

V. 21 • N. 2 • MAIO/AGOSTO • 2019

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

EMERJ

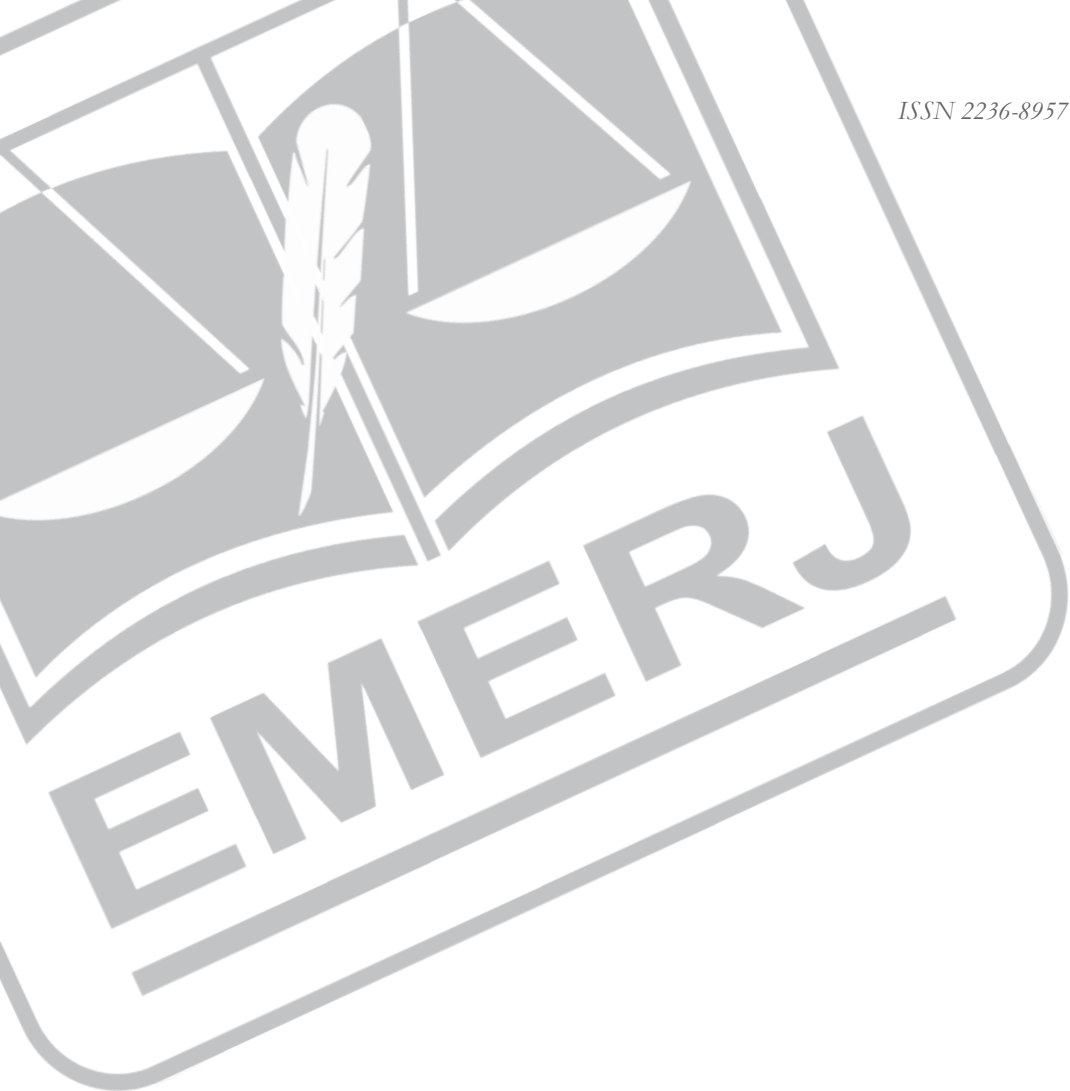
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Direito & Inovação

EMERJ



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 21 - n. 2 - Ano 2019

Rio de Janeiro

© 2019 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJRJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade.

Conselho Editorial: Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Mestre Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 32/2019

Editores Associados: Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -
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 Claudio de Mello Tavares

| CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto

| 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho

| 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Paulo de Tarso Neves

| 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

| DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

| CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – COMAM

Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DA EMERJ:

COORDENADOR EDITORIAL:

Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

EDITORES ASSOCIADOS:

Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Brasil.

Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL:

Mestre Abel Fernandes Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Adán Carrizo González-Castell, Universidad de Salamanca - USAL, Espanha.

Doutora Adriana Ramos de Mello, Universitat Autònoma de Barcelona - UAB, Espanha.

Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Brasil.

Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Brasil.

Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Universitat de Barcelona - UB, Espanha.

Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil.

Mestre Cesar Felipe Cury, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Daniel Vianna Vargas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Universidade do Estado de São Paulo – USP, Brasil.

Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Universidade de Lisboa - UL, Portugal.

Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil.

Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Brasil.

Mestre José Guilherme Vasi Werner, Universidade Candido Mendes - UCAM, Brasil.

Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Brasil.

Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Universidade de Lisboa - UL, Portugal.

Mestre Luciano Vianna Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil.

Mestre Luiz Roberto Ayoub, Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rodrigo Borges Valadão, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Brasil.

Doutor Sérgio Cavalieri Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

Equipe Administrativa - EMERJ:

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

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ

Diagramação: Jaqueline Diniz (Programadora Visual)

Capa: Marcelo Melim

Foto: Marcelo Melim

Acompanhamento Gráfico: Carlos Henrique M. e Silva

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Sérgio Silves

Sumário

9 | Apresentação

Des. André Gustavo Corrêa de Andrade

11 | European Minimum Standards for Courts: Independence, Specialization, Efficiency – A Glance from Italy

Remo Caponi

40 | The Right to an Effective Enforcement and State Responsibilities (including Transnational Aspects) GREECE

Elina N. Moustaira

52 | É Possível Ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen?

Juan Antonio García Amado

119 | O Novo Código de Processo Civil: Superando as Fronteiras entre Common Law e Civil Law

Luiz Fux / Bruno Bodart

127 | O Papel do Julgador na Jurisdição Moderna

Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte

139 | Limites da Aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006

Yedda Christina Ching-San Filizzola Assunção

148 | (Des)inteligência Policial: Prova Ilícita e/ou Ilegítima

Luís Guilherme Vieira

164 | Matéria Pacificada e o Abuso do Direito de Defesa: Hipótese de Tutela de Evidência

Ana Carolina Squadri Santanna

181 | Ato Processualizado e Ação Anulatória (art. 966, §4º, CPC)

Cássio Benvenuto de Castro

216 | Imagem Corporal: a Perspectiva do Direito à Saúde na Diferença Funcional. Brevíssimo Panorama da Legislação Portuguesa

Reinaldo Cavalcanti da Silva Alvarenga

238 ■ Improbidade Administrativa e Implementação de Políticas Públicas: a Omissão do Administrador como Ofensa à Dignidade

Thalles Passos de Oliveira

263 ■ A Necessária Releitura da Súmula 444 do STJ à Luz da Concepção Atual do Princípio da Presunção de Inocência

Anderson de Paiva Gabriel

Apresentação

É com profunda satisfação que noticio a Revista da EMERJ V. 21 nº 2, sendo esta minha primeira apresentação como Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Inicialmente, agradeço aos honrosos votos deixados pelo Des. Mauro Dickestein na apresentação ofertada na edição anterior e espero cumprir com êxito esta missão. Tenho dedicado todos os meus esforços a nossa Escola, com o amor que ela merece.

A Revista da EMERJ passa por permanentes evoluções e progressos, fruto do trabalho e dedicação da sua equipe. Nosso Conselho Editorial reflete a busca devotada de qualificação e aperfeiçoamento do Periódico, que, no mês de maio de 2019, alcançou o indexador *Latindex – Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, tornando a Revista parte de uma rede conhecida de cooperação internacional de outras bases científicas e acadêmicas, aumentando assim nossa qualidade e visibilidade.

Com isso, a Revista da EMERJ ganha o mundo, preocupação de seu Coordenador Editorial, Juiz Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte, que, ao longo de dois anos, publica em cada número, necessariamente, pelo menos dois artigos de renomados professores e cientistas estrangeiros.

Nesta edição, além do nosso querido Ministro Luiz Fux, contamos com Remo Caponi, Professor da Universidade de Firenze, com a Professora da Universidade de Atenas Elina Moustaira e, por fim, com a maior autoridade mundial em Kelsen, o Professor Catedrático de Filosofia da Universidade de León, Juan Garcia Amado.

Neste novo desafio, trabalhamos duro para tornar cada vez mais a Revista da EMERJ uma referência acadêmica, quer no Brasil, quer no mundo, seguindo o conselho do gênio Albert Einstein: “*O homem erudito é um descobridor de fatos que já existem – mas o homem sábio é um criador de valores que não existem e que ele faz existir*”.

Boa leitura e um forte abraço a todos.

Des. André Gustavo Corrêa de Andrade

Diretor-Geral da EMERJ

European Minimum Standards for Courts: Independence, Specialization, Efficiency – A Glance from Italy

Remo Caponi

Università di Firenze

I. OVERVIEW

The organisers of the Regensburg conference entrust me with the task of giving an overview of judicial independence, court specialization and efficiency in the Italian legal system, with a view to contributing to the debate on common European minimum standards for courts.¹

According to this proposal, the following items will be covered. First of all, I will examine efficiency, namely: (a) drafting a principle of efficiency of civil procedure, fit to capture the structure and purpose of judicial systems, with a view to proposing a draft principle as a contribution to the discussion about common European minimum standards; (b) assessing the regulative impact that the principle of efficiency could have on certain problems and trends, in particular the current situation of the Italian Supreme Court and its task of ensuring the uniform application of law. Turning to judicial independence, attention will be focused on the institutional and procedural devices designed to ensure judicial independence in the Italian legal system, with a view to assessing, in a subsequent article, relationships and tensions between judicial independence and the use of tools for improving the performance of judicial systems (e.g. performance targets). Finally, the topic of court specialization will be examined. By contrast, a detailed treatment of the achievement of these standards insofar as they obtain to Italian ADR bodies will remain for another day.

¹ C. Althammer, *Mindeststandards im Zivilprozess*, ZZP 126 (2013), p. 3 ff.; M. Weller, C. Althammer (Hrsg.), *Mindeststandards im Europäischen Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2015.

II. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: DEVICES FOR ENSURING QUALITY PERFORMANCE

A session of the conference has been devoted to alternative dispute resolution methods. In this framework it would have been no doubt of interest to address the standards of independence, specialisation and efficiency of Italian ADR bodies, taking into account the recent implementation in Italy of the ADR Directive(2013/11/EU).² However, it would not be feasible to adequately deal with ADR bodies in this report.

Apart from ordinary time constraints, there is another reason why it is inadvisable to examine ADR bodies. In effect, the most important indicators for assessing the quality performance of alternative dispute methods are fully external to ADR bodies and connected with the legal system taken as a whole, that is:

(a) Ensuring that dispute resolution methods are chosen by the parties in a truly free and informed way;

(b) Making sure that the judicial protection of rights is effective, in order to prevent the risk of unequal bargaining power between the parties giving rise to instances of unjust settlements, due to the lack of a viable alternative before the courts. This holds true particularly in the field of consumer protection in Europe, since a system of dispute resolution which is developing its own institutional structure independent from the court system is arising in this field.

To cut a long story short: addressing key features of a judicial system such as independence (and specialisation) of courts as well as its overall performance is an indicator for understanding the effective role played by ADR bodies in that system.³

III. DRAFTING A PRINCIPLE OF EFFICIENCY OF CIVIL PROCEDURE

1. Opening Questions

When attempting to draft a principle of efficiency with regard to the performance of civil justice systems, it is prudent to consider whether:

² Cf. Decreto legislativo 6 August 2015, no. 130, at www.normattiva.it.

³ For further remarks cf. R. Caponi, “Just Settlement?” or “Just About Settlement?” Mediated Agreements: a Comparative Overview of the Basics, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, p. 117 ff.

(a) Introducing a principle of efficiency of civil procedure should be regarded as undesirable, because it could serve as a point of entry for neoliberal market ideology, particularly the “doing business” approach, into the administration of civil justice;⁴

(b) The reference to efficiency is really necessary, as efficiency could be seen as a facet of the wider claim to the effectiveness of judicial protection of rights;

(c) If a principle of efficiency of civil procedure ought to be introduced into the legal system, what wording is to be adopted and subject to such wording what practical consequences are to be expected?

2. Efficiency or Effectiveness?

The most sustained objections against incorporating a principle of efficiency of civil procedure arise from the fear that such codification could be the point of entry into the legal system for neoliberal market ideology, which aims to subordinate the judicial protection of rights to a profit maximising and cost minimising approach, with a view to optimal resource allocation. This argument usually includes a more general objection to the U.S. Law & Economics movement.

Judicial protection of rights and efficiency (for the purpose of welfare economics: wealth maximization), however, do not appear mutually incompatible. As Steven Shavell states:

“According to the framework of welfare economics, social welfare is assumed to be a function of individuals’ well being, that is, of their utilities. An individual’s utility, in turn, can depend on anything about which the individual cares: not only material wants, but also, for example, aesthetic tastes, altruistic feelings, or a desire for notions of fairness to be satisfied. Hence, social welfare can depend on any of these elements, and will depend on them to the extent that individuals’ utilities do. It is thus a mistake to believe that, under the economic view, social welfare reflects only narrowly ‘economic’ factors, namely the amount of goods and services to be produced and enjoyed”.⁵

4 Cf. R. Stürner, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess*, ZZP 127 (2014), p. 271 ff., p. 310 ff.; A. Bruns, Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, *Zeitschrift für Zivilprozess*, ZZP 124 (2011), p. 29 ff.

5 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, p. 2; G. Calabresi, *The future of*

If one maintained that judicial protection of rights and efficiency are incompatible, one would be bound to believe that individuals do not care about judicial protection of rights (except when they are party to civil proceedings).

The real problem is finding a way to determine how much individuals value judicial protection of rights in comparison with other goods and services they want to obtain and, accordingly, how many resources they wish to devote to the judicial system in comparison with other sectors of public administration.

This is for the political process to decide.

3. Efficiency and Procedural Economy

A further objection is that a principle of efficiency is unnecessary, since efficiency is merely a facet of the effectiveness of judicial protection of rights.⁶ This objection seems to identify the principle of efficiency with the principle of procedural economy.

Yet, there is a difference between the efficiency and effectiveness, as the principle of efficiency is connected with the purposes and arrangements of the whole civil justice system, while the principle of procedural economy is rather linked to the purpose(s) of single proceedings, by claiming that such purposes be achieved in the most costefficient way.⁷

4. Efficiency of Civil Procedure: Draft Principle

The principle of efficiency of civil procedure should be designed as a procedural principle that can build a bridge between the regulation and management of single civil proceedings (or discrete classes thereof) and the systemic management of the mass of civil proceedings, through the organisation and direction of services connected with the administration of justice. In other words, it is advisable to develop such a principle as a guide for the legislator to perform a balancing exercise between the protection of plaintiffs' and defendants' interests in the fair regulation of the single dispute wherein they are involved and the citizens' interests in

Law and Economics. Essays Reform and Recollection, Yale University Press, 2016.

⁶ For a brief discussion on this point, cf. H. Schulze-Fielitz/C. Schütz, Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, Duncker und Humblot, 2002, p. 14.

⁷ Cf. A. Bruns, Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, p. 29 ff., p. 31 f.

the efficient management of the mass of civil proceedings, i.e., the overall performance of the civil justice system, as they may well be users of that system in the future.⁸

By exploring avenues for drafting a principle of efficiency in this field, take as a starting point a very simple definition of efficiency, drawn from economics and also acknowledged by legal scholarship.⁹ It concerns the ratio of the work done by a system relative to the resources supplied to it. It is a purely formal definition, lacking any substantive content. What is the point or what is the aim to be pursued by an efficient allocation of resources in the field of civil justice? I suggest that this aim be identified with the purposes of the civil justice system as such. Therefore, a principle of efficiency in civil justice could be tentatively drafted as follows:

“Access to the courts and effective protection of rights in a fair process should be provided by the law in an efficient way, allotting to each case an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

It should be no secret that the second part of this formulation (“allotting...”) heavily draws upon Rule 1.1. (e) English and Welsh CPR. I had the opportunity to suggest a similar wording in the course of the preparatory work for a new code of civil procedure in Italy, drafted by Andrea Proto Pisani some years ago.¹⁰ Under the heading “Efficiency of civil procedure”, the provision 0.8 of Proto Pisani’s draft reads in Italian as follows:

“È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi”.

An alternative formulation (less elegant, but underlining the primacy of access to the court and effectiveness) could be:

“The pursuit of efficiency shall not be detrimental to the right of access to courts and the effective protection of rights”.

8 For further remarks on this aspect and practical examples, s. *R. Caponi*, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 389ff.

9 *W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, *Nomos*, 1998, p. 246.

10 Cf. *A. Proto Pisani*, Per un nuovo codice di procedura civile, *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ff.

5. Certain Practical Consequences in the Italian Experience

By examining the Italian experience one can explore the practical consequences of this approach. Currently, a principle of efficiency concerning civil procedure is not explicitly provided for in the Italian legal system. It is derived, however, by way of creative interpretation from the principle of reasonable duration of civil proceedings, which was introduced in 1999 in Art. 111, para 2 Const. to ensure Italian law complies with Art. 6 of the European Convention of Human Rights.¹¹ A law is required for this constitutional provision to be implemented.¹² However, some very questionable decisions by the Supreme Court (*Corte di cassazione*) in the last decade have disregarded statutory provisions of the Code of Civil Procedure that are clearly applicable in relevant cases, but allegedly at odds with the constitutional principle of reasonable duration.¹³ A balanced constitutional provision on the efficiency of civil procedure would possibly have dissuaded the Supreme Court from issuing such counter intuitive rulings.

In an article published some years ago in an Italian law journal,¹⁴ I pinpointed a number of ways the legislator could take into account the principle of efficiency of civil procedure in certain areas, ranging from ADR to partial claims, the structure of proceedings, class actions, access to the Supreme Court, *res judicata*, and so on.

6. Filtering the Access to the *Corte di cassazione*

Among the topics listed at the end of last paragraph, the heavy workload of the *Corte di cassazione* has been a serious problem for a number of decades. The Italian Supreme Court decides cases in civil and criminal matters, and is charged with the task of reviewing appellate judgments

11 Cf. Constitutional Law no. 2 of 1999. For this interpretation, s. *A. Proto Pisani*, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, *Foro italiano*, 2000, V, c. 241 ff.; *R. Caponi*, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, p. 398.

12 Art. 111, para 2 Const.: “The law provides for the reasonable duration” of proceedings.

13 Cf., among others, Cass. 9 October 2008, no. 24883; Cass. 23 February 2010, no. 4309; Cass. 30 July 2008, no. 20604.

14 *R. Caponi*, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche.

on points of law¹⁵ and ensuring “the exact observance and the uniform interpretation of the law”¹⁶.

The Italian Constitution provides for a right to review by the *Corte di cassazione* on grounds of violation of law.¹⁷ Due to the extensive use of this guarantee, the number of appeals to the *Corte di cassazione* has increased dramatically in the last decades. Just over 3,000 appeals were submitted annually during the 1960s. In the 1980s the number had grown to more than 10,000 in civil cases only.¹⁸ In 2013, there were 29,091 civil cases lodged to the Court for review. In the same year the Court disposed of 30,179 civil cases. At the end of the year there were 98,690 civil cases pending.¹⁹

One can ascertain the clearance rate concerning the Supreme Court for 2013. This performance indicator can be used to see if the courts are keeping up to date with the number of incoming cases without increasing their backlog.²⁰ The clearance rate, expressed as a percentage, is obtained when the number of resolved cases is divided by the number of incoming cases and the result is multiplied by 100. In 2013, the clearance rate amounted to 103, the *Corte di cassazione* is thus decreasing its backlog.

Apart from the clearance rate indicator – following the CEPEJ approach – the disposition time indicator can provide further insight into how the Supreme Court manages its flow of cases. This indicator, expressed as a timeframe in days, is obtained when the number of unresolved cases at the end of a period (normally a year) is divided by the number of resolved cases in the same period and the result is multiplied

15 Cf. Art. 360 c.p.c. (Code of Civil Procedure). Cf. M. De Cristofaro, N. Troncker (eds.), *Civil Justice in Italy*, Nagoya University Comparative Study of Civil Justice, 2010, p. 24 ff.

16 Art. 65 r.d. no. 12 of 1941 (Law on judicial organisation, *ordinamento giudiziario*).

17 Cf. Art. 111, para 7 Const.

18 Cf. M. De Cristofaro, N. Troncker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 26, Footnote no. 24.

19 Cf. *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, www.giustizia.it, p. 15.

20 Cf. CEPEJ, Report on European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 Data): Efficiency and Quality of Justice, www.coe.int, p. 190: “A clearance rate close to 100 % indicates the ability of the court or of a judicial system to resolve more or less as many cases as the number of incoming cases within the given time period. A clearance rate above 100 % indicates the ability of the system to resolve more cases than received, thus reducing any potential backlog. Finally, if the number of incoming cases is higher than the number of resolved cases, the clearance rate will fall below 100 %. When a clearance rate goes below 100 %, the number of unresolved cases at the end of a reporting period (backlog) will rise”.

by 365 (days)²¹. According to this formula²², in 2013 the disposition time by the Supreme Courts amounted to slightly more than three years and three months (1,193 days).

These indicators (in particular the latter) are of limited value, however, as they can only give an overview of the average duration of cases; they fail to take into account the moment in which the appeal has been lodged, as well as the validity, contents, and complexity of the cases. They fail, thus, to differentiate the flow of cases into discrete classes and to determine the real duration of the cases accordingly. By way of example, consider the average duration in 2013 (1,193 days), which was about an 18% increase in comparison to 2012.²³ At first sight, one might think that this increase in the average duration of litigation is a sign of a worsening of the situation. Quite the opposite holds true, as the increase was a result of successful efforts to tackle the backlog of cases. In fact, the greater the number of preexisting proceedings the Court disposes of in a given time span, the more the average length of resolved cases will increase in the same period²⁴, but of course this will be a temporary increase.

Court delays are not the only consequence of the heavy workload and the flood of applications. The large numbers of decisions requires a large number of judges: in 2013 there were 121 civil judges who decided approximately 240 cases per capita²⁵: subtracting 30 days of holidays and 52 weekends from 365 day, each judge of the Supreme Court writes slightly

21 Cf. *CEPEJ*, Report on European Judicial Systems, p. 190 f.: “A case turnover ratio and a disposition time indicator provide further insight into how a judicial system manages its flow of cases. Generally, a case turnover ratio and disposition time compares the number of resolved cases during the observed period and the number of unresolved cases at the end of the observed period. The ratios measure how quickly a judicial system (or a court) ‘turns over’ the cases received – that is, how long it takes for a type of case to be resolved. The relationship between the number of cases that are resolved during an observed period and the number of unresolved cases at the end of the period can be expressed in two ways. The first measures the share of resolved cases from the same category in the remaining backlog [...]. The second possibility, which relies on the first data, determines the number of days necessary for a pending case to be solved in court. This prospective indicator [...] is an indicator of timeframe, more precisely of disposition time, which is calculated by dividing 365 days in a year by the case turnover ratio [...]. It needs to be mentioned that this ratio does not provide a clear estimate of the average time needed to process each case”.

22 A slightly different formula used to calculate delay is $(C1 + C2) : (E + U) = g$. C1 is the number of proceedings pending at the beginning of a period (normally, a year), C2 is the number of proceedings pending at the beginning of the following period, E is the number of cases filed during the year, U is the number of cases disposed of during the year, and finally g is the average duration in years and fractions of years.

23 *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15.

24 Cf. *Corte suprema di cassazione*, Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2013, www.cortedicassazione.it, p. 60.

25 Cf. *Corte suprema di cassazione*, Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2014, p. 61.

more than one text of decision per day. Thus, conflicting judgments are unavoidable and, as such, the *Corte di cassazione* has been for decades unable to guarantee the consistency and predictability of its decisions, which makes the uniform interpretation of the law a difficult task to be achieved:²⁶ “Instead, the court has become a sort of judicial supermarket, wherein lawyers can often be sure to find any precedent they need to plead the case of their client”²⁷, which increases legal uncertainty and the litigation rate in the Italian legal system.

In the last decade some “internal” procedural devices were introduced to reduce the workload of the Court with modest results.²⁸ The best solution to tackle this problem would be to filter access to the Court in order to reduce the number of appeals only to those having a great significance, analogous to how access to the German Supreme Court is regulated. This reform proposal is strongly opposed by the bar, on the basis that the constitutional right to review by the *Corte di cassazione* implies an unrestricted access to the courts up to the Supreme Court.

A constitutional principle of efficiency of civil procedure would allow the legislator to introduce a filter to the *Corte di cassazione*, such as to balance access to the courts with the need to concentrate resources for the Corte di cassazione to better perform its task of ensuring uniform application of the law.²⁹

IV. JUDICIAL INDEPENDENCE: INSTITUTIONAL AND PROCEDURAL DEVICES

1. Introductory Remarks

Judicial independence is a major principle of civil procedure world-

26 Cf. M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 26.

27 S. Chiarloni, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A.A.S. Zuckerman, S. Chiarloni, P. Gottwald (eds.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999, p. 263 ff., p. 267.

28 Cf. from the newest: reform of the Art. 360, n. 5 c.p.c. (L. no. 134 of 2012); Art. 360bis c.p.c. (L. no. 69 of 2009, also introducing the Sixth Section “Filter”); Art. 366bis c.p.c. (introducing in 2006 a new requirement of the application for review, the so called *quesito di diritto*, query on point of law, abolished in 2009); Art. 375, 380bis, 380ter c.p.c. (L. No. 89 of 2001, regulating an accelerated proceedings, *procedimento in camera di consiglio*).

29 Pointing in that direction cf. the results of the General Assembly of the Supreme Court, held in June 2015, suggesting to Parliament and government to amend Art. 111 Const., limiting the admissibility of appeals to the *Corte di cassazione* in civil matters to cases in which this is needed in order to formulate “legal principles of general validity”, www.cortedicassazione.it.

wide.³⁰ The Principles of Transnational Civil Procedure, as adopted by the American Law Institute and Unidroit in 2004, provide:

“The court and the judges should have judicial independence to decide the dispute according to the facts and the law, including freedom from improper internal and external influence”.³¹

Promoting judicial independence requires, of course, the complementarity and the interplay between different substantive elements: recruitment, tenures, salaries, discipline, immunity, physical security, administrative autonomy, training, and so on.³² First of all, however, judicial independence requires that certain institutional and procedural devices are adopted; that is, bodies and proceedings in charge of ensuring its realisation and able to react against violation and interference by other (public and private) entities.

In Europe, a great divide exists between legal systems in which judicial independence is ensured through a high council of the judiciary, such as in the Italian, and those in which it is not, such as in the German legal system.³³ In the last decades, the trend is towards an expansion of the high council system³⁴. The Italian High Council of the Judiciary (*Consiglio Superiore della Magistratura*, the ‘CSM’), one of the oldest councils for the judiciary in Europe (it was established by Art. 104 Const. and began functioning in 1958),³⁵ has played a leading role in this trend. It is a model for developing independent judicial councils across Europe and has taken part in “twinning projects”³⁶ that support high councils for the judiciary in

30 Cf. e.g. *S. Shetreet, J. Deschênes* (eds.), *Judicial Independence, The Contemporary Debate*, M. Nijhoff, 1985; *S.B. Burbank, B. Friedman* (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads, An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, 2002; *A. Seibert-Fohr, L.F. Müller* (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012.

31 Cf. Ali/Unidroit Principle no. 1.1. Cf. also Art. 6, para 1 European Convention of Human Rights; Art. 47 Charter of Fundamental Rights of the European Union.

32 *V.C. Jackson*, *Judicial Independence: Structure, Context, Attitude*, A. Seibert Fohr, L.F. Müller (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012, p. 19 ff.

33 Cf. European Network of Council for the Judiciary, ENCJ, www.encj.eu.

34 Cf. *B. Hess, G. Dimitropoulos* (eds.), *Judicial Reforms in Luxembourg and Europe*, Nomos, 2014.

35 In the Italian legal system, a Superior Council of the Judiciary was first established by a law of 1907, but it was merely a consultative body to the Minister of Justice, who had the ultimate say in matters of the recruitment, assignment, transfer, promotion and disciplinary measures affecting judges and prosecutors. One year later a disciplinary court was established. Cf. *R. Caponi*, *Judicial Independence in Italy – The Role of the Consiglio Superiore della Magistratura*, B. Hess, G. Dimitropoulos (eds.), *Judicial Reforms in Luxembourg and Europe*, Nomos, 2014, p. 135ff.

36 Twinning projects are one of the tools introduced by the European Union within the European Neighbourhood Policy (ENP) to strengthen relations between the European Union and its neighbours.

eastern European countries (such as Albania and Romania). Furthermore, the *Consiglio Superiore della Magistratura* played a major role in creating the European Judicial Training Network (EJTN), which was founded in 2000. It is the main association for the exchange of knowledge and competence in the field of the judiciary in Europe,³⁷ as well as the European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), established in 2004 in Rome.³⁸

2. Constitutional Framework of Judicial Independence

As to the Italian legal framework, key aspects concerning judicial independence of ordinary courts are found in the Italian Constitution of 1948.³⁹ The former basic law, the *Statuto Albertino* of 1948⁴⁰, adopted the Napoleonic pattern, with the Judiciary placed within a structure headed by the Minister of Justice.⁴¹ The Fascist regime simply reinforced the already existing structure. After World War II and the fall of the fascist regime, the Constitution assigned the courts a central role within the new democratic regime. The independence of magistrates (judges and prosecutors)⁴² was assured by the introduction of remarkable changes in the traditional organization of the judicial function.

Fundamental provisions of the Constitution on this matter are: Justice shall be “administered in the name of the people”;⁴³ judges shall be “subject only to the law”;⁴⁴ the judiciary shall act as an autonomous order, independent of any other power;⁴⁵ magistrates shall be appointed

37 Cf. www.ejtn.net. For further information, s. R. Caponi, Judicial Independence in Italy – The Role of the Consiglio Superiore della Magistratura, p. 135 ff.

38 Cf. www.encj.eu.

39 Cf. Art. 101–110, within Part II, dealing with the organisation of the Republic. Cf. M.A. Livingston, P.G. Monateri, F. Parisi, M. Cappelletti, The Italian Legal System. An Introduction, 2nd ed., Stanford University Press, 2015, p. 72 ff.; M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), Civil Justice in Italy, p. 19 ff.; O.G. Chase, E. Herschkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman (eds.), Civil Litigation in Comparative Context, Thomson West, 2007, p. 82 ff., p. 122 ff.

40 The *Statuto Albertino* was the constitution that Charles Albert of Sardinia conceded to the Kingdom of Sardinia in Italy in 1848. The Statute in 1861 became the fundamental charter of the unified Kingdom of Italy and remained in force, with amendments, until 1948.

41 Art. 68 *Statuto Albertino* stated that “justice emanates from the King and is administered by the magistrates whom he appoints”.

42 In the Italian language (and legal terminology) the term “Magistrate” is used to indicate both judges and public prosecutors.

43 Art. 101, para 1 Const.

44 Art. 101, para 2 Const.

45 Art. 104, para 1 Const. In comparison with the German legal system, it is worth mentioning that the Constitutional Court (*Corte costituzionale*), vested with the authority to act as guardian of the Constitution, is not a branch of the judiciary.

by competition,⁴⁶ performed through written and oral examinations;⁴⁷ they shall be differentiated only by the diversity of their functions;⁴⁸ as a rule, they may not be removed from office or assigned to other courts or functions.⁴⁹

3. High Council of the Judiciary at a Glance

The High Council of the Judiciary plays a key role in ensuring the independence of career magistrates in ordinary courts (judges and prosecutors). Apart from the power of initiating disciplinary proceedings, the Ministry of Justice has no decisional powers in governing the judiciary. Moreover, the Ministry has responsibility only for “the organisation and direction of all services connected with the administration of justice”, “except for matters within the competence of the High Council of the Judiciary”.⁵⁰ To put it bluntly, it is the *Consiglio Superiore della Magistratura* that is in charge of governing the judiciary and protecting judicial independence.⁵¹ The system of self governance of the judiciary also includes judicial councils (*consigli giudiziari*) sitting in the courts of appeal, which perform an advisory function in all the decisions of the CSM regarding the status of judges and prosecutors working in their respective areas of territorial competence.⁵²

4. Composition of the High Council

Two thirds of the CSM members are magistrates elected by their colleagues. One third of the members are drawn from among law professors and lawyers with at least 15 years of professional experience and are elected by the Parliament by a qualified majority, there by guaranteeing the

As to the *Bundesverfassungsgericht*, the solution in the German legal system is the opposite (Art. 92 GG). The judges of the *Corte costituzionale* are chosen by Parliament (5 judges), Head of State (5), Supreme Court (3), Council of State (1), Court of Accounts (1). Cf. M. De Cristofaro, N. Tröcker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 29 ff.

46 Art. 106, para 1 Const.

47 Law no. 48 of 2001.

48 Art. 107, para 4 Const.

49 Art. 107, para 1 Const.

50 Cf. Art. 110 Const.

51 Cf. G. Di Federico, *Judicial Independence in Italy*, A. Seibert Föhr, L.F. Müller (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012, p. 357 ff., p. 397. Di Federico's paper is a major contribution on this topic.

52 Cf. Law no. 111 of 2007.

representation of parliamentary minorities.⁵³ The CSM is presided over by the President of the Republic, who however rarely attends its meetings. The main functions of leadership, therefore, are performed by the Vice President, elected from among the members designated by the Parliament. Besides the President of the Republic, the CSM includes two other *ex officio* members: the President of the Supreme Court of Cassation and the General Prosecutor of the Supreme Court of Cassation. At present, the CSM is composed of 27 members. In addition to the three *ex officio* members, 8 members are elected by Parliament and 16 by magistrates. All 24 elected members are renewed in toto every four years and their appointment cannot be renewed in the successive four years.⁵⁴

5. Expansion of Powers of the High Council

The purpose of ensuring judicial independence has come to shape every aspect of the governance of the judiciary in Italy and promotes an impressive expansion of the tasks of the High Council of the Judiciary, beyond the wording of Art. 105 of the Italian Constitution, which entrusts the CSM with recruitments, assignments and reassignments, promotions and disciplinary measures with regards to judges and prosecutors.⁵⁵

According to *G. Di Federico*, who has extensively written on the issues of judicial independence and role of the *Consiglio Superiore della Magistratura*, there are four main areas in which the CSM's powers have expanded.⁵⁶

First, the CSM issues a set of rules to be followed by the Presidents of courts when drawing up management plans that, *inter alia*, lay down criteria for the assignment of cases to individual judges.⁵⁷

Secondly, the CSM's powers have expanded in relation to the professional training and education of magistrates. This field has always been considered by the CSM as a necessary tool to promote judicial independence. From the early 1990s, the CSM has progressively developed struc-

⁵³ Art. 104, para 4 Const.

⁵⁴ Art. 104, para 7 Const.

⁵⁵ For further remarks, cf. *R. Caponi*, Judicial Independence in Italy – The Role of the Consiglio Superiore della Magistratura, p. 135 ff.

⁵⁶ Cf. *G. Di Federico*, Judicial Independence in Italy, p. 362.

⁵⁷ Cf. *G. Di Federico*, Judicial Independence in Italy, p. 362.

tures for the planning and management of programmes of professional training and education.⁵⁸ In 2012 these educational activities came to an end, as a new Superior School of the Magistracy⁵⁹ began functioning. After an initial period of tension between the Superior School of the Magistracy and the CSM, the situation seems to be improving.

Third, the CSM may express advisory opinions to the Minister of Justice on legislative bills dealing with the administration of justice. Although the opinions are addressed to the Minister of Justice, they are in fact intended to influence parliamentarians.⁶⁰

Finally, whenever the majority of the CSM deems that criticism of the magistracy as a whole or some of its members is unjustified or offensive. The CSM formally issues an official statement of reprimand as a means of protecting the independence of the judiciary and of its individual members.⁶¹

6. Judicial Independence v. Efficiency of Judicial System in Italy?

a) Introductory Remarks

Turning to the relationships between efficiency and judicial independence, one immediately meets with strong views in the Italian scholarship. As G. Di Federico put it:

“The role of the [*Consiglio superiore della Magistratura*] and the developments of judicial governance in Italy seem fully to validate the worries frequently expressed in several countries with regard to the actual functioning of national judicial councils composed of a majority of magistrates, namely that the value of independence be used as a means to pursue the corporate interest of magistrates to the detriment of an effective balance between the values of independence and accountability, a balance which is necessary for the proper and efficient functioning of the judicial system”.⁶²

⁵⁸ Cf. G. Di Federico, Judicial Independence in Italy, p. 363.

⁵⁹ Decreto legislativo no. 26 of 2006.

⁶⁰ Cf. G. Di Federico, Judicial Independence in Italy, p. 364.

⁶¹ Cf. G. Di Federico, Judicial Independence in Italy, p. 365.

⁶² Cf. G. Di Federico, Judicial Independence in Italy, p. 397.

After reading Di Federico's statement, it is worth asking: (a) whether the current poor performance of the Italian civil justice is really due, in a significant way, to the lack of substantial control over the professional performance and diligence of Italian magistrates;⁶³ (b) whether the real causes of the excessive duration of civil proceedings in Italy have finally been discovered; (c) whether the strong protection of judicial independence in Italy has played a major role in causing the inefficiency of the judicial system.

b) Empirical Assessment: The use of Indicators

It has become a commonplace that the Italian system of civil justice is inefficient, because of the huge backlog of cases and the delay of ordinary civil proceedings.⁶⁴

To assess the current state of affairs in Italy one has to use some indicators concerning the flow of proceedings, clearance rates, disposition time, number of judges, number of lawyers, litigation rate, and so on. One should be well aware that using indicators (ingeneral and, inparticular, ina comparative perspective) is somewhat a risky business, as the researcher (especially the scholar in civil procedure working, so to speak, in a stand-alone position) has no control over its methodological premises. However, one has somehow to step in, as the use of indicators for evaluating and comparing the performance of national judicial systems in a crosscountry perspective has spread at a remarkable pace since the beginning of the XXist century and is becoming a powerful tool of global and European governance.⁶⁵

c) The EU Justice Scoreboard

As an example of this approach, consider the EU Justice Score-

63 Cf. also *S. Chiarloni*, Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective, p. 277: "The fact that judges are civil servants employed by the State had given rise in the past to certain problems typical of a bureaucracy lacking a tradition of excellence and hard work".

64 For the Italian reader: "ordinary proceedings" refers to all proceedings encompassing a *cognizione piena*, a plenary assessment on the issues of fact and law of the dispute.

65 For further remarks on this point, s. R. *Caponi*, Doing business come scopo del processo civile?, *Foro Italiano*, 2015, V, c. 10 ff.; K.E. *Davis*, A. *Fisher*, B. *Kingsbury*, S.E. *Merry*, Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings, Oxford, OUP, 2012; S.E. *Merry*, The Quiet Power of Indicators. Measuring Development Corruption and the Rule of Law, Cambridge Univ. Press, 2015; R. *Rottenburg*, The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification, Cambridge Univ. Press, 2015.

board, published yearly (since 2013) by the European Commission.⁶⁶ According to its presentation, “the EU Justice Scoreboard is an information tool aiming to assist the EU and Member States to achieve more effective justice by providing objective, reliable and comparable data on the quality, independence and efficiency of justice systems in all Member States”. As to the efficiency of the justice systems, the EU Justice Scoreboard uses a number of indicators: the length of proceedings, the clearance rate and the number of pending cases. The length of proceedings expresses the time (in days) taken by the court to reach a decision at first instance in ordinary proceedings. According to the European Commission, “the efficiency of a judicial system should already be reflected at first instance, as the first instance is an obligatory step for everyone going to court”. By saying that the EU Justice Scoreboard is not right as far as civil procedure in Italy is concerned. Ordinary proceedings are not the key instrument for ensuring judicial protection of rights in Italy any longer. In fact, over the last decades, they are becoming less and less important, even residual, to that end.

In order to take a correct view of the real state of affairs in Italy, one should take into consideration a large number of “special” proceedings (to use the Italian procedural jargon), which normally enable claimants to obtain effective and efficient judicial protection of rights in a wide range of situations. As of 2013, the number of cases brought to court by way of special proceedings (especially payment orders and provisional measures) was substantially higher than the number of ordinary proceedings.⁶⁷

At the stage, it is worth taking stock of a few statistical data concerning the number of judges, the number of civil cases in the courts of first and second instance, the numbers of lawyers, and the litigation rates in Italy, expanding the data base of the EU Justice scoreboard, if necessary.

⁶⁶ The Scoreboard uses different sources of information. Most of the quantitative data are currently provided by the CEPEJ, Report on European Judicial Systems, but the EU Commission draws upon additional sources of information, e.g., Eurostat, World Bank, World Economic Forum, and the European judicial networks.

⁶⁷ *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15; R. Caponi, A Masterpiece at a Glance; Piero Calamandrei, Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari, in L. Cadet, B. Hess, M. Requejo Isidro (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Nomos, 2015, p. 373–380.

d) Number of Judges

The number of career magistrates, as fixed by statute⁶⁸, amounts to 10,151: 6,379 judges, 2,157 prosecutors (among them, 150 are on temporary leave of absence to perform other duties, e.g. at the Ministry of Justice, and 354 are trainees). There are about 2,765 career judges dealing at first and second instance with civil cases.⁶⁹

In addition to career magistrates, there is an even higher number of honorary magistrates.⁷⁰ They have a legal education (mostly, they are practitioners) and are managed by the CSM, but their status and remuneration is quite different from that of career magistrates.⁷¹ There are several types of honorary judges; among who are those dealing more intensively with civil cases including 1,880 justices of the peace, *giudici di pace*, (who also deal with small minor criminal offences),⁷² 2,156 honorary judges in the courts of general jurisdiction (*tribunali*), 117 honorary judges in the courts of appeal, 1,096 honorary judges in the juvenile courts.⁷³

e) Number of Proceedings (Clearance Rate, Disposition Time)

It is worth relating the number of judges dealing exclusively or mainly with civil cases (2,765 career judges, 1,880 justices of the peace, 2,156 honorary judges in the *tribunali*, and 117 honorary judges in the courts of appeal) to the number of civil cases before the courts of first and second instance. The term “civil cases” refers to all ordinary proceedings (also dealing with labour related disputes, family matters, bankruptcy and insolvency, at first and second instance), summary proceedings (mainly

⁶⁸ Currently, Law no. 181 of 2008.

⁶⁹ This number emerges a survey conducted in 2014 by the High Council of the Judiciary, available online at www.csm.it. In reality, the number of career judges will be a little higher, as a few courts did not answer the questionnaire sent around by the CSM.

⁷⁰ Art. 106, para 2 and 116 Const.

⁷¹ The trend towards the deployment of an increasing number of honorary judges is grounded in the need to reduce the costs of the administration of justice, but the differences of status and pay between honorary and career judges has caused tensions that need to be tackled by the lawgiver (s. the draft law no. 1738 of 2015, currently pending in Parliament). Historical statistics, concerning the first decades of the XXth century, show that the Italian justice system performed far better than today, when honorary judges were assigned the most of civil disputes. Cf. *A. Proto Pisani*, *Che fare della Magistratura onoraria?*, *Foro Italiano*, 2015, V, c. 364.

⁷² For this number of currently working justices of the peace, s. *Ministero della giustizia*, *Piano della performance 2015–2017*, p. 11.

⁷³ These data are available online at www.csm.it.

is suing payment orders and provisional measures), and enforcement proceedings, unless otherwise indicated.⁷⁴

It is illuminating to examine the statistical data from 2013, provided by the Italian Ministry of Justice.⁷⁵

Concerning the justices of the peace, there were some 1,372,421 new cases, 1,415,020 resolved cases, and 1,296,075 pending cases at the end of 2013. Accordingly, the clearance rate amounted to 103, such that the backlog of cases is decreasing. The average disposition time amounted to 334 days. The justices of the peace resolved on average, circa 752 cases per capita (1,415,020 divided by 1,880), without distinguishing between ordinary proceedings and special proceedings (mainly payment orders).

In the ordinary courts of general jurisdiction (*tribunali*), there were 2,813,068 new lodgements, 2,899,247 resolved cases, and 3,265,875 pending cases at the end of 2013. Accordingly, the clearance rate amounted to 103. The average disposition time taking into account only the bulk of ordinary proceedings (ordinary proceedings, proceedings regarding labour disputes, and proceedings regarding social security benefits) amounted to 923 days (1,837,540 pending cases at the end of 2013, divided by 726,638 resolved cases, and the result multiplied by 365).⁷⁶

In the courts of appeal, there were 123,241 new cases, 164,577 resolved cases, and 397,536 pending cases at the end of 2013. Accordingly, the clearance rate amounted to 133, such that the backlog of cases in the courts of appeal is substantially decreasing.⁷⁷ The average disposition time amounted to 881 days.

f) Ratio Judges/Resolved Cases

Career judges as well as lay judges in the *tribunali* and in the courts

⁷⁴ For detailed statistics concerning the different types of proceedings, s. *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15.

⁷⁵ Cf. *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15.

⁷⁶ For these more detailed data on ordinary proceedings, s. *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15.

⁷⁷ This clearance rate is certainly above average and may be at least partially due to the introduction in 2012 of a summary proceedings leading to the reject of appeal if there is no “reasonable prospect of success” (new Art. 348–bis c.p.c., introduced by the law no. 134 of 2012). On this aspect, s. R. *Caponi*, Italian Civil Justice System: Most Significant Innovations in the Last Years (2009–2012), in O.G. Chase, E. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman (eds.), *Civil Litigation Comparative Context*, Thomson West, Supplement 2012, www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_074529.pdf, p.136ff, p.137ff.

of appeals (2,765 career judges, 2,156 honorary judges in the *tribunali*, 117 honorary judges in the courts of appeal) disposed of an average of 176 ordinary proceedings per capita in 2013 (726,638 resolved cases in the *tribunali*, 164,577 resolved cases in the courts of appeal).⁷⁸ To this number one should add, as far as the *tribunali* are concerned: bankruptcy proceedings, proceedings in family matters, executory proceedings, special proceedings (mainly payment orders and provisional measures).

g) Backlog of Cases

Finally, examining all adjudicating bodies (justices of the peace, *tribunali*, courts of appeal, *Corte di cassazione*) as well as all civil cases, there were some 4,388,591 new proceedings initiated, 4,569,332 resolved cases, and 5,155,010 pending cases at the end of 2013 (with a 4 % decrease of backlogs, compared to 2012). The number of pending cases at the end of year has been steadily decreasing in the last 4 years, with an average decrease of some 5 % per year. Of course, strictly speaking not all pending cases are delayed, because one has to subtract from the amount pending cases those whose duration is no longer than the “reasonable” length.⁷⁹

h) Interim Findings

In the light of these statistics, it is submitted that *Di Federico*’s criticism is excessive, as far as the average performance of Italian judges is concerned. This does not seem to play a key role in causing the unreasonable length of ordinary civil proceedings. This finding is confirmed by the 2015 EU Justice Scoreboard (source CEPEJ Report), where one can find that the Italian rate of resolving litigious civil and commercial cases at first instance (clearance rate) is the second best in Europe (after Luxembourg).⁸⁰

⁷⁸ As to the cases resolved/judges’ ratio I could not distinguish between courts in first and second instance, because I had at my disposal only the aggregate number of 2,765 career judges dealing with civil cases in the *tribunali* and *corti di appello*.

⁷⁹ The problem of assessing the reasonable length of plenary civil proceedings in Italy cannot be addressed here. At any rate, the level of delay has become clearly unreasonable in many cases in Italy, giving rise to many complaints to the European Court of Human Rights for violation of Art. 6, para 1 ECHR. To curb the number of complaints to the European Court, a law was passed in 2001 (law no. 89 of 2001) and amended in 2012 and 2013. It entitles those who suffered damages from the undue delay of proceedings to claim for money compensation. It should be kept in mind that the compensation may be claimed only when the duration of proceedings is over three years (in first instance).

⁸⁰ Cf. 2015 EU Justice Scoreboard, p. 10, figure no. 8, where one can find the clearance rates of 2010, 2012, 2013. The extraordinary good performance in 2012 can however be explained rather by a significant decrease in the number of

i) Litigation Rate

In order to further inquire into the reasons for the unreasonable length of ordinary civil proceedings in Italy, it is worth recalling that the number of first instance incoming litigious cases per 100,000 inhabitants amounted to 2,613 in 2012.⁸¹ That is a litigation rate higher than in Germany (1,961), UK (1,859) and Austria (1,235), lower than in Spain (3,828) and Greece (5,834, which is extraordinarily high compared to all others European countries), and similar to France (2,575). The Italian litigation rate, compared to that of similarly positioned European countries, is half as high.⁸²

This finding as to Italy might be rather a consequence than a cause of the undue delay of civil proceedings, as debtors who are unwilling to fulfil their obligations can to some extent rely on the duration of proceedings and are comfortable with facing lawsuits.⁸³

j) Lawyers

As the litigation rate is not particularly high in Italy, one has to downgrade a little the role of the high number of lawyers as a key component in the inefficiency of civil proceedings. Of course, this is not to say that the number of lawyers is insignificant in this context. Although a selfregulated body, the legal profession has not been very successful in controlling admissions. As of 2012, Italy has the third highest number of lawyers among the countries of the Council of Europe: 226,222, that amounts to circa 379 per 100,000 inhabitants⁸⁴ (in Germany they are 200 per 100,000 inhabitants, in France 85, in Greece 380, in Spain 285, in

incoming cases, particularly in the years 2010 and 2011, due both to the increase of court taxes that litigants are required to pay to initiate the proceedings, and the Italian Mediation Act 2010 (decreto legislativo no. 28 of 2010), which provides that mediation has compulsory to be sought prior to the commencement of proceedings in a significant number of disputes. For further remarks on this point, s. R. *Caponi*, Italian Civil Justice System: Most Significant Innovations in the Last Years (2009– 2012), in: O.G. Chase, E. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman (eds.), 2012, p. 137 ff.; G. *Pailli*, N. *Trocker*, Italy's New Law on Mediation in Civil and Commercial Matters, ZZPInt, 18 (2013), p. 75ff.

81 Cf. *CEPEJ*, Report on European Judicial Systems, p. 202, table 9.4.

82 For an inquiry into the causes of litigation in Italy, dating back to the 1990's but still useful, s. J. *Pellegrini*, La litigiosità in Italia, Giuffrè, 1997.

83 On this point s. D. *Marchesi*, Litiganti, avvocati e magistratura, Il Mulino, 2003, p. 71 ff.: “pathological component of civil justice demand”.

84 *CEPEJ*, Report on European Judicial Systems, p. 377, table 12.1. The highest number of lawyers is in Luxembourg; the second highest is in Greece.

Austria 93). Apart from a lucky minority of specialists in such fields as business law and administrative law, most lawyers must make what income they can out of handling large numbers of cases in low value fields, such as car accidents, credit recovery and labour cases.⁸⁵

As *Trocker* put it:

“The pursuit of sources of income contributes to the judicial burden, favours futile controversies and makes lawyers turn into a stimulus to litigation instead of a restraint over it”.⁸⁶

The work practices of law firms enable lawyers to handle such a large numbers of cases.

As *Chiarloni* put it:

“In such hierarchically structured firms, a chief with managerial and representative functions supervises the work of a large number of employees. The lower level employees are often beginners, employed at the level that their talents allow. Some apprentices carry out jurisprudential and doctrinal research, others carry papers to and from the court. The present slow procedures allow practitioners to manage an increasing caseload while keeping the same number of employees. Most work can be performed in the office. Thanks to postponements, work can be scheduled in order to allow the most cost effective employment of staff”.⁸⁷

k) Structure of Proceedings

The work practices described by Chiarloni are also adopted by medium and small sized law firms, which make up the bulk of the legal profession in Italy. The reference made to “postponements” synchronises work practices with the structure of ordinary civil proceedings.⁸⁸ The civil procedure of Italy, as well as those of other countries belonging to the

85 *M. De Cristofaro, N. Trocker* (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 49.

86 *M. De Cristofaro, N. Trocker* (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 49.

87 Cf. *S. Chiarloni*, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, p. 267.

88 Cf. *R. Caponi*, *Zur Struktur des italienischen Zivilprozesses*, *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2014, p. 1455 ff.

Romance legal family (such as France, South American countries and, until the new code of civil procedure of 2000, Spain) originates from the Italian canonical procedure. Based on this model, a procedural model with three different stages has developed: the written introductory phase (made up of the statement of claim, defendant's response, and the exchange of a number of briefs between the parties); the fact finding phase (made up of the taking of evidence by the instructing judge); and the final decision phase, where the decision on the dispute is to be issued by the instructing judge (or a judicial panel in certain cases)⁸⁹, after the parties have been given the opportunity to exchange their final briefs. The fact finding phase often requires several hearings for the evidence to be compiled. This model is characterized by a sequence of hearings and not by a concentrated main hearing, such as in Germany, England and (after the new Code of Civil Procedure, enacted in 2000) in Spain.⁹⁰

This structure of proceedings not only enables law firms to organise their work for a significant amount of pending cases, but also makes it possible for most judges to handle their heavy workload. In these conditions, they are more comfortable with a number of hearings (where very little advances), postponements centred on a mostly written handling of the case by the parties, and a final examination of written submissions by the judge, rather than with proceedings centred on a labour intense main hearing.

In conclusion, the current structure of ordinary proceedings coincides with the interests of law firms and the bureaucratic spirit of many judges rather than with the public interest in the timely administration of justice.

1) Backlog as a Leading Cause of Undue Delay

The preceding remarks make it possible to claim that the huge workload (and backlog) of the courts plays the leading role in determining the undue delay of ordinary civil proceedings and making it difficult to implement procedural reforms aiming to change the structure of proceeding and introducing a proceeding centred on a main hearing.

⁸⁹ For these cases, s. Art. 50–bis c.p.c.

⁹⁰ For this comparison, s. R. *Stürner*, *The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, *RabelsZ*, 69 (2005), p. 201 ff., p. 223.

Against this background one can scrutinise the two competing narratives in western countries concerning the civil justice: that there is not enough access to justice and that there is too much litigation.⁹¹ However, it would not be fair to say that there is “too much” litigation in Italy (and possibly in any other jurisdiction) just as it would not be fair to say that there are too many sick people or too many people who want to make use of public transport. Rather, there are only governments which are unable to place courts, hospitals, and public transport companies in a condition to perform their duties and to cope with their caseloads, patients and passengers. To eliminate the imbalances between the supply of and demand for public services, governments can both increase supply, if there are resources to do so, and they can from a longterm perspective adopt measures in order to mitigate the human, cultural, social and economic conditions that increase litigation before the courts, illness and so on. This is for the politics to decide. Indeed:

“The inability of the politics to remedy the intolerable inefficiency of the justice system has been one of the most discouraging aspects of Italy’s recent history”.⁹²

The huge workload of courts is primarily due to the fact that for decades the ratio of the number of judges to the number of civil cases to be decided has been unfavourable. There are too few judges in relation to the disputes to be resolved. The number of career judges per 100,000 inhabitants in Italy is lower than that of the most European countries (Italy 10.6; Germany 24; France, 10.7; Spain 11.2; Austria 18.3; Greece 23.3).⁹³ The ratio of honorary judges to 100,000 inhabitants is even more unfavourable (Italy 5.5; Germany 122.3; France 38.0; Spain, 16.7; Austria N/A, Greece N/A). Low number of judges and relative high litigation rate, half that of comparators, creates the huge workload of courts. The indifference and the inability of politicians to tackle this problem in a timely manner has contributed to the increase of the backlog of cases pending before the courts. As of 2013, the number of pending cases

⁹¹ Cf. *H. Genn*, *Judging Civil Justice*, Cambridge Univ. Press, 2010, p. 78.

⁹² Cf. *P. Ginsborg*, *L'Italia del tempo presente. Famiglia società civile stato: 1980 – 1996*, Torino, Einaudi, 1998, p. 435 ff., p. 562 f.; *S. Chiaroni*, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, p. 401 ff.

⁹³ *CEPEJ*, *Report on European Judicial Systems*, p. 155, table 7.1.

before the courts of first instance amounted to 1,296,075, before the Justice of the Peace and 3,265,875 before the tribunali.⁹⁴

m) Heads of Court and Managerial Skills

The managerial skills needed to lead the courts also are of concern in this context. Heads of courts are appointed by the High Council of the Judiciary often without paying enough attention to their managerial skills. This problem is linked to the composition of the *Consiglio Superiore della Magistratura*.

As to the elections of career magistrates to the CSM (who make up two thirds of the Council), a major problem is that the electoral system is not able to avoid the influence of various factions at the Magistracy who influence the list of candidates and the activities of the magistrates once elected as CSM members. As a consequence, a number of CSM decisions on the status of magistrates are challenged by magistrates before the administrative courts. The relatively high number of appeals might correspond to a widespread sense among magistrates that the decisions of the CSM are not always based on merit but may be influenced by the role played by CMS members, representing particular factions, in support of magistrates of the same faction.⁹⁵

n) Professional Evaluations of Magistrates: Open Issues

As to the professional evaluations and promotions of magistrates, until the mid 1960s career advancement in the judiciary was based on evaluations by senior judges, who were expected to evaluate the written judicial opinions of their younger colleagues. Following a number of statutes enacted between 1966 and 1979, this system has undergone a radical change. As a consequence, promotions have been based largely on seniority of service. Promotion to a higher position means the judge is entitled but not obliged to perform the higher level functions. Therefore, a judge may gain the status and the salary of an appellate court judge, but is permitted to continue and serve as a judge of first instance if he or she so wishes. As a consequence, a couple of thousand judges enjoy the

⁹⁴ Cf. *Ministero della giustizia*, Piano della performance 2015–2017, p. 15.

⁹⁵ Cf. G. Di Federico, Judicial Independence in Italy, p. 361.

status and the salary of judges of *Cassazione*. These changes have certainly fostered the independence of judges. On the other hand, it has been acknowledged that the peculiar relationship which over the past 40 years or so has been created between promotion, professional evaluation and career is unsatisfactory. In fact, it is quite uncommon for a judge not to be promoted or to be dismissed from office for inability or incompetence prior to the age of mandatory retirement.

Professional evaluations and promotions are now regulated by a new law.⁹⁶ Magistrates are evaluated several times in the course of their career with reference to four aspects of their performance: capacity, productivity, diligence, and motivation. The new law is aimed at making the conditions of professional evaluations and promotions more stringent. An analysis of the decisions of the CSM under the new regulation shows that all the magistrates that were evaluated were regularly promoted.⁹⁷

Fixing performance targets is an open issue also in Italy.⁹⁸

V. COURT SPECIALIZATION

1. Review of Administrative Action: A Glimpse of Legal History

The attitude of the Italian legal system to court specialization is rather complex and ambiguous. It cannot be explained without remarking on the history concerning the judicial protection of individuals against the action of the public administration, as this was the first way the question of court specialization emerged after the unification of Italy in 1861.

An attempt to concentrate the review of administrative action before ordinary courts had been enacted by law no. 2248 of 1865,⁹⁹ but in the subsequent decades it turned out to be incapable of ensuring judicial protection in some major situations. As a consequence, a new (fourth) section was added in 1889 to the Council of State (*Consiglio di Stato*),¹⁰⁰ with

⁹⁶ Decreto legislativo no. 160/2006.

⁹⁷ Cf. G. Di Federico, *Judicial Independence in Italy*, p. 374.

⁹⁸ Cf. R. Fuzio, *La misura del lavoro del magistrato tra standard e carichi esigibili – Problema nuovo? A che punto siamo* (Nota a Consiglio sup. magistratura, 23 settembre 2015 e Consiglio sup. magistratura, 23 luglio 2014), *Foro Italiano*, 2016, III, p. 58.

⁹⁹ Cf. Law 20 March 1865, no. 2248, Attachment E, *Abolizione del contenzioso amministrativo*.

¹⁰⁰ Based on the French model of the Conseil d'État, the *Consiglio di Stato* is the main legal and administrative advisory body to the government administration.

the task of adjudicating on challenges of acts of the public administration filed by individuals or legal persons pleading a violation of “interests”. That move laid the foundation of a dual system of judicial review of the administrative action: ordinary civil courts had jurisdiction over violation of “subjective rights” (*diritti soggettivi*), while administrative courts had jurisdiction over violation of “legitimate interests” (*interessi legittimi*).

2. Ordinary Courts and “Special” Courts: Constitutional Framework

In the course of the preparatory works for the Constitution (1946–1947), the idea of establishing a single ordinary court system was taken into consideration,¹⁰¹ by abolishing the administrative courts’ jurisdiction to adjudicate and devolving challenges to the acts of the public administration to the ordinary courts. This reform proposal was strongly supported by Piero Calamandrei, who a quarter of a century before had published “*La Cassazione civile*” (1920), where he had made a strong point about the Supreme Court as a fundamental adjudicating body committed to ensure the uniform application of law.

In the end the proposal did not gain the approval by the Constituent Assembly, but the contrasting opinions had an impact on the text of the Constitution, causing, in truth, inconsistencies in its text. The Constitution declares that (a) the judicial function must be exercised exclusively by ordinary judges appointed and governed by the rules of judicial organisation (*ordinamento giudiziario*); whereas (b) extraordinary or specialized (“special” in the Italian terminology) courts shall not be established, while the need to set up specialized adjudicating bodies shall be satisfied only by establishing specialized sections for specific subject matter within ordinary courts, wherein qualified citizen not belonging to the judiciary may participate (layjudges).¹⁰²

If one read no further one could argue convincingly that the Italian constitution provides for a single ordinary court system, but the subsequent Art. 103, para no. 1 Const. belies this picture, giving the Council of State and other organs of administrative justice jurisdiction to protect legitimate interests and, in specific matters indicated by law, subjective

¹⁰¹ For references on this point, s. P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16.

¹⁰² Art. 102 Const.

rights against the public administration.¹⁰³ Moreover, the sixth transitional provision of the Constitution required that within five years special jurisdictional bodies still existing at the time of entering into force of the Constitution shall be reformed in accordance with the Constitution.¹⁰⁴

3. The Current Situation

As a consequence of this perplexing approach, the Italian judicial system retains the distinction between ordinary and specialized courts, although specialised courts are not formally differentiated like, for example, in the German legal system (in particular, labour and social welfare disputes are brought before the ordinary courts). Currently, ordinary courts (*Giudice di pace* and *Tribunale* at first instance, *Corte di appello* at second instance; *Corte di Cassazione* as Supreme Court) administer justice in civil and criminal matters, other than those for which the Constitution¹⁰⁵ or statutory regulations¹⁰⁶ require a specialized court.

Among the specialized courts, the administrative courts are the most important.¹⁰⁷ Since 1971, they also have become more differentiated by way of the establishment of the *Tribunali amministrativi regionali*. In the last decades, the grey area linked to the distinction between rights and legitimate interests has encouraged the legislator to vest “exclusive” (i.e. irrespective of this distinction) subject matter jurisdiction in single administrative matters in the administrative courts in an increasing number of cases.¹⁰⁸ This trend is very questionable in terms of its

103 Moreover, “judicial protection of rights and legitimate interests against acts of the public administration must always be admitted before the courts of ordinary or administrative jurisdiction. Such judicial protection cannot be abolished or limited to specified categories of acts or to particular means of challenging” (Art. 113 Const.).

104 In this way, for example, tax courts (*commissioni tributarie*) still exist today. Cf. Decreto legislativo no. 54 of 1992. Besides the tax courts, further specialized courts render justice in military matters, and other minor matters.

105 Cf. the already mentioned Art. 103 Const.

106 Cf. the already mentioned Transitional and Final Provision of the Constitution, no. V.

107 To complete the picture of special courts, the Constitution provides for the Court of Accounts (*Corte dei conti*) both as a body in charge of the preventive checking of the legality of government acts and *ex post* auditing of the management of the State budget, and, as an adjudicating body, vested with jurisdiction “over matters of public accounting and such other questions as are specified by law”. Art. 103, para 2 Const. Art. 11 of the Law no. 15 of 2009 has redesigned the government body of the Court – the so called *Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti* – placing on an equal footing the judicial and the lay (appointed by the Parliament) components of the body. For further analysis of the role played by the *Corte dei Conti*, s. M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 28 f.

108 For the listing of these matters, see Art. 133 Code of Administrative Judicial Proceedings (D. Lgs. No. 104 of 2010). O.G. Chase, E. Herschkeff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman (eds.), *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, 2007, p. 123 f.; M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 27.

compliance with the Constitution,¹⁰⁹ because the above mentioned Art. 103, para no. 1 Const. states that the Council of State and other organs of administrative justice have jurisdiction to protect subjective rights against the public administration, only “in specific matters” indicated by law. Examining the matters devoted to the administrative courts’ “exclusive” subject matter jurisdiction, which are today listed in Art. 133 Code of Administrative Judicial Proceedings, they are anything but specific: disputes about agreements between citizens and public administration amending or replacing administrative measures, the right of access to administrative documents, breach of the duty of transparency, granting of the use of public goods, public services, procurement, urban planning and construction policy, challenging the rulings of independent agencies, and so on.

Moreover, this trend broadens the scope of the administrative courts’ subject matter jurisdiction, which aggravates the existing problems regarding the composition of the Council of State, as its members normally act also as consultants of the public administration and hold important positions in ministries, such as heads of legislative offices, heads of the ministerial staff, and so on. Italian narratives directed to a foreign readership¹¹⁰ point out that in Italy “as a result of a well known historical development, administrative courts have affirmed themselves as truly independent bodies, end owed with real courts’ prestige and maintaining fundamental standards of procedural fairness”¹¹¹. This may well be true, although it is somewhat a mystery how the dual role of the Council of State’s members (as both consultants of the government and judges in the disputes between citizens and public administration) is to be reconciled with the requirement of independence. We might recall that legal provisions and bodies in charge of ensuring judicial independence differ greatly in the Italian legal system between ordinary and specialized courts, as the independence of the former is ensured by the High Council of the Judiciary (*Consiglio Superiore della Magistratura*), while the independence of the latter is regulated by different statutory provisions.¹¹²

109 Certain legal provisions belonging to this trend were indeed invalidated by the Constitutional Court no. 204 of 2004, although its overall reasoning is quite unsatisfactory.

110 Cf. M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 19.

111 Now codified by the Decreto legislativo, 2 July 2010, no. 104, Code of Administrative Judicial Proceedings.

112 Cf. Art. 108, para 2 Const. As to this kind of statutory provisions, consider for example Law no. 186 of 1982.

In the current scholarly discussion in Italy the proposal to establish a single ordinary courts system is once again gaining traction.¹¹³

Turning to the relationship between court specialization and efficiency, attention should be drawn to the specialized sections of ordinary courts. As the Constitution of 1948 banned the creation of new special courts, the need for a degree of expertise in certain matters ought to be satisfied by the establishment of specialized sections within the ordinary courts (e.g., specialized agricultural sections, juvenile courts).¹¹⁴

A new turn in the history of specialized courts is the establishment of “enterprises” courts in 2012, but an indepth analysis of this novelty should remain for another day.¹¹⁵

113 Cf., among others, *A. Proto Pisani*, L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione, in *Questione giustizia*, 2015, p. 149ff.

114 *M. De Cristofaro, N. Trocker* (eds.), *Civil Justice in Italy*, p. 40.

115 Cf. Law no. 27 of 2012. Cf. *P. Comoglio*, Il giudice specializzato in materia di impresa.

The Right to an Effective Enforcement and State Responsibilities (including Transnational Aspects)* GREECE

Prof. Dra. Elina N. Moustaira
Universität Athen, Juristische Fakultät

GENERAL COMMENTS

Enforcement of judgments is conceived as one of the 3 aspects of the legal protection that is guaranteed by the article 20 of the Greek Constitution/1975¹.

Therefore, the claim to enforcement is the claim that the creditor has against the state, based on his enforcement title, for the realization of the necessary means of enforcement. Accordingly, there is the obligation of the state to proceed by its organs/agents to the acts of the enforcement². This public law claim is not the same with the claim that is being enforced. The latter is usually based on private law. Therefore, the enforcement officers may never examine, neither at the beginning nor during the enforcement procedure, whether the enforced claim does exist and for that reason stay the enforcement procedure. This control is only possible after a caveat is filed by the debtor (article 933 par. 1 Code of Civil Procedure). If no caveat is filed, the individual acts of the

* This text was my (national) report on the subject of the title, at the Annual Conference of International Association of Procedural Law, 2014, 1-4 October, Seoul, Korea. It was published, as my contribution, in: *Festschrift für Professor N.K. Klamaris – II Sakkoulas Publications*, Athens – Thessaloniki 2016, pp. 517 ff.

¹ *G. Mitsopoulos*, The influence of the Constitution on the Civil Jurisdiction [in Greek], in: *The influence of the Constitution of 1975 on the Private and the Public Law*, Athens 1976, 55. A different issue is whether the right to enforcement is guaranteed when the enforcement title is a notary document (art. 904 par. 2 Code of Civil Procedure). *N. Klamaris*, *The right to judicial protection according to article 20 par. 1 of the Constitution [in Greek]*, Athens-Komotini 1989, 172, denies it.

² Areios Pagos (Plenary), judgments 19/2001 and 21/2001.

enforcement already realized, are considered as procedurally valid (article 159 Code of Civil Procedure)³.

However, the constitutionally guaranteed claim to enforcement presupposes the state intervention in the private sphere of the debtor, especially in his constitutionally guaranteed rights.

SOME SPECIFIC ISSUES OF THE ENFORCEMENT PROCEDURE

The judgment does not become enforceable until the time period for an appeal has expired without an appeal being lodged, or, if an appeal is lodged, until judgment has been given on the appeal. The creditor may obtain provisional enforcement of the judgment, bearing the risk to have to repay amounts paid to him or to make compensation for losses suffered by the debtor as a consequence of enforcement, if the judgment is later overturned on appeal⁴.

Provisional enforcement is obligatory for some judgments (art. 910 Code of Civil Procedure), while others may never be declared provisionally enforceable. It is in the discretion of the court to permit provisional enforcement on the application of the judgment creditor (art. 908 Code of Civil Procedure), if it considers that there are special reasons to justify it⁵, or if delayed enforcement could cause harm to the creditor. The court will not declare a judgment provisionally enforceable if that could cause irreparable harm to the judgment debtor. According to the article 911 Code of Civil Procedure, if the judgment debtor requests it, provisional enforcement may be made dependent on the provision of security by the judgment creditor. The judgment debtor can lodge adequate security himself and thus prevent provisional enforcement, in case he applies to have a default judgment set aside or in case he lodges an appeal within the time-limits prescribed by the law⁶.

3 P. Gesion-Faltsi, Protection against the abusive enforcement: Principle of proportionality or application of the article 281 of the Civil Code? [in Greek], in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 125, 128.

4 E.N. Moustaira, Greece, in: Enforcement of judgments (co-ordinator: W. Kennett), *European Review of Private Law* 1997, 321-428 (331).

5 For example: the judgment was based on the fact that the debtor recognized the claim as valid, or on a public or recognized private document, or concerns maintenance, copyright, tort, labour disputes, commercial disputes, choses in action, etc.

6 E.N. Moustaira, Greece, in: Enforcement of judgments (co-ordinator: W. Kennett), *European Review of Private Law* 1997, 321-428 (333).

Enforcement is only possible when the enforceable title has been served on the defendant – and/or third party (articles 926 I, 924 Code of Civil Procedure).

Judgment debtors should not be unnecessarily threatened by enforcement at times set aside for sleep or specific reasons, as religious worship. Nevertheless, special permission may be obtained from the enforcement court for enforcement to take place outside normal hours (article 32 V Law 434/1976, article 34 Law 2010/1972, articles 929 III and 125 II Code of Civil Procedure)⁷.

Search and seizure: Greek law protects the right to privacy and does not permit house search, except in accordance with the law and in the presence of representatives of the judiciary (article 9 Constitution).

If the bailiff has to force access, either because the debtor refuses permission or because the debtor or a representative of his is not present, the bailiff must engage the offices of one additional bailiff or two adult witnesses (article 930 II Code of Civil Procedure). In case there is a real threat of violence, the bailiff may call on the assistance of the *force publique* (article 292 II Code of Civil Procedure and article 25 Decree law 1210/1972).

THE CONSTITUTIONAL BASES OF THE ENFORCEMENT TRIALS

The enforcement itself, for the satisfaction of monetary claims, using the seizure and the public auction of all debtor's assets, is in conflict with the individual right of property (article 17 Constitution).

When the seizure of movable assets (articles 953 ff Code of Civil Procedure) or the enforcement of judgment ordering the rendering of movable objects (articles 941, 942 Code of Civil Procedure), requires search in the debtor's (article 929 Code of Civil Procedure) or a third person's domicile (article 982 Code of Civil Procedure), protection of domicile's refuge (article 9 Constitution) is stepping back. In case body search of the debtor's is permitted, in order to discover money or other precious objects that could be seized (article 929 par. 1 Code of Civil Procedure), then there is an issue of human value's offence (article 2 par. 1 Constitu-

⁷ E.N. Moustaira, *Greece*, in: Enforcement of judgments (co-ordinator: W. Kennett), *European Review of Private Law* 1997, 321-428 (356).

tion) as well as of violating the prohibition of offending human dignity (article 7 par. 2 Constitution).

Furthermore, while protection of the debtor by establishing a list of objects that cannot be seized (articles 953 pars. 3-5, 982 par. 2 Code of Civil Procedure), until fairly recently was connected to the idea of humanism, contemporary procedural theory consecrates it as an institution constitutionally guaranteed. According to the principle of respect to human value (article 2 par. 1 Constitution), the institution of objects that cannot be seized must guarantee the minimum necessary for the debtor's life. This guarantee is also derived by the social rights in a State, as for example the social right to health's protection (article 21 par. 3 Constitution). Furthermore, defining objects that cannot be seized also protects the debtor's family, according to the constitutionally guaranteed social right to marriage and family's protection (article 21 par. 1 Constitution)⁸.

In all those cases, legal order has to weigh principles and rights already constitutionally guaranteed. Since Greek Constitution does not follow an hierarchical order, as far as individual rights are concerned, weighing of priorities is often an issue of factual circumstances and has to be done with objective criteria. The legislator has the competence to proceed to this weighing of principles and interests, while legislating, but it is the judge competent for the enforcement of a decision, he who has that duty, while interpreting the law.

ABUSE OF RIGHT

Greek case law as a rule denies the application of article 281 Civil Code in civil procedural law. This article provides that the exercise of a right is forbidden when it evidently supersedes the limits set by bona fide or bonos mores or the social or economic aim of the right.

The situation changes when it is about abuse of right at the enforcement procedure. In this case, the majority of courts do apply the article 281 Civil Code in order to set limits to the enforcement, setting forth as excuse, that the realization of the creditor's claim against the debtor constitutes exercise of a substantive right belonging to public law. Sometimes they use in parallel the interpretative argument that article 281

8 P. Gesiou-Faltsi, 'The constitutional bases of the enforcement trials [in Greek]', in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 301, 307-308.

Civil Code is a general rule that is applied in all law branches, public and private⁹. Some courts, in parallel with article 281 Civil Code, also invoke article 25 par. 3 Constitution, on the ground that the constitutional order refers generally and indiscriminately to the exercise of all rights, or article 116 Code of Civil Procedure.

In Greek legal doctrine, two opinions are supported. According to the first, the article 25 par. 3 Constitution is applicable. It is a superior rule, prohibiting abuse of right in all law fields, therefore in public as well as in private law. According to the second opinion, the analogous application of article 281 Civil Code is also possible.

There are voices, both in Greek case law and doctrine, which deny both the application of the article 25 par. 3 Constitution in private law relations, on the ground that the constitutional prohibition of abuse of right only concerns the individual and social rights, as well as the extension of the application of article 281 Civil Code in the field of procedural law. According to that opinion, only article 116 Code of Civil Procedure could be applied.

Dominant is the opinion according to which, the prohibition of the abusive enforcement may be derived directly from the article 25 par. 3 Constitution. Methodologically, it is thus explained: The creditor has a public law claim (*Vollstreckungsanspruch*) against the state for the realization of the necessary means of enforcement. The State has a corresponding obligation to proceed by its organs to the acts of the enforcement. This obligation appears as power of enforcement towards the debtor, and extends as far as at the limits of the obligation of the debtor towards his/her creditor.

The individual procedural right to legal protection, in the specific form of the claim to enforcement, is subject to the limitations that all individual rights have. Therefore, the claim to enforcement may be exercised only if it does not offend the prohibition of the abusive exercise of the individual rights (article 25 par. 3 Constitution)¹⁰.

9 P. Gesion-Faltsi, Abuse of right in enforcement of judgments [in Greek], in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 141, 146.

10 P. Gesion-Faltsi, Abuse of right in enforcement of judgments [in Greek], in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 150.

GARNISHMENT OF THE DEBTOR'S BANK ACCOUNT

The validity of bank secret has never been questioned. In the past, and according to a specific legislative provision (article 1 Decree Law 1059/1971, as formed by the article 10 par. 1 Law 1858/1989), a specific bank secret had been enacted, saying that “Every form of bank deposit is secret”, except in cases foreseen in specific legislation and under strictly described requirements¹¹.

Following the enactment of this provision, there was a discordance of case law. In 1975, the majority of the plenary of Areios Pagos connected the bank secret to the rule that certain assets cannot be attached and judged that the garnishment of a debtor's bank account is invalid. In 1993, again, the majority of the plenary of Areios Pagos reiterated this judgment – in both cases there was a strong minority.

The authors were, almost unanimously, of the opposite opinion. They claimed that since the power of execution of the judgment creditor is constitutionally guaranteed (article 20 Constitution), the invalidity of the garnishment of the debtor's bank account could not be constitutionally tolerated.

The inferior courts totally aligned with the interpretative stance of Areios Pagos, until 1996, when the first break happened, which led to a new, opposite judgment by Areios Pagos¹².

The plenary of Areios Pagos, in its decision 19/2001, decided that the legislative provisions which establish the secret of the deposits in Greek Banks refer exclusively to the bank secret and not to the admissibility of the bank account's garnishment. An opposite interpretation, it said, would be contrary to the article 20 par. 1 of the Constitution which defines that everyone has the right to legal protection. The enforcement of judgment a form of which is the garnishment of debts (articles 982 ff Code of Civil Procedure) is included in that legal protection.

Greece having ratified the Treaty of Human Rights (Decree Law 53/1974), the claim to enforcement of judgment is also derived by the ar-

11 P. *Geslou-Faltsi*, The attachable as a problem of interpretation according to the Constitution and the International Conventions – Bank accounts [in Greek], in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 177, 182-183.

12 P. *Geslou-Faltsi*, The attachable, as a problem of interpretation according to the Constitution and the International Conventions – Bank accounts [in Greek], in: *Procedural Legal Order. IV. Studies and legal opinions of law of enforcement of judgments*, Athens - Thessaloniki 2009, 185.

title 6 par.1 of this Treaty¹³. According to the European Court for Human Rights' case law (arrêt Hornby/Grèce¹⁴, 19.3.1997: « *l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'art 6* »).

Article 1 par. 1 of the Additional (First) Protocol to the above mentioned Treaty of Human Rights (also ratified by Decree Law 53/1974) guarantees that the right of every natural or legal person to the enjoyment of its property, must be respected. According to the fundamental decision of the plenary of Areios Pagos, 40/1998, this article safeguards respect of every patrimonial right, whichever its nature might be¹⁵. Consequently, it protects the creditors' claims, therefore also the right to their enforcement. As a conclusion, prohibiting the garnishment of bank accounts would also violate article 1 par. 1 of the First Protocol of the Treaty of Human Rights.

CONSERVATORY MEASURES

Pending a hearing on the merits, conservatory measures to preserve the position of the plaintiff are available. An application for such measures may be filed even before the commencement of proceedings on the merits.

It is possible to proceed to a temporary seizure even when there is no court order, if the creditor has an enforceable title (article 724 I Code of Civil Procedure). Pending proceedings in another country, Greek courts may grant conservatory measures to the applicant plaintiff. Competent court is the court of the place where enforcement of the conservatory measures will take place.

The procedure is generally quick. If it is considered necessary, conservatory measures may be granted on an *ex parte* application (article 687 I Code of Civil Procedure).

The applicant has to comply with a reduced burden of proof of fact, the only requirement is to show a "probable" case¹⁶. The court must

13 K. Boys, Grundgedanken des griechischen Zivilprozessrechts in ihrer Fortentwicklung durch die EMRK, ZZP 109 (1996) 37, 45-46.

14 Recueil des arrêts et décisions 1997-II, 459, 510.

15 G. Kasimatis, Judgment 40/1998 of the Plenary of Areios Pagos – The bases of application of the principle of respect and protection of the human value and of the property's guarantee [*in Greek*], *Nomiko Vima* 47 (1999) 705, 717.

16 Kerameus/Koziris, *Introduction to Greek Law*, 1993, 290.

be satisfied that there is an urgent need to avoid imminent danger (article 682 I Code of Civil Procedure). In case the conservatory measures are granted before proceedings on the merits have been lodged, the court can specify time within which proceedings should be commenced (article 693 Code of Civil Procedure).

In case of an abusive application by a creditor, which may have led to a conservatory seizure of more debtor's assets than needed to satisfy the claim, the debtor can ask the court to limit the conservatory seizure to specified assets (articles 702 III, 692 III, 951 II Code of Civil Procedure)¹⁷.

PRIVILEGES OF THE STATE

A hot issue is that which concerns the procedural privileges of the State. According to the law, the State and other legal persons of public law receive a special procedural treatment in various issues. Although this fact has been criticized by the theory of Greek Procedural Law and Greece has been condemned more than once by the European Court for Human Rights, the law has not been changed.

The Plenary of Areios Pagos decided in two cases¹⁸ that the specific procedural privileges that the Agricultural Bank of Greece had¹⁹, were violating the constitutional principle of equality (article 4 Constitution), since they were putting the Agricultural Bank's creditors in disadvantageous position, compared with that of other banks' creditors.

LAW REFORMS OF THE LAST 20 YEARS

During the last 20 years there have been reforms of the law of enforcement, not all of which could be considered as needed or really efficient. However, some of them really were beneficent to the institution of enforcement of judgments.

Law 2298/1995, "sealed" by the eminent jurist, late Emer. President of Areios Pagos, Stefanos Matthias, had as principal aims, on the one

17 E. N. Monstaira, *Greece*, in: Enforcement of judgments (co-ordinator: W. Kennett), *European Review of Private Law* 1997, 321-428 (401-407).

18 Areios Pagos (Plenary) 24/2006, *Elliniki Dikaosyni* 2007, 97 & Areios Pagos (Plenary) 25/2006, *Elliniki Dikaosyni* 2007, 99.

19 Things have changed, since in 2013 the Agricultural Bank was absorbed by a private bank, Piraeus Bank.

hand to obstruct the abusive handling by the enforcement agents and on the other hand to accelerate the enforcement procedure and make it more efficient.

An important step to the acceleration of the enforcement procedure was the establishment of the corrective caveat (article 954 IV Code of Civil Procedure) and its separation from the general caveat against the execution (article 933 Code of Civil Procedure)²⁰.

Law 3714/2008 brought radical changes to the public auction procedure.

The recent procedural reform by the Law 3994/2011 had as result lenient interventions to the enforcement of judgments. Among the most important are the abolishment of imprisonment for commercial debts and the considerable increase of the amount of the monetary penalty.

The protection of the weak parties constitutes a steady aim of the contemporary legislator²¹.

ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

In order that a foreign judgment be declared enforceable, the defeated party must not have been deprived of the right to defense and generally of the right to participation in the trial, except if this deprivation is based on a law provision that is also valid for the citizens of the State a court of which has issued the judgment (article 323 no 3, 905 par. 3 Code of Civil Procedure).

This requirement refers to those cases, where a party files an application asking for a foreign judgment issued abroad *ex parte* to be enforced²². The declaration of enforceability of the *ex parte* judgments cannot be excluded, although it does create problems.

20 N. Nikas, Forty five years of application of the Code of Civil Procedure. Enforcement of judgments (past, present and future) [in Greek], *Review of Civil Procedure* 2012, 265, 267.

21 N. Nikas, Forty five years of application of the Code of Civil Procedure. Enforcement of judgments (past, present and future) [in Greek], *Review of Civil Procedure* 2012, 268, mentions that this is really a duty created by the nature and the function of law itself – *Lex secunda plebis*. Nevertheless, he is worried that the extreme leniency towards the judgment debtor might not only weaken the legal protection of the judgment creditor, but also damage the debtor him/herself, by augmenting his/her debt and perpetuating his/her “captivity”.

22 P. Gesion-Faltsi, *International enforcement of judgments* [in Greek], Athens – Thessaloniki 2006, 104-105; A. Anthimos, *Recognition and enforcement of ex parte foreign judgments. Internal law – Bilateral and multilateral conventions – European Community Law* [in Greek], 2002, 22 ff.

ORDRE PUBLIC

In Greek law, the control of whether a party was not deprived of the right to defense, before the foreign court, is complemented with the *ordre public* control. It is pointed out that the recognition of foreign *ex parte* judgments is possible, provided that “the foreign judge does not appear as having tried inconsiderately all those that had a legal interest to be heard, either nationals of the State or not”²³, since in that case the judgment would be contrary to the *ordre public*²⁴.

A basic requirement for a foreign judgment to be declared enforceable, is that it must not be contrary to the *bonos mores* or the *ordre public* of the State of enforcement (articles 323 no 5, 905 pars. 2-3 Code of Civil Procedure). It is not possible to deny the recognition or the declaration of enforcement of a foreign judgment, on the ground that it would be contrary to the *ordre public* of a third State.

Ordre public is an indeterminate concept, which becomes determinate in concrete cases and not beforehand. According to the Greek authors, followed by the case-law, a foreign judgment is contrary to *ordre public* when its enforcement would cause circumstances incompatible to the moral, state or economic order of Greece²⁵. The reasons, for which a foreign judgment would be contrary to *ordre public*, could be either of procedural or of material law²⁶ - *verfahrensrechtlicher ordre public* and *materiell-rechtlicher ordre public*.

1. For a foreign judgment to be considered as contrary to the Greek procedural *ordre public*, it is not enough that procedural principles of the Greek procedural law have been violated; the violated principles must be the fundamental ones of a State of law, concerning the civil procedure and the infrastructure of the Greek procedural *ordre public*²⁷. Such fundamental principles are the principle of the judge’s independence and impartiality,

23 G. Maridakis, *The enforcement of foreign judgments [in Greek]*, 3d edition, Athens 1970, 64.

24 Ath. Pouladias, *Die Bedeutung des deutsch-griechischen Vertrages vom 4.11.1961 für die Anerkennung und Vollstreckung deutscher Entscheidungen in der griechischen Praxis*, Athen-Komotini 1985, 29.

25 P. Gesiou-Faltsi, *International enforcement of judgments [in Greek]*, Athens – Thessaloniki 2006, 120.

26 K. Kerameus, *Improving the Procedures for the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards*, *Studia Juridica* III, 1995, 455.

27 P. Faltsi, *International enforcement of judgments [in Greek]*, Athens – Thessaloniki 2006, 122.

the principle of hearing of both sides²⁸, the principle of the parties' equal treatment, the principle of due process, etc.

According to the majority opinion in Greek legal theory, rather followed by case-law too, the respondent abroad may claim before the Greek court which has to decide on the enforcement of a foreign judgment that has violated fundamental rules of the Greek procedural law, that it is contrary to the Greek *ordre public*, only when this default could not have been invoked by appeal before the foreign courts.

The fact that issues of the law of evidence are treated differently abroad, does not constitute by itself a reason for non-recognition of a foreign judgment, considering it as contrary to the Greek procedural *ordre public*.

For example, the fact that the foreign court took into account testimonies of witnesses who, according to the Greek procedural law would be exempted, or the fact that it did not take into account testimonies by witnesses who, according to the Greek procedural law would not be exempted, cannot be an obstacle to the declaration of enforcement of a foreign judgment, claiming that it would be contrary to the Greek *ordre public*. Neither the different distribution of the burden of proof, nor the valuation of evidence according to procedural rules that are different to the respective Greek procedural rules, could lead to that result²⁹.

Likewise, when a foreign judgment was issued, based on evidence brought during the pretrial discovery, according to the Greek theory it should not be denied enforcement in Greece.

Concerning the specific issue of whether a foreign judgment which does not state the grounds that led to it, can be declared enforceable in Greece or should be considered as contrary to public order, Greek authors support both answers³⁰, while Greek case law is rather positive, except in cases where non stating the grounds could cover a deprivation of the right to defense or a settlement of the dispute that would be contrary

28 A. Anthimos, Der prozessuale ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen nach deutschem und griechischem Zivilprozessrecht und nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, in: *Harmonisierungsprobleme im Europäischen Wirtschaftsrecht* (Hrsg. A. Anthimos/M.-A. Delp/H. Harazim), 2000, 11, 67-75.

29 P. Gesion-Falusi, *International enforcement of judgments [in Greek]*, Athens – Thessaloniki 2006, 125.

30 G. Maridakis, *The enforcement of foreign judgments [in Greek]*, 3d edition, Athens 1970, believed that in such a case, there would be an obstacle to the enforcement of the foreign judgment. Other authors believe that the judgment could be enforced.

to the Greek *ordre public*. The basic argument in favor of this opinion is that, although the grounds of the courts' judgments are constitutionally guaranteed (article 93 par. 3 Constitution 1975/1986/2001), the judgments that do not state the grounds are not nonexistent (article 313 Code of Civil Procedure), on the contrary they are enforceable except if legal remedies have been lodged.

2. The recognition or the enforcement of a foreign judgment is not excluded in case the foreign judge applied a different substantive law from the one that would be applicable according to the Greek private international law rules. The declaration of the enforceability of a foreign judgment is only obstructed when the concrete rule applied by the foreign judge is incompatible to the fundamental principles of the Greek legal order. According to the Arcios Pagos case-law³¹, a foreign judgment is contrary to the Greek *ordre public* when its consequences are directly contrary to the valid in Greece fundamental principles, concerning the social, moral, economic, political and other common concepts that regulate the lives of people in the Greek territory.

A foreign judgment could be considered as contrary to the Greek material public order and thus non-enforceable, if for example its consequences violate individual rights protected by provisions of the Greek Constitution or if it condemns the defeated party to do something that according to the Greek law would be criminal.

Closing my text let me add that as far as the enforcement of judgments in the frame of EU Regulations is concerned, the situation in Greece is identical with that in every Member State of the European Union.

³¹ Arcios Pagos 108/2001, *Dike* 32 (2001) 765, comments by K. Beys, 768 ff.

É possível Ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen?¹

Juan Antonio García Amado*

Doutor em Direito pela Universidade de Oviedo-ES e professor Titular da Universidade de Leon-ES.

1. AS RAZÕES DO TÍTULO

Sem dúvida nenhuma, pode-se estar em desacordo com mil e um aspectos da teoria kelseniana do direito. A dita teoria tem impregnado profundamente a maneira de pensar o sistema jurídico e seus elementos, de modo talvez comparável com as teorias de Marx, que têm marcado de múltiplas maneiras o pensamento sobre as relações políticas e econômicas nas sociedades capitalistas. Inclusive os mais aguerridos antimarxistas não podem pensar ou expor tais relações sem concessões à linguagem de Marx e sem se posicionar frente a suas doutrinas. É provável que, por exemplo, a teoria de Kelsen acerca da norma jurídica seja incompleta e não dê conta das peculiaridades e do modo de se aplicar numerosos tipos de normas, ou que sua teoria do sistema jurídico e da validade do direito, com seu rígido formalismo e com autênticos enigmas de complicada interpretação – tais como os da norma fundamental ou da cláusula tácita alternativa – podem e devem ser objeto de reconsideração crítica. Também merecem análise minuciosa e novos enfoques suas oscilantes considerações sobre a relação entre validade e eficácia das normas e dos sistemas jurídicos, sobre a contraposição entre sistemas estáticos e dinâmicos ou sobre as relações lógicas entre as normas jurídicas, além de outros aspectos. Mas, em verdade, o que não se entende facilmente é a frequência com que certa doutrina, muito abundante, introjeta nos postulados de Kelsen afirmações que jamais apareceram em seus escritos; bem ao contrário, tais doutrinas fazem

Juan Antonio García Amado. É Possível ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen?. Contra o Absoluto. Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen (coords. Andityas Soares de Moura Costa Matos, Arnaldo Bastos Santos Neto). pp. 235 - 283. Curitiba(Brasil): Juruá Editora, 2011.

¹ Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Arnaldo Bastos Santos Neto.

da visão jurídica de Kelsen a responsável por consequências que, de modo algum, seguem-se dela ou dos propósitos do autor.

Três são as puras falsidades que, sobre Kelsen, tem-se lido e ouvido em muitas ocasiões: 1) que sua teoria da interpretação e aplicação do direito equipara-se com o positivismo do século XIX da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos, dado que Kelsen veria a decisão judicial enquanto mera subsunção dos fatos à norma, fabricada com pleno automatismo e sem ir além da conclusão de silogismos elementares; 2) que Kelsen propugna ou convida à obediência judicial e cidadã ao direito injusto, confundindo obrigação jurídica e obrigação moral em nome do positivismo ideológico; e 3) que a teoria jurídica kelseniana está imbuída de autoritarismo estatista, sendo seu predomínio imputável à atitude de obediência cega e entusiasta que tantos teóricos do direito prestaram às aberrantes ordens do nazismo.

Semelhantes tergiversações, convertidas em lugares comuns nas explicações de tantos jusfilósofos, hão de ter alguma explicação, além do fato indubitável da ignorância de algum professor precipitado, preconceituoso e pouco dado à leitura atenta. A tese que aqui sustentaremos é que as ditas falsificações do pensamento kelseniano e de seus efeitos práticos devem-se a interesses concretos presentes em certos momentos históricos específicos: a República de Weimar, a época do nazismo e o contexto político e jusfilosófico posterior à Segunda Guerra Mundial. Assim, repassaremos brevemente esses três marcos históricos e, posteriormente, analisaremos a falta de fundamento das três citadas falsidades.

2. AS ARMADILHAS DA HISTÓRIA: KELSEN NA TEORIA JURÍDICA ALEMÃ

Foi a doutrina alemã do pós-guerra que responsabilizou a teoria de Kelsen pela submissão dos juristas aos ditames normativos do nazismo,²

2 Fabian Wittreck trata essa imputação de responsabilidade ao positivismo como a “lenda” que constitui “o mito fundante da jusfilosofia alemã ocidental do pós-guerra”. Tais mitos fundantes servem para aglutinar uma disciplina e nela repartir as etiquetas de cientificidade e anticientificidade. No caso alemão, o mito foi o alicerce necessário ao renascimento do jusnaturalismo de base religiosa. Mas a “lenda” da responsabilidade do positivismo pode ser considerada completamente superada pelo exame histórico, já que estudos como os de Rüthers e Rottleuthner demonstraram não só que o nazismo distanciou-se verbalmente do positivismo da maneira mais veemente, negando-lhe toda compatibilidade com o povo ariano, senão que, além disso, as estratégias que sob o nazismo se colocaram em marcha para legitimar seus crimes são indubitavelmente antipositivistas. Cf. WITTRECK, 2008, p. 1 et seq. Outros autores abordam a “fábula” ou o “embuste” do positivismo (*Positivismusmärchen*) para referir-se a essa descomunal tergiversação da realidade histórica. Cf., v.g., RÜTHERS, 2001, p. 93.

alegando a suposta tese kelseniana de que a lei é a lei e como tal deve ser acatada e aplicada pelos operadores do direito, deixando os juristas alemães indefesos diante das aberrações jurídicas do nacional-socialismo. Tratava-se de uma estratégia defensiva, justificativa e de auto-exculpação. Diz-se que o predomínio do kelsenismo na doutrina jurídica da época de Weimar haveria adubado o terreno para que, nos tempos do nazismo, os juristas não pudessem tomar plena consciência da ilegitimidade e da radical injustiça daquelas normas. Mas um mínimo de rigor no exame da situação jurídico-doutrinária presente na República de Weimar e na época de Hitler demonstra, sem margem de erro, que todos esses pressupostos são rigorosamente inexatos, ou seja, são mentiras deliberadas, escusas sem mais razão de ser que o desejo de livrar de responsabilidade autores ou funcionários que, diga-se de passagem, nunca foram kelsenianos; aliás, bem ao contrário.

2.1. Kelsen e Weimar

A Constituição de Weimar nasceu e vigorou em um contexto social, político e econômico extremamente complexo.³ Os alemães dotaram-se de uma Constituição própria de um autêntico Estado de Direito, mas sua doutrina jurídica continuava ligada ao modelo do direito de Estado. A grande contraposição daquele tempo é Estado de Direito *versus* direito de Estado.⁴ A chamada Escola Alemã do Direito Público de Gerber, Laband e Jellinek havia realizado um gigantesco esforço para construir uma teoria do Estado adaptada às mudanças históricas e, especialmente, ao declínio do modelo anteriormente vigente nos territórios alemães, de forte marca senhorial e quase feudal. A velha ordem social e política, caracterizada pela forte hierarquia e baseada na supremacia das grandes famílias dirigentes e de grupos nobiliários, tinha que ser substituída por um Estado novo, de base legal, com capacidade e meios pessoais e jurídicos para governar de modo efetivo tanto os territórios que começavam sua industrialização quanto os que vinham sentindo os ecos tardios da Revolução Francesa. Mas essa transição doutrinária foi levada a cabo sem se prescindir do elemento autoritário, pois o Estado era visto enquanto uma instituição

3 Uma magnífica síntese da história política da República de Weimar, com suas dificuldades jurídicas e constitucionais, pode ser lida em WAGNER, 2004, pp. 9-115.

4 Sobre essa contraposição essencial, cf. MÜLLER, 1979, p. 309 *et seq.* e WALTHER, 1989, p. 325 *et seq.*

natural, ou seja, a encarnação da nação, depositário e fonte de todos os poderes. Os atributos outrora associados ao Imperador e aos senhores de cada território foram atribuídos ao Estado e assim ele se legitimou por sua substância, conformando-se à natureza das coisas e à ordem necessária da sociedade por ser resumo e quintessência do sentir de todo um povo. Tal relação entre o Estado, por um lado, e os interesses e sentimentos populares, por outro, não se estabeleceu pelas vias procedimentais da representação política cidadã, mas sim pelo vínculo emotivo e por uma representação de outro tipo, não formal, mas assentada na comunhão do povo com suas instituições, fundada mais na empatia do que na livre contraposição de interesses e programas de governo.

As relações de Direito Público concebem-se como relações entre dois sujeitos diferentes, mas ambos com entidade própria e personalidade plena, ou seja, são seres substanciais e não meramente jurídicos. De um lado há os cidadãos chamados a se relacionar com os poderes públicos a partir de uma vocação para servir ao bem comum. De outro lado, há o Estado tido como ser suprapessoal, emanção e expressão da identidade comunitária. Sendo o Estado considerado enquanto síntese do comum e do comunitário em uma forma pessoal mais alta e supraindividual, sua preeminência nas relações com seus cidadãos se assenta nele próprio. Os cidadãos podem participar na vida e nas decisões do Estado, mas em última instância não são eles, como indivíduos autointeressados, os que se coordenam e que dão sua voz e seu ser ao Estado por intermédio do qual legislam para si mesmos. É o Estado que, por si e com o auxílio da participação cidadã, vela pela ordem devida e trata de realizar seu próprio interesse, que é o interesse da comunidade enquanto um todo. Estamos, pois, nas antípodas da ideologia liberal do contrato social. Surgem continuamente metáforas organicistas que fazem do ente estatal o titular natural do poder e da política e dos cidadãos meras células desse organismo coletivo, ao qual, ademais, têm de servir conforme as tarefas que o próprio Estado lhes designa. Não há pacto social para construir o Estado de base social. Ao contrário, a base social não é mais do que uma parte do corpo social do Estado, que tem nos governantes sua cabeça e, no espírito do povo, sua alma.

Assim é como se deve entender a expressão “direito de Estado”, como contraposta ao que significa “Estado de Direito”. O Estado an-

tecede ao direito, sendo sua base e seu pressuposto ontológico. O direito nasce do Estado porque é direito do Estado, ou seja, o conjunto de normas por meio das quais o Estado organiza sua própria vida enquanto “pessoa”, quer dizer, substância supraindividual com traços específicos e definidores – base cultural e “nacional”, tradição particular e missão ou destino que dão seu caráter último e sua razão de ser –, do mesmo modo que o ser humano individual organiza sua vida e seus padrões de comportamento a serviço de certa vocação, de um afã de perfeição e, inclusive, de um desejo de transcendência. Por isso, a normatividade jurídica não deve destoar nem em sua dicção e nem em suas aplicações desse fundamento “pessoal” transpessoal, se assim se pode dizer. Em virtude disso, o direito não pode ser senão direito do Estado, o direito que o Estado outorga a si mesmo como instrumento a serviço de sua missão transcendente. Já não é o monarca absoluto que assevera “o Estado sou eu”; é o próprio Estado, com vocação absoluta, aquele que, como síntese de sua missão e sua identidade, afirma que o Estado é o Estado e que tudo quanto lhe pertence – território, população e poder –, pertence-lhe por razões substanciais – por natureza –, inclusive seu sistema jurídico. Não são as normas jurídicas que constituem os poderes do Estado; é o poder do Estado, como eixo de seu ser, que cria as normas mediante as quais esse ser estatal se autorregula e regula suas relações com os cidadãos.

A teoria do Estado de Kelsen golpeará o núcleo de tal estatismo.⁵ Para Kelsen, como é bem sabido, o Estado não é mais do que o reverso de um sistema jurídico, ou seja, o Estado não é mais do que uma rede normativo-institucional constituída pelo próprio direito. O Estado não tem substância própria e pré-jurídica; seu território é marcado pelo espaço geográfico em que vigora seu sistema jurídico, conforme as determinações desse mesmo sistema; sua população é a que, como conjunto de destinatários de suas normas, o sistema estabelece; seu poder não é outra coisa que o conjunto de instituições cujas competências o dito sistema define.⁶ Fora dessa realidade tangível do Estado não resta mais do que ideologia⁷ e metafísica a serviço de uma vontade de dominação que se pretende basea-

5 Pode-se ler uma perspicaz análise do estatismo em Jellinek e na posterior doutrina do Direito Público alemã até os tempos da Lei Fundamental de Bonn em KERSTEN, 2000, p. 9 *et seq.*

6 KELSEN, 1979a.

7 KELSEN, 1979a, pp. 290-291.

da em evanescentes e fantasmagóricos dados pré-jurídicos. A pura dominação fática de um grupo de indivíduos sobre uma coletividade é poder, mas não Estado. A dominação conforme certas normas jurídicas é Estado, mas só porque se institui enquanto sistema jurídico. Nada e nem ninguém tem o direito de imperar enquanto Estado antes ou à margem das normas jurídicas: não há Estado sem normas jurídicas que o constituam.

Esse, e não outro, é o significado da afirmação de Kelsen segundo a qual todo Estado é Estado de Direito. A noção de Estado de Direito não é utilizada por Kelsen em sua acepção político-moral ou no sentido de determinado modelo de organização estatal baseado na separação de poderes, na sua submissão à legalidade e no respeito a certos direitos fundamentais das pessoas. Com a expressão “Estado de Direito”, Kelsen pretendia apenas ressaltar a falta de substância real de todo Estado que se queira à margem e acima do direito, seja qual for o conteúdo desse direito. Não se trata de dotar de legitimidade moral qualquer Estado nem, menos ainda, de fundar certas obrigações políticas dos cidadãos diante de qualquer forma de Estado e perante suas normas. Kelsen objetiva apenas desmascarar a pura ideologia de dominação dos cidadãos presente em toda intenção de fazer do Estado uma entidade natural, um bem em si, um ser de raiz metafísica ou a pura emanção de uma comunidade cultural ou nacional. Poderá haver Estados sem essa marca metafísica e providencial que sejam injustos, atrozos ou opressivos, mas só serão Estados sobre a base de um direito, nunca antes disso. E no momento dos cidadãos lutarem contra essa possível injustiça do Estado, terão avançado um grande passo ao vê-lo só como o que é: uma rede institucional de poderes tecida pelo ordenamento jurídico e que mudará se dito ordenamento for modificado, não havendo essências pré-jurídicas que se deve aceitar e às quais é necessário submeter-se com a passiva atitude de quem aceita fenômenos naturais que estão fora de todo controle humano e, em especial, subtraídos à ação política dos cidadãos.

A partir dessas considerações é possível compreender melhor a disputa de Kelsen com Jellinek e a Escola Alemã do Direito Público, debate que inicialmente parece apenas metodológico e depois acaba por adquirir decisivos indícios de questionamentos ideológicos e políticos. Para Jellinek, o Estado teria uma dupla face, quer dizer, uma dimensão dual. Por um lado, o Estado apresentaria uma vertente normativa e institucional;

por outro, possuiria também natureza fática. Assim, o Estado seria, além de juridicidade e institucionalidade, um ser em si, uma pessoa, um sujeito com identidade própria que mediante normas se regula, podendo se autolimitar em suas relações com seus cidadãos.⁸ É nesse ponto que Kelsen ataca. Segundo entende, não há no Estado qualquer facticidade pré-jurídica, por mais que as ações de órgãos e instituições estatais que o direito constitui tenham uma indubitável dimensão fática. O efeito não pode ser confundido com a causa. As ações do Estado não são ações que, primeiro, o sejam desse sujeito e, além disso, podem ser jurídicas ou antijurídicas. Só são ações estatais porque podem ser jurídicas ou antijurídicas, já que fora do direito não há Estado, apenas dominação fática, ajurídica. Assim, o que pode ser o Estado, qual é o modo possível de sua configuração, onde se radicam suas potestades ou quais são os limites possíveis de seu atuar não são elementos determináveis nem pela natureza das coisas nem por nenhum gênero de força normativa do fático, tratando-se sempre de construtos jurídicos.⁹ Não é que o Estado manifeste uma vontade própria

8 Cf. FIORAVANTI, 1979, p. 407 *et seq.* Fioravanti conclui seu documentadíssimo estudo assinalando que o chamado “método jurídico” da Escola Alemã do Direito Público, culminante em Jellinek, constitui a expressão de uma intenção de neutralizar contradições sociais e políticas, tendo como base a tentativa de pensar a sociedade civil enquanto um todo homogêneo e sua relação com o Estado como mero reflexo natural do povo na pessoa jurídica do Estado (FIORAVANTI, 1979, p. 422). Assim, como explica Badura, foram deixadas à margem as questões referentes ao fim que justifica o Estado, bem como aquelas atinentes às tarefas do Estado, tendo os juspublicistas alemães se interessado somente pela descrição do poder e seus órgãos. Tinha-se por manifesta a legitimidade do Estado, vista como seu produto natural ou essência (BADURA, 1996, p. 139). Somente sobre a base dessa relação “orgânica” entre o Estado e a sociedade enquanto comunidade – e não como agregado de indivíduos ao modo liberal – é pensada a Constituição, que é Constituição do Estado, organização dos órgãos do Estado e das relações do Estado com a comunidade da qual é a suprema expressão (STOLLEIS, 1996, p. 83). Em consequência, a doutrina dos direitos públicos subjetivos, que alcança sua síntese em Jellinek, não supõe uma primeira versão do que, no constitucionalismo do século XX, se entende por direitos fundamentais, pois se acreditava que os direitos dos cidadãos tinham seu fundamento na própria personalidade do Estado. O Estado é depositário do poder, estando assim capacitado para se autovincular juridicamente mediante a concessão de esferas de liberdade aos cidadãos. Não se trata, portanto, de direitos fundamentais que têm seu embasamento no patrimônio moral dos indivíduos, mas sim de direitos atribuídos aos indivíduos pela livre vontade do Estado e que nele encontram sua razão de ser e justificação (FRIEDRICH, 1997, pp. 296-298). Ao se autolimitar mediante normas e outorgar direitos aos cidadãos, o Estado converte sua relação com estes em relação jurídica. Contudo, na base – como fundamento primeiro – está o poder do Estado enquanto tal. Das “duas caras” do Estado, a fática (causal ou “natural”) e a jurídica, aquela é a primeira e decisiva. Eis o ponto de partida das críticas de Kelsen (PAULY, 2000, p. 230 *et seq.*).

9 Dentre a infinidade de citações possíveis, fiquemos somente com uma, retirada da tradução mexicana dos *Hauptprobleme*: “¿Qué quiere decir el que ciertos actos realizados por determinadas personas físicas hayan de considerarse, desde el punto de vista jurídico, no como actos de estas mismas personas, sino de otra, distinta de ellas? Sencillamente, que se trata de un caso especial de *imputación*. El substracto de hecho formado por la actividad de estas personas no se les imputa a ellas, sino a otra. Pero, esto no significa que el punto de la imputación se dé en otro hombre. La imputación pasa, por decirlo así, a través de los sujetos agentes físicos y de sus actos psíquicos de voluntad, y no se detiene en otra persona física, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de imputar al padre o al patrono la responsabilidad por los daños causados por los niños o por los empleados. Aquí, todas las líneas de imputación se funden en una sola, situada mentalmente al margen de todo sujeto físico. Los individuos cuyos actos dan base a esta peculiar imputación son los órganos del Estado, y el punto común de confluencia de todas las líneas de imputación que parten de los hechos cualificados como actos de los órganos,

por meio de seus órgãos – tal como o Parlamento –, mas sim que certas expressões de vontade são *imputadas* ao Estado enquanto conteúdos da vontade estatal; e o são porque determinados indivíduos ocupam certos órgãos que são do Estado, já que assim dispõem as normas jurídicas constitutivas daquela imputação.¹⁰

O Estado, em suma, tem uma inescapável condição artificial, é um puro artifício jurídico e, como mera construção, dependerá de conjunturas históricas e circunstâncias aleatórias, de correlações de forças, de lutas ou de ideias, mas nunca poderá pretender-se que por cima desse devir histórico e social, com seu reflexo no sistema jurídico, o Estado esteja atado a uma configuração necessária, natural, imodificável e substancial.

É o caráter antimetafísico da teoria kelseniana que a distingue do positivismo do século XIX, quer seja daquele próprio dos jusprivatistas da Escola da Exegese e da Jurisprudência de Conceitos – com sua idealização do sistema jurídico como algo perfeitamente racional, como um sistema ideal que, por ser completo, coerente e claro, é a expressão da suprema razão jurídica –, quer daquela dos juspublicistas da Escola Alemã do século XIX, que pretendiam validar para o Direito Público um esquema similar, o qual teria seu vértice e primeiro postulado na ideia de Estado racional.

Que eco teve, na doutrina do período de Weimar, o antiestatismo kelseniano, ou seja, sua filosofia política cética e antimetafísica? Kelsen foi muito duramente criticado e poucos autores entre os juspublicistas da época prescindiram do estatismo anterior¹¹ – fortemente autoritário

es la voluntad del Estado. [...] Ahora bien, si nos preguntamos cuál es el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y cuáles son los hechos que se hallan sujetos a ella, en otras palabras, qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la *norma jurídica*: es la ley – entendida como el conjunto de las normas jurídicas – la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos. [...] Cuando decimos que la ley encierra la voluntad del Estado, decimos simplemente que se establecen en ella los substratos de hecho que deben considerarse como actos propios del Estado, que el Estado ‘quiere’, es decir, que deben serle imputados al Estado, y no a los sujetos físicos agentes, a los que por esta circunstancia llamamos ‘órganos’” (KELSEN, 1987, pp. 156-157).

¹⁰ LAGI, 2007, p. 80 *et seq.*

¹¹ A situação doutrinária na República de Weimar é magistralmente resumida por Juan Luis Requejo Pagés na “Nota Preliminar” de sua recente tradução da obra fundamental de Kelsen sobre a democracia: “Éste fue el tiempo de la pasión por lo *orgánico*. Al artificio de la construcción racional del Estado se opone la concepción de la sociedad como una realidad natural, orgánica, regida por leyes inasequibles a la lógica de la razón y por tanto insuprimibles. Una realidad en la que, naturalmente, impera, como siempre la ley del más fuerte y en la que se explican como ineluctables las situaciones e dominación económica, social, cultural y política [...] El terror al *mecanicismo* de la sociedad democrática es el que despierta, en todos los órdenes, el progreso científico y material, la máquina, la ciudad; en definitiva también, a lo irracional. Una magnífica muestra de esa deriva a la irracionalidad es la concepción del pueblo, el Estado y los partidos políticos defendida por Triepel y con la que Kelsen polemiza con un punto de pasión que por lo común siempre supo contener. El recurso de Triepel a unos versos del *Fausto* para dar vía a su entusiasmo irracional por lo orgánico es un siniestro anticipo del conjuro

– e se vincularam ao que chamamos de “positivismo do Estado de Direito”. Costuma-se mencionar apenas um punhado de nomes, sempre com os matizes de costume: Thoma, Radbruch, Nawiasky, W. Jellinek e Anschütz. E para por aqui.¹² A enorme potência teórica de Kelsen e sua escrita incansável não encontraram terreno fértil em uma academia profundamente marcada pela nostalgia do Estado Guilhermino e que se lamentava pela decadência daquela Alemanha que havia saído derrotada da Primeira Guerra Mundial. Em um contexto marcado por nostalgias do império, sede de autoridade, temor aos movimentos populares, desconfiança frente aos frios procedimentos democráticos que Weimar tencionava instaurar, suspeita dos direitos fundamentais modelados na Constituição e que eram considerados expressão de uma enésima tentativa de submeter a Alemanha aos imperativos de um individualismo liberal, dissolvente e destrutivo das essências nacionais e comunitárias, é crível que, depois de 1933, a doutrina se achava – como tantas vezes afirmou-se – impregnada do kelsenismo que se havia feito dominante sob a Constituição de Weimar? Em absoluto. Trata-se de uma primeira e radical falsificação interessada. Basta lançar um olhar superficial ao que, naquele tempo, escreviam os juspublicistas que de imediato se converteram nos juristas de cabeceira do regime hitlerista para ver que, ainda sob Weimar, sua oposição a Kelsen era tenaz e raivosa. Neohegelianos, jusnaturalistas e decisionistas, todos em sua diversidade achavam-se unidos na crítica a Kelsen. Seguramente é lícito afirmar com a maior contundência que nem um só kelseniano dos tempos da República passou às fileiras de Hitler mantendo a doutrina originária. Nem um. Dessa maneira, como podemos entender que tantos professores antikelsenianos argumentassem, depois de 1945 ou de 1949, que sempre haviam estado eclipsados por Kelsen e que só agora, naquele momento,

al que no tardarían en acudir las fuerzas que terminarían con el sueño de Weimar. Persiguiendo lo sublime, Triepel y tantos otros allanaron el camino a la barbarie” (REQUEJO PAGÉS *in* KELSEN, 2006, pp. 18-19).

12 Ao mencionar estes únicos representantes do positivismo em tempos de Weimar, Stanley Paulson assinala que justamente eles eram os defensores do Estado de Direito que se queria construir com a Constituição de Weimar, enquanto os críticos mais ácidos do regime constitucional e democrático eram antiliberais e neohegelianos como Carl Schmitt, Julius Binder ou Karl Larenz, entre muitos outros (PAULSON, 1994, p. 325). Os juspositivistas citados por Paulson tinham em comum com Kelsen sua condição de democratas e de ter escrito, a maioria deles, obras importantes sobre teoria democrática. Além disso, três – Kelsen, Walter Jellinek e Nawiaski – sofreram repressão acadêmica por serem judeus. Quanto aos outros, Anschütz se aposentou voluntariamente com a chegada dos nazistas ao poder e foi objeto de agressões em revistas nacional-socialistas. Thoma continuou em sua cátedra, mas sem ter nunca tomado partido pelo novo regime (PAULSON, 1994, p. 345 *et seq.*).

tomavam consciência dos excessos a que tal pensamento os havia levado? Mais adiante voltaremos a falar sobre o caso e os porquês.

Não era distinta a situação na magistratura. Com a entrada em vigor da Constituição de Weimar, ofereceu-se aos juízes, coletivamente suspeitos de professar escassa simpatia pelo regime constitucional do Estado de Direito, a oportunidade de se aposentarem sem perda econômica. Mas muito poucos – somente 0,15% – aceitaram a oferta.¹³ Essa também foi a razão pela qual autores como Radbruch mostraram-se então pouco inclinados a colocar nas mãos daqueles juízes o controle de constitucionalidade das leis.¹⁴ Durante a República de Weimar foi moeda comum uma prática judicial que se desligava irreflexivamente de qualquer vinculação ao texto da lei e ditava resoluções inspirando-se em supostos princípios que não eram mais do que aqueles característicos do autoritarismo estatal que lhes parecia tão atraente.¹⁵ Mais ainda, deve-se acrescentar que a jurisprudência da época, especialmente a penal, deixava transparecer com toda clareza possível uma manipulação descarada da lei para perseguir com sanha os movimentos sociais esquerdistas e favorecer grupelhos nazistas e golpistas.¹⁶ O processo intentado contra Hitler devido à sua tentativa de golpe de Estado de 8 e 9 de novembro de 1923 e sua escandalosa sentença, prolatada em primeiro de 1º de abril de 1924, não são mais do que a suprema expressão dessa constante atitude.¹⁷

13 ROTTLEUTHNER, 1987, p. 377, n. 6 e SIMON, 1985a, p. 52.

14 A atitude geral dos professores juspublicistas que defendiam a democracia e a República de Weimar era de receio ante essa possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis. Era o caso de Radbruch, Anschütz, Thoma ou W. Jellinek. Entretanto, a favor de dito controle – e não necessariamente por amor à Constituição e ao sistema do Estado de Direito que ela organizava – contava-se com autores como E. Kaufmann, Koellreutter, Larenz e Carl Schmitt, além de outros cuja atitude política não era antidemocrática, tais como Nawiasky ou Leibholz (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381). Como aponta Rottleuthner, há que matizar a postura de Kelsen, em princípio favorável ao controle de constitucionalidade na Alemanha (*Prüfungsrecht*). Contudo, não obstante ter forjado o sistema de controle concentrado de constitucionalidade na Áustria, Kelsen se manifestou com prudência no caso alemão, alegando que, quando uma Constituição contém princípios tão vagos como os de justiça, liberdade ou igualdade, surge, o risco de que se produza um deslocamento do poder do Legislativo para o Judiciário. Era precisamente o que temiam autores como Radbruch ou Franz Neumann: que aqueles juízes nostálgicos de império e de autoridade imperial destruíssem a partir de dentro o sistema de Weimar mediante o *Prüfungsrecht* (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381).

15 Como explica Ingo Müller: “Os tribunais da República de Weimar raramente qualificaram de modo expresso uma lei como não aplicável ou inconstitucional, mas com muito palavreado e uma ‘interpretação’ da lei que tinha pouco a ver com seu teor literal, conseguiam perfeitamente o mesmo efeito, colocando a lei fora do jogo. O positivismo jurídico não estava entre os juristas alemães representado por ninguém, salvo por uma pequena minoria republicana. Carl Schmitt havia assinalado em 1932 que ‘o tempo do positivismo jurídico chegou a seu fim’” (MÜLLER, 1989, pp. 221-222).

16 URBINA, 2007, p. 79 *et seq.*

17 Cf. ANGERMUND, 1990, p. 231 *et seq.* e MÜLLER, 1989, p. 23 *et seq.* Leia-se as amargas palavras de Radbruch acerca dessa sentença e da justiça política do período em RADBRUCH, 1992, pp. 184-188.

Chama poderosamente a atenção que duas ideias se mantivessem plenamente vigentes na magistratura e na doutrina alemã de Weimar, do nazismo e das décadas posteriores: a de que o positivismo era rechaçável por seu legalismo e a de que frente à lei deveriam imperar certos princípios substanciais que dão sentido ao direito, os quais, em verdade, devem guiar a decisão judicial. Note-se apenas que os autores e os juízes – muitas vezes os mesmos autores e os mesmos juízes – foram mudando o conteúdo ou a formulação desses princípios à medida que se transformava o regime político em que prosperavam.¹⁸

2.2. Kelsen na doutrina jurídica do nacional-socialismo e do pós-guerra

Se, em tempos de Weimar, as teses kelsenianas eram minoritárias e fortemente atacadas pelo estatismo, pelo nacionalismo e pelo autoritarismo nostálgico, e se, sob o nazismo, Kelsen era objeto de desprezo geral,¹⁹ tendo sido apelidado de judeu liberal perigoso para a grandeza do Estado alemão e para o “novo” direito de corte racista, a serviço das doentias obsessões da casta dirigente, cheia, por certo, de juristas que faziam qualquer coisa para ganhar os favores do *Führer*, depois da Segunda Guerra e da derrota alemã assistiremos à culminação da infâmia, pois se impõem às teses kelsenianas toda a culpa relativa aos despropósitos e às aberrações acontecidas naquele corrupto mundo jurídico.

Converter-se-á em lugar comum, até hoje repetido sem reflexão, a imputação ao positivismo kelseniano dos desmandos jurídicos daquela corte de arrivistas unanimemente antikelsenianos. Dois propósitos bem diversos confluem para semelhante atribuição de responsabilidades à dou-

18 Ulfrid Neumann observou muito sutilmente que foi essa insistência nos princípios supraleais o que permitiu a continuidade de uma doutrina que, depois da guerra, permanecia insultando a legalidade formal tal qual antes e amparando-se em fórmulas que se mencionavam sem qualquer atenção a seu conteúdo. Note-se o exemplo do “bem comum”, princípio do qual os mesmos autores faziam uso em tempos de Hitler e depois, como se nada tivesse acontecido, se bem que, em cada ocasião, adaptavam sua interpretação a suas conveniências e as do poder da vez. Depois de 1949, continuaram insistindo que a chave do direito estava em uma ordem pré-estabelecida na qual o indivíduo inseria-se como pessoa moral e membro da comunidade (NEUMANN, 1994, pp. 147-148).

19 Na edição de 1939 de uma enciclopédia alemã, a *Meiers Lexikon*, o verbete dedicado a Kelsen rezava assim, depois da enumeração de algumas de suas obras: “Representante radical da ‘Teoria Pura do Direito’, típica expressão do destrutivo espírito judeu nos anos do pós-guerra no campo da doutrina jurídica e do Estado. Com seu completo esvaziamento de todo conteúdo real em seus conceitos gerais e formais, Kelsen nega toda substância do direito e do Estado. Suas concepções destruidoras da comunidade estão, enquanto expressão do niilismo político, em completo contraste com os pontos de vista nacional-socialistas” (*Apud* ENGLARD, 1998, p. 183).

trina de Kelsen. Por um lado, boa parte dos professores que escreveram textos atrozes de exaltação ao *Führer* como suprema fonte do direito alemão,²⁰ textos que justificavam a chamada “morte civil” dos judeus e até seu extermínio – e também de outras raças consideradas inferiores, tais como a eslava, os grupos da população considerados degenerados, a exemplo dos homossexuais, e aqueles tidos em geral como inimigos do povo –, dizem que tudo se deveu a um ofuscamento motivado pelo predomínio que, em suas consciências de exímios juristas, teve o pensamento kelseniano e seu suposto lema de que a lei é a lei, *Gesetz ist Gesetz*, e que a lei, sob tal ponto de vista, não podia senão ser acatada e rigorosamente cumprida. Por outro lado, havia quem – com Radbruch à frente – buscava uma maneira de justificar a reprovação dedicada àqueles juízes e funcionários do Estado que então se escusavam alegando que não tinham feito mais do que cumprir com seus deveres ao aplicar a legislação válida, considerando a convicção de que toda lei é justa e deve ser obedecida, acrescentando que tal crença – que os incapacitava moralmente – fora imposta pelo positivismo dominante. Uns se justificavam culpando Kelsen e outros acusavam-no questionando as teses kelsenianas sobre a validade das normas jurídicas. Enquanto isso, nos Estados Unidos da América, Kelsen escrevia contra a continuidade do Estado alemão anterior e em prol da tese de que havia nascido um novo Estado sem vínculos jurídicos com os funcionários do anterior regime.²¹

Os juristas do regime hitlerista continuaram quase todos em suas cátedras universitárias depois de breves períodos de suspensão ou de submissão a caricaturescos processos de desnazificação.²² Também os que foram juízes, fiscais ou funcionários do Estado sob o nazismo, incluídos os funcionários da polícia e da Gestapo, acabaram retornando a seus cargos

20 RÜTHERS, s/d, p. 127 *et seq.*

21 Cf. KELSEN, 1945, p. 518 *et seq.* Para o debate desse momento sobre a continuidade ou não do Estado alemão, com seus vínculos internos com seus funcionários e os externos – em matéria, por exemplo, de tratados internacionais –, cf., em geral, FIEDLER, 1993, p. 333 *et seq.*

22 “Os numerosos catedráticos de Direito que, depois de 1933, haviam saudado, apoiado, legitimado e sustentado dogmaticamente a mudança para um totalitário *Führerstaat* retornaram, com poucas exceções (por exemplo, Carl Schmitt, Otto Koellreutter, Reinhard Höh, Georg Dahm e Karl August Eckhardt), a seus postos, às vezes após uma pequena espera. A grande maioria dos professores de Direito que, depois de 1949, ensinavam e investigavam nas universidades alemãs ocidentais havia feito o mesmo antes da derrota, nas mesmas ou em outras universidades da ‘Grande Alemanha’, desde a Universidade Imperial de Estrasburgo até as de Königsberg e Viena. A consequência foi que a história da ciência jurídica e da administração da Justiça sob o nazismo converteu-se, por muitos anos, nos cursos jurídicos da República Federal, em um tema evitado com todo esmero ou tratado só em seus aspectos parciais ‘não perigosos’” (RÜTHERS, 2001, p. 93).

no Estado instaurado pela Lei Fundamental de Bonn. Entre os professores que haviam posto suas penas a serviço de Hitler, tornou-se habitual uma pouco crível conversão ao jusnaturalismo, tendo se transformado em defensores de uma concepção do direito com forte base moral. Se antes se haviam oposto com todas suas forças ao positivismo jurídico por considerá-lo individualista, dissolvente, judaico e inimigo da grandeza e da expansão do povo alemão, no pós-guerra continuaram com o seu anti-positivismo, mas usando outros argumentos. À época, o ataque dedicado ao positivismo baseava-se na separação positivista entre direito e moral, frente a qual se afirmava o essencial fundo axiológico do direito, o papel determinante da dignidade humana individual e a indubitável vigência positiva e suprapositiva dos direitos humanos. Em regra, foi uma conversão massiva. Sob essa nova e interessada versão, o positivismo jurídico – do qual anteriormente estavam todos imbuídos – seria a causa de não terem sabido apreciar o opróbrio nacional-socialista e de que tivessem prestado seu assentimento aos desígnios jurídicos daquele sistema. Evidentemente, fazia parte de tal operação de autojustificação a difusão de uma versão do positivismo kelseniano que em nada se adequava à doutrina que, em verdade, havia Kelsen defendido ao longo de toda sua obra até aquele momento. Muito em particular, interessava fazer crer que Kelsen sempre havia propugnado a virtude moral de todo direito formalmente válido e o imperativo moral de obediência a quaisquer leis promulgadas pelo poder, o que constitui uma doutrina sem fundamento que tem tido um surpreendente eco ao longo das décadas, chegando inclusive aos dias de hoje.

Os exemplos e os textos poderiam ocupar estantes inteiras. Mencionemos somente um bem representativo, o de Hermann Weinkauff.²³ Nascido em 1894, militou desde 1933 no partido nazista. A partir de 1937 foi magistrado do *Reichsgericht*, tendo sido distinguido em 1938 com uma condecoração, a *Silbernen Treudienst-Ehrenzeichen*, prêmio por sua lealdade ao regime. Depois da guerra, passou alguns meses em um campo de internação norte-americano e, mais tarde, presidiu o *Landgericht* de Bamberg, até que em 1950 foi nomeado Presidente do Tribunal Supremo Federal, o *Bundesgerichtshof*. Não precisou pedir perdão por seu entusiasmo na era do nazismo, nem de dar mais explicações sobre seu zelo judicial naquele tempo, bastando afirmar a tese segundo a qual o positivismo jurídico teria

23 Uma completa exposição de sua biografia, carreira e obra pode ser encontrada em HERBE, 2008.

contaminado a todos. O judeu Kelsen continuava sendo culpado ou bode expiatório.²⁴ Por fim, agora Weinkauff via a luz e começava uma produção doutrinária com contínuas acusações ao positivismo e profissão de fé jus-naturalista. Em 1953, já como Presidente do *Bundesgerichtshof*, Weinkauff encabeçou o protesto contra a sentença do Tribunal Constitucional que negava a trinta e quatro antigos funcionários da Gestapo o direito a se reintegrarem como funcionários da polícia na República Federal Alemã. Ao fim e ao cabo, não lhe faltava razão, pois se ele havia podido chegar a tão alta magistratura tendo sido magistrado sob o nazismo e desorientado por Kelsen, porque não deveriam merecer idêntica sorte os que foram policiais com Hitler e para Hitler?

Em 1952, em seu artigo *Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, escrevia Weinkauff que a doutrina positivista, “dominante durante os últimos cem anos”, afirmava que o direito é válido por expressar a vontade do legislador estatal e que “nós temos vivido e sofrido, e ainda padecemos hoje, as sangrentas consequências”.²⁵ Ele se pergunta o que acontece quando esse direito positivo que vale só por ser produto da vontade do poder se enche de injustiça, quando produz campos de concentração, escravidão, extermínios massivos ou privação arbitrária da propriedade e acusa o positivismo de fomentar, com sua teoria da validade, a aceitação acrítica de semelhantes normas espúrias. Ao contrário, o jusnaturalismo assinala que o direito não pode ser fruto de uma vontade humana puramente autônoma, estabelecendo limites que a lei não pode ultrapassar, limites que todo bom juiz pode descobrir intuitivamente ao se questionar qual é a solução justa para cada caso.²⁶ Assim sendo, onde está o fundamento desses imperecíveis conteúdos de justiça que nenhum direito positivo pode deixar de lado sem perder sua validade? Resposta de Weinkauff: essas normas valem “porque Deus as assentou de maneira vinculante”.²⁷ Por vulnerar esses supremos princípios do direito natural posto por Deus, não seria válida a legislação nacional-socialista que propiciou a perseguição de grupos humanos, o extermínio, a discriminação

24 “O positivismo foi apresentado como bode expiatório, contrapondo-se-lhe um direito natural que – sobretudo na jurisprudência do Tribunal Supremo Federal a partir de 1950 – foi tingindo-se de tomismo” (SIMON, 1985a, p. 59).

25 WEINKAUFF, 1972, p. 211.

26 WEINKAUFF, 1972, p. 212.

27 WEINKAUFF, 1972, p. 213.

e as mais extremas crueldades. Contudo, é o mesmo direito natural que impõe a um Estado a impossibilidade de desaparecer graças à simples ocupação militar ou a meros acordos das potências ocupantes e, em consequência, não pode tal Estado fazer *tabula rasa* dos direitos fundamentais de seus funcionários.²⁸ Ajuda-te, que Deus te ajudará.

As palavras de Weinkauff são enternecedoras, mas não nos esclarecem por que não se lhe revelaram antes de 1945 essas supremas verdades jurídicas, por que ele não encontrou em sua consciência qualquer impedimento para aplicar, como juiz, tais normas injustas ou por que não abandonou o ofício se tanto lhe repugnavam essas leis. Jogar a culpa sobre o sempre insultado positivismo e desfigurar a história era desculpa pueril, mas deu excelentes resultados.

Também Karl Larenz – o muito famoso e influente Karl Larenz – estava sob o influxo positivista quando, no ano de 1934, em sua obra *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*,²⁹ escrevia que a suprema tarefa da Filosofia e da Jusfilosofia alemãs consistia em se livrar da danosa influência do racionalismo e da ilustração, que haviam desembocado no materialismo, no utilitarismo e no positivismo.³⁰ O mesmo Larenz que contundentemente dizia que “a renovação do pensamento jurídico alemão não é pensável sem uma radical ruptura com o positivismo e o individualismo” e que o sinal distintivo da nova ciência jurídica alemã está na “*luta contra o positivismo*, em especial contra a “Teoria Pura do Direito””.³¹ Vale a pena que traduzamos e examinemos com certo cuidado uma boa série de parágrafos dessa obra de Larenz, do mesmo Larenz que, a partir dos anos cinquenta, seria porta-voz da Jurisprudência dos Valores, da dignidade humana e da justiça enquanto propriedade imanente de todo direito possível. Sob o nazismo e nos textos abaixo citados, Larenz não aparece como pensador isolado ou excêntrico, sendo, ao contrário, porta-voz prototípico e destacado da doutrina jurídica que, com o nazismo, se fez oficial e praticamente unânime. Leiamos e perguntemo-nos quanto de positivismo kelseniano há em suas asserções:

28 WEINKAUFF, 1972, pp. 217-218.

29 LARENZ, 1934.

30 LARENZ, 1934, p. 4.

31 LARENZ, 1934, p. 15.

Segundo a concepção alemã, o direito não é uma questão de um querer arbitrário nem de utilidades ou funcionalidades externas, mas uma ordem vital estreitamente relacionada à vida moral e religiosa da comunidade. Isso é incompatível com a opinião do jusnaturalismo da ilustração, que via o direito surgir do interesse dos indivíduos particulares em razão de um ato gratuito, de um contrato. Com essa fundamentação na vontade individual, o direito perde sua dignidade originária e sua autoridade; seu conteúdo é posto à mercê de uma arbitrária criação e, com isso, dos vai-e-vens do interesse individual.³²

A razão de ser da Jusfilosofia alemã estava, segundo Larenz, em

relacionar o direito com sua concreta comunidade, que é sua portadora e, ao mesmo tempo, sua mais alta norma. O direito não nasce [...] da vontade individual, e sim da vontade coletiva; é a vinculante ordem vital da vontade coletiva existente em seu ser, e seu fim é, antes de mais nada, a manutenção e o desenvolvimento dessa mesma comunidade, à qual deve seu ser.³³ [...] Assim como o direito deve sua origem e sua validade à comunidade, do mesmo modo o direito serve, antes de tudo, à vida da comunidade.³⁴ [...] A vinculação do direito à comunidade significa, afinal de contas, que o conteúdo de determinado direito positivo deve se adequar ao correspondente espírito do povo, à consciência moral, às normas morais do povo; significa que o legislador não deve criar o direito segundo seu mero querer, segundo seu arbítrio.³⁵ [...] O positivismo, tal como em sua máxima expressão na “Teoria Pura do Direito” de Kelsen, não é propriamente mais que a manifestação de uma intrusão estrangeira e não tem nenhuma capacidade para compreender o sentido metafísico do conceito de espírito do povo.³⁶ [...] O ideal do positivismo é um Estado de plena segurança jurídica, um Estado no qual as consequências jurídicas de cada ação possam

32 LARENZ, 1934, p. 5.

33 LARENZ, 1934, pp. 6-7.

34 LARENZ, 1934, pp. 8-9.

35 LARENZ, 1934, p. 9.

36 LARENZ, 1934, p. 11.

ser completamente calculadas de antemão, no qual o livre jogo das forças econômicas se desdobre sem interferência sobre os trilhos do direito. Sua interdependência em relação ao liberalismo econômico é mais do que evidente.³⁷

Para o positivismo, “tal qual para o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, o direito é pensado em função do indivíduo, tendo sua razão de ser em proporcionar ao indivíduo a maior medida possível de proteção e segurança, não admitindo a ideia de que o direito existe, sobretudo, por e para a comunidade”.³⁸ A Filosofia do Direito alemã não pode pensar o direito sem relacioná-lo ao “espírito objetivo”, que “é sempre espírito de um povo determinado, internamente formado mediante o sangue e o destino”.³⁹

O particular não é mais do que um membro [*Glied*] de seu povo e dependente em sua vida dele; é por ele marcado e por ele determinado. O espírito de seu povo vive nele, lhe é comunicado mediante o sangue e o determina de modo similar às necessidades naturais.⁴⁰ [...] A validade ideal da norma e a validade real, no sentido de ser seguida, remetem ao mesmo fundamento, são as formas em que se manifesta uma e a mesma realidade: a vontade comunitária. A lei obriga o particular porque é vontade coletiva, sendo, como tal, seguida porque faz parte da essência da vontade comum sua realização. O fato do cumprimento habitual é mais do que mero fato, é expressão da vontade comum que assim se mostra em sua validade. O ato de vontade do legislador [...] não é simples dado fático, mas expressão de uma vontade comum orientada para a duração e a proporção.⁴¹ [...] A “vontade coletiva objetivada na lei” não é meramente o significado objetivo que dita lei possui em conjunção com outros preceitos legais; é mais o significado concreto que lhe é atribuído pela consciência jurídica da comunidade e pela jurisprudência enquanto seu órgão. Tal significado concreto provém da recondução do preceito legal às decisões fundamentais e aos valores, à ideia jurídica con-

37 LARENZ, 1934, p. 13.

38 LARENZ, 1934, p. 14.

39 LARENZ, 1934, p. 16.

40 LARENZ, 1934, p. 23.

41 LARENZ, 1934, p. 30.

creta que vive na comunidade jurídica e que faz de seu direito uma totalidade unitária e plena de sentido.⁴²

Depois de insistir que o legislador não é livre, estando vinculado à consciência moral e jurídica de comunidade de que é mero órgão, pergunta-se Larenz “a quem corresponde, na vida estatal, a última decisão: ao legislador ou a um juiz que o controla?”⁴³ Sua proposta é diversa:

No Estado do *Führer* [*Führerstaat*] a questão se decide de outra maneira, pois pertence à ideia de *Führer* que nele se sintetize do modo mais visível a unidade de vontade do povo e a vontade do Estado. Portanto, ninguém além do *Führer* pode tomar a última decisão sobre se determinadas regras valem ou não. Frente a ele não se necessita de nenhuma garantia de justiça, pois ele, em sua condição de *Führer*, é o “*guardião da Constituição*”, o que equivale a dizer o *guardião da concreta e não escrita ideia de direito de seu povo*. Por conseguinte, uma lei que provenha de sua vontade não deve ser submetida a nenhum tipo de controle judicial.⁴⁴ [...] O juiz está obrigado a reconhecer e a aplicar como direito toda lei que entre em vigor a partir da vontade do *Führer*, mas tem de aplicá-la *segundo o espírito* do *Führer*, de acordo com a atual vontade jurídica, com a concreta ideia jurídica da comunidade.⁴⁵ [...] A concepção alemã de direito coloca a *comunidade* no lugar da mera coexistência de indivíduos e a responsabilidade de cada um, como membro da comunidade, no lugar da abstrata igualdade. A filosofia alemã entende a ideia de liberdade enquanto *responsabilidade* moral, de acordo com a qual cada um, em sua posição, se sabe corresponsável pela totalidade. Da força dessas ideias resultam as velhas orientações básicas da concepção jurídica alemã: a prioridade do interesse coletivo sobre o interesse individual [...], a subordinação dos direitos subjetivos às obrigações a eles relacionadas, a atenuação da contraposição entre Direito Público e Direito Privado e a preferência do primeiro. Para a construção da comunidade do Estado nacional-socialista

42 LARENZ, 1934, p. 32.

43 LARENZ, 1934, p. 33.

44 LARENZ, 1934, p. 34.

45 LARENZ, 1934, p. 36.

é determinante, antes de tudo, a ideia racial, a consciência do vínculo entre o povo e o sangue.⁴⁶

Até aqui vimos citações do trabalho de Larenz de 1934. O mesmo tom faz-se presente em outros escritos seus desses anos. Onde estava a grande influência do positivismo, desse positivismo que, com seu predomínio, havia cegado a consciência jurídica e moral desses excelsos juristas da corte hitlerista? Essa foi a tônica geral da época. Professores e juízes que foram nazistas de estrita observância, que sentenciaram e escreveram com total reverência a Hitler e a seus seguidores e que nunca abraçaram o positivismo kelseniano ou outro similar – bem ao contrário, aliás – atribuíram a um fantasmagórico predomínio desse positivismo na Alemanha e em suas consciências aquela atitude de entrega e entusiasmