como sabido, o interesse estatal nas relações privadas justifica também a ordenação oficial nas hipóteses de direito disponível, como se posiciona o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

⁴⁶ DONIZETTI, op.cit., p.92.

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 43.467/MG**, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF: julgado em 12.12.1995. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400026242&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca> >. Acesso em 18.10.2016.

O juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito (disponível ou indisponível) posto em causa. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que afirmar que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o processo que é o instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado Constitucional. Pode exercê-lo ainda, a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não lhe alcançando a preclusão temporal⁴⁸

A atuação nesses casos, porém, deve vir pautada sempre num juízo de complementaridade ou supletividade.

Nessa seara, surgiria a possibilidade de exercício dos poderes instrutórios do magistrado quando, após a satisfação da, agora sim, ampla atividade probatória das partes, esta se apresentasse insuficiente para a formação do seu convencimento, isto é, quando ainda pairassem dúvidas sobre questões de fatos imprescindíveis para o regular deslinde do feito.

Seria autorizada a participação do juiz, desta forma, com a finalidade de sanar as deficiências que os litigantes tenham demonstrado no intento de afastar a perplexidade do julgador, de modo que adverte Theodoro Júnior⁴⁹ não ser a investigação probatória do magistrado meio de anulação da iniciativa das partes, mas sim atividade integrativa e supletória, dispensável quando produzidos pelos litigantes os elementos necessários para a formação plena da convicção.

É possível afirmar, então, que a atuação judicial deve ser operada quando ao fim do pleno exercício da atividade probatória das partes - quando estaria, em tese, alcançado o grau máximo de verdade no processo -, num juízo de conveniência, diante de provas incompletas, lacunosas ou contraditórias que coloquem o juiz, a despeito de todos os elementos trazidos aos autos, em estado de perplexidade⁵⁰.

Extrapolar os limites dessa atividade supletória importaria evidente quebra do tratamento de igualdade que deve ser conferido às partes pelo

48 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial 192.681/PR**, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF: julgado em 02.03.2000. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800782613&dt_publicacao=24/03/2003>. Acesso em 18.10.2016.

49 THEODORO JÚNIOR, op.cit., p.470.

50 ALVES, op.cit., p.7673.

órgão jurisdicional, na forma do artigo 153, §1º, da Constituição Federal. Estar-se-ia, destarte, excedendo o interesse do Estado na pacificação social para promover, em regra, um desequilíbrio entre os litigantes.

Segundo Alves⁵¹, a atitude de não neutralidade do juiz deve ser reservada aos valores de justiça buscados no processo, interessado que esses se estabeleçam à parte que tenha o direito, cumprindo o mandamento previsto no brocado “*da mihi factum, dabo tibi jus*”.

Outro parâmetro de aplicação de tais poderes de prova, há muito consagrado pela jurisprudência pátria, deriva do processo civil socialista, na forma de uma corrente assistencialista que atribui ao juiz poder para prestar auxílio à parte que se demonstre em situação de hipossuficiência, seja técnica, seja econômica.

Trata-se de hipótese em que a atividade probatória deixaria o seu caráter complementar para tornar-se substitutiva⁵², orientando-se pela função social do processo e pela necessidade de se conferir às partes status de igualdade, na medida de suas desigualdades, sobre as quais leciona Alves:

Deve ser praticado o suficiente comento, que reconhecendo não ser o processo civil “um instituto de beneficência” (“*Wohlfahrtseinrichtung*”) di-lo, também, não poder ser considerado “uma coisa das partes” (“*Sache der parteien*”). Instrumento de composição justa dos litígios, o processo exige dizer corretamente o direito e ao juiz, na direção material do processo, cumprir atender a esse anseio substancial. Assim, enfatiza-se que, a todo rigor, os poderes instrutórios do juiz são destinados a assegurar a igualdade das partes no processo, não apenas aparente e forma, mas válida e eficaz. Isso melhor se perfaz, com qualificação de oportunidades no processo, pela ampla defesa e o contraditório pleno. De tal modo, ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de plena igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o Tribunal.⁵³

Reflexos de tal corrente encontram ainda pouco amparo no sistema processual brasileiro, em prestígio à forte presença de vestígios de

51 ALVES, op.cit., p. 7672.

52 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., p.90.

53 ALVES, op.cit., p.7677.

uma tradição dispositiva. Repousam, todavia, mesmo minimamente, em usual dispositivo de nosso ordenamento, qual seja, o artigo 6º, VIII, da Lei 8.078⁵⁴, que garante ao consumidor o direito à “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente”.

Intenciona a disposição consumerista, nesse aspecto, levar a isonomia ao processo para que a parte reconhecidamente hipossuficiente tenha tantas chances de atuar em seu interesse no processo quanto aquela que, econômica, jurídica ou tecnicamente seja melhor aparelhada.

Crítica merece, no entanto, a redação do dispositivo quanto ao emprego da expressão “verossímil” se relembradas as questões referentes aos graus de verdade, discutidas na primeira seção deste artigo. Isso porque, como bem reconhece a doutrina, as regras de divisão do ônus da prova deveriam ser utilizadas pelo magistrado para cumprir suas funções jurisdicionais apenas quando não obtivesse sucesso na busca da reconstrução dos fatos dentro do feito, pressupondo-se que isto se faria após larga instrução probatória, com a efetivação do contraditório pleno, quando, então, a verdade teria alcançado sua aproximação máxima com a realidade, quando seria reconhecida como probabilidade. Aceitável, no entanto, o uso do vocábulo em seu sentido amplo, considerando que a “probabilidade” é, ainda assim, uma escala de verossimilhança.

Aproveita-se o ensejo para cuidar, então, da matéria relativa à divisão do ônus da prova dentro do processo civil moderno, normatizada, no Brasil, na amplitude do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, que assevera caber ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral.

Tais regras, consoante a doutrina de Theodoro Júnior⁵⁵, “atuam na fase final de julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa”, conquanto não determinam às partes a produção das provas, mas imputam-lhe os riscos de sua não produção.

O juiz plenamente convencido do direito, à vista disso, não necessitará jamais fazer uso das regras do ônus da prova para realizar o regular julgamen-

54 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: 1990 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19.10.2016.

55 THEODORO JUNIOR, op.cit., p.468.

to da demanda, eis que alcançado estaria o grau satisfatório de verdade para a construção de seu convencimento, ou seja, “quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento”⁵⁶.

A título de exemplo, pautando-se o processo civil moderno no princípio da verdade real e na ampla iniciativa probatória do juiz, pode-se dizer que o magistrado só estaria apto a julgar o feito com base no descumprimento das regras do artigo 373 do Novo Código de Processo quando, tendo ido até o máximo permitido na busca da verdade, ainda se encontrar em estado de perplexidade. Nessa hipótese, o julgador deverá verificar (i) se o autor e o réu se desincumbiram de seu ônus, (ii) se o autor sequer o fez, ou (iii) se apenas o demandante o cumpriu, o que conduzirá, nos dois primeiros casos, em regra, a um julgamento de improcedência, e, na terceira hipótese, a uma sentença de acolhimento dos pedidos autorais.

Na lição de Theodoro Júnior:

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo, ou modificativo invocado na defesa.⁵⁷

Daniel Mitidiero, contudo, problematiza a apresentação do ônus da prova também como regra de instrução, na medida em que às partes deveria ser incentivada a produção probatória, que é delas por essência⁵⁸. Ressalta assim que os litigantes deveriam se apresentar cientes de seus encargos na demanda, a fim de se evitarem surpresas, o que exige ainda mais cuidado ao se tratar da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deverá ser realizada em momento anterior à prática da própria decisão, sob pena de “torná-la anulável”⁵⁹.

56 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., p.110.

57 THEODORO JUNIOR, op.cit., p.471.

58 MITIDIERO, op.cit.

59 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., p.125.

A concepção estática do ônus da prova, efetuada com escopo no já mencionado dispositivo legal, acaba, mais das vezes, por provocar desnível na igualdade das partes dentro do processo, em razão de sua prévia e abstrata disposição, afastada das peculiaridades do caso concreto, de modo que atualmente reconhece-se no âmbito jurídico a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que importa, em essência, uma flexibilização da norma prevista no *caput* do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, permitindo-se que o magistrado, atento às características singularizantes da demanda, realize a distribuição do ônus probatório conforme as condições das partes em suportá-lo.

Nas palavras de Donizetti⁶⁰, trata-se de medida que visa a impedir que a rigidez da regra estática importe a ocorrência de decisões injustas oriundas da desigualdade entre as partes num processo que, essencialmente, visa à cooperação e, a seu tempo, ao auxílio do órgão jurisdicional para com as partes.

A aplicação da teoria na prática processual brasileira vem, hoje, legitimada pelo §1º do artigo 373 da Lei 13.105/15, que expressamente autoriza a inversão por decisão fundamentada, “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

Didier, Braga e Oliveira, em enfrentamento da teoria, relacionaram seus fundamentos em quatros itens de expressão didática singular:

Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.⁶¹

Observa-se, desta forma, mais um compromisso da norma com a consumação da justiça através da atividade instrutória do juiz, podendo-se dizer, com precisão, que, diante de tal análise, a aplicação das regras de julgamento

⁶⁰ DONIZETTI, op.cit., p.602.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela.** 9ª ed., v.2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.94.

referentes ao ônus da prova configura elementar saída para a não obtenção da verdade no processo, após consumada a produção de provas submetida à vertente instrutória das regras insculpidas no artigo 373 do Novo Código de Processo Civil.

Vale consignar, por cautela, que a aplicação destas regras deve ser operada com máxima moderação, a fim de que, ao se repartir o ônus probatório numa dimensão dinâmica, para que o suporte quem tenha melhores condições de dele se desincumbir, não se crie para este novo responsável uma impossibilidade equivalente ou maior à daquele que inicialmente por ela respondia. Quer isto dizer que o juiz deve ficar atento, quando da operação dessa redistribuição, à possibilidade real de a parte inovadamente responsável satisfazer melhor ou unicamente o fim probatório que se pretende atingir. Do contrário, o Estado estaria apenas onerando excessivamente parte distinta com a produção de prova diabólica, gerando outra vez instabilidade no feito.

Alerta deve ser feito quanto ao momento dessa aplicação, uma vez que a perquirição da verdade real não pode servir de pretexto para o alongamento excessivo da lide, sendo vedado que o feito, ao contrário de uma investigação histórica ou científica⁶², se alongue demasiadamente no tempo, o que causaria afronta patente ao devido processo legal e à duração razoável do processo, consagrados como direitos fundamentais nos moldes do artigo 5º, LIV e LXXVIII, respectivamente, da Constituição Federal⁶³.

Admite-se, dessarte, que o processo, em dado momento, se contente com a obtenção de uma verdade relativa, tão somente assim nominada em razão da impossibilidade de alcançar o seu caráter absoluto. O processo, em outras palavras, não deve ser eterno, necessita acabar, quer em razão da falibilidade humana na reconstrução da verdade, quer pela obediência aos ditames legais que o norteiam.

Relevante ressaltar a limitação concebida por Theodoro Júnior (2014, p. 469) quanto à utilização, pelo magistrado, de elementos obtidos além dos autos por sua atuação externa ao processo.

O autor, nesse sentido, abomina a atividade extra-autos, salientando que a prova de ofício deve surgir no contexto do processo, e não sugerida

62 FÉLIX, Juarez Rogério. **O Princípio da Moralidade no Processo Civil: Um Ensaio de Teoria Geral do Direito**. Capítulo 6. Verdade e mentira no processo civil. Dissertação. PUCSP, 2000. Disponível em <http://www.academos.pro.br/professor/juarezfelix/material_pdf/004.pdf> Acesso em: 26.10.2016, p.15.

63 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19.10.2016.

por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares obtidos sem a presença do contraditório, não podendo o juiz adotar a figura de um investigador ou inquisidor.

Dota-se de acerto a teoria do ilustre doutrinador, à exceção de uma ressalva que parece pertinente quanto à veiculação de informações que estejam não só à disposição do juiz, como também à mercê de todo o homem médio, a exemplo de consultas realizadas na rede mundial de computadores, que podem trazer esclarecimentos oportunos ao magistrado acerca da matéria enfrentada na demanda, sem que isso importe em agressão ao devido processo legal, já que os dados colhidos estariam, a princípio, ao livre acesso de ambas as partes atuantes no processo.

Na mesma linha, Didier, Braga e Oliveira⁶⁴ apresentam situação em que as partes, dentro de seus poderes de disposição, convencionam a não produção de uma prova, ressaltando que, nesse caso, uma vez exercida a vontade dos litigantes, não estaria o juiz legitimado a atropelar esse negócio jurídico processual e a determinar a realização da diligência, devendo, no caso, resolver-se a entrega jurisdicional pela aplicação das regras de divisão do ônus da prova.

Tudo isto representa o caráter nada absoluto da atividade probatória do magistrado, que, por fim, esbarra também nas hipóteses de presunção de veracidade trazidas pelo Código, citadas por Alves (2013, p.7692) como aquelas previstas, em especial, nos artigos 344 (revelia), 341 (fatos não impugnados na contestação), 385 (ausência da parte intimada para prestar depoimento pessoal, à qual será aplicada a pena de confesso) e 400 (fatos a serem comprovados por meio de documento ou coisa não exibida em juízo), todos do Novo Código de Processo Civil.

A assertiva do ilustre mestre afasta-se um pouco, no entanto, da dimensão de verdade defendida em seu próprio artigo, tendo em vista que ainda que o Código cuide destas situações como hipóteses de presunção de veracidade, esta se concretizaria *juris tantum*, isto é, de maneira relativa, sendo possível o seu afastamento.

Caso emblemático ocorreria quando, narrando a petição inicial situação improvável, o réu deixasse de apresentar contestação, recaindo sobre ele as penas da revelia, incluindo a presunção de veracidade dos fatos. Nessa hipótese, deveria o juiz ficar inerte e, aplicando a verdade formal, contentar-se em proferir uma decisão que, muito provavelmente, deixaria distante o postulado de justiça?

64 DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., 2015, p.90.

A resposta advém da melhor doutrina, consubstanciada por Didier ao assumir que “o simples fato da revelia não poder tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui”⁶⁵, o que reforça o posicionamento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE CAFÉ. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7/STJ. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. NÃO PROVIMENTO. 1. Não tendo havido o prequestionamento dos temas ventilados nas razões do recurso especial, incide o enunciado 211 da Súmula do STJ. 2. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ). 3. A revelia enseja a presunção relativa da veracidade dos fatos narrados pelo autor da ação, podendo ser infirmada pelas demais provas dos autos, motivo pelo qual não determina a imediata procedência do pedido. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶⁶

O que se vê, portanto, é um engajamento conjunto da norma, da jurisprudência e da doutrina no atendimento aos anseios da comunidade jurídica em ver realizado no processo um provimento judicial que corresponda à justa fórmula para uma pacificação social concreta, real, o que só se dará com a preservação e o alcance da verdade nos autos, limitada apenas pelo respeito aos postulados mais significativos do Estado Democrático de Direito.

3 CONCLUSÃO

Evidencia-se que atualmente vigora na sistemática processual civil a ideia de que a verdade material é elemento intangível, inalcançável dentro do processo, haja vista que a reconstrução de um fato pretérito transita por diferentes interpretações e pontos de vista dos sujeitos que dele fizeram parte,

⁶⁵ DIDIER, *op.cit.*, p.666.

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 506689/ES 2014/0094815-1**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF: julgado em 14.10.2014. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400948151&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca> >. Acesso em 18.10.2016.

acabando por conferir-lhe um viés de subjetividade capaz de comprometer diretamente a veracidade da situação fática mais tarde representada.

Assim, embora não se admita mais falar-se na adoção de uma verdade meramente formal, trabalha-se com o conceito de verdade factível, isto é, uma aparência da verdade, uma verossimilhança que se constrói no processo através da interação entre os sujeitos processuais por seu discurso e fortifica-se na exata medida em que se oportuniza o contraditório dentro da lide, até o grau máximo de aproximação dos fatos.

Tem acerto dizer-se, portanto, que a verdade real jamais será obtida dentro do processo. Todavia sua busca deve servir de escopo para que os sujeitos processuais alcancem a própria finalidade do feito, que é a pacificação social através da composição do conflito, função precípua da jurisdição.

Nessa toada, destaca-se o caráter publicista do processo, ou seja, sua vertente de interesse coletivo, voltada à distribuição de justiça e a um compromisso do Estado de manter a sociedade num patamar de tranquilidade. A busca da verdade real seria, pois, instrumento de realização desse dever estatal, considerando que a afinidade entre a verdade dos autos e a realidade fática oportunizaria ao órgão incumbido de jurisdição a concretização satisfatória e justa de sua missão.

Cuida-se de elemento indispensável à legitimação da autoridade da decisão judicial frente ao meio social, pelo que interessa, em grande parte, ao prolator de tais vereditos, o Estado-Juiz, representado pela figura do magistrado, mas não só a ele, como bem observou o Novo Código de Processo Civil brasileiro ao atribuir às partes e a terceiros deveres de cooperação, lealdade e boa-fé para a construção da verdade nos autos.

Por esse mesmo caminho, o sistema jurídico-processual moderno rompe com a dicotomia de processo dispositivo e inquisitivo para adotar a lógica de um modelo cooperativo, em que nem juiz, nem litigantes se anulam, e sim atuam de maneira dialógica para a justa composição da lide. Baseia-se a nova orientação de divisão de tarefas no processo por vieses sociais, lógicos e éticos, decorrendo do primeiro o interesse comum que ampara a nova atuação do magistrado como sujeito ativo da relação processual.

Não mais se concebe no processo civil a existência de um juiz passivo diante dos rumos da ação, razão pela qual o próprio ordenamento confere ao magistrado poderes amplos de instrução destinados à busca da verdade real no processo e que estão concentrados, primordialmente, nas disposições do artigo 370 do Novo Código de Processo Civil.

Para além de reconhecer o poder do juiz para a busca dessa verdade substancial no feito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de consagrar também o dever deste o fazer, diante do objetivo precípua do processo de realizar o direito. Confirma-se, assim, a existência de um poder-dever de obtenção do grau máximo de verdade para o alcance da efetividade do processo.

O juiz, desse modo, deverá valer-se de todos os mecanismos colocados à sua disposição para esclarecer a situação posta a sua análise e permitir a entrega de uma prestação jurisdicional mais aproximada da adequada e, por isso, justa e efetiva. Fazer isso requer, porém, cautela, já que o juiz, sob pena de comprometer a sua imparcialidade, apenas poderá valer-se de seu poder de instrução de maneira supletiva, complementar, para afastar as lacunas deixadas pelas partes, sendo-lhe vedado absorver as funções de um ou outro litigante e causar, com isso, desnível na relação processual.

Tal atuação supletiva somente se mostraria digna de afastamento quando da prática de um processo civil socialista, onde o juiz intervirá positivamente a fim de garantir a igualdade de possibilidades entre os litigantes, como já lhe facultam fazer diversos dispositivos legais, sobretudo os referentes à divisão do ônus probatório, tidos como regra de julgamento e também de instrução. Mais do que isso, os encargos probatórios, divididos pelo juiz, dinamicamente, àquele que melhor lhes possa suportar, dizem respeito a uma solução para a impossibilidade de alcance de verdade nos autos, impondo-se ao magistrado a realização do julgamento com base nessa perspectiva quando, encerrada a possibilidade de perquirição da verdade, já que o processo não deve se alongar excessivamente no tempo, ainda encontrar-se em status de perplexidade.

A busca da verdade real esbarra de maneira sutil também nas presunções legais estabelecidas pela norma, embora a própria Lei crie hipóteses de relativização dessa presunção, que é *juris tantum*, em prol da obtenção da verdade.

Conclui-se, destarte, ser o processo civil moderno vinculado ao compromisso de perquirição da verdade real, mormente porque voltado à satisfação de um interesse coletivo específico, destinado ao exercício pleno da jurisdição através da pacificação do corpo social.

Percebe-se, além disso, a importância da atuação de um magistrado ativo na condução do processo para a realização desse sentimento legal, investindo-se o julgador de verdadeiro poder-dever para o atendimento dos

anseios que, antes de tudo, são da própria coletividade e voltam-se também para a legitimação da decisão judicial por aqueles sobre os quais ela recai, pelo que se justifica a necessidade de aproximação do provimento com a verdade em que se inserirá.

O juiz moderno deve, antes de tudo, ser um sujeito processual ativo, comprometido em garantir a igualdade entre as partes e a realização de um processo justo, cooperativo e efetivo, sem, contudo, se olvidar de sua condição de imparcialidade, que é pressuposto para a entrega da devida prestação jurisdicional.

Apenas desta maneira, com o alcance da aproximação máxima da verdade, poderá o processo cumprir o objetivo a que se destina e tornar-se, em última análise, plenamente efetivo. ❖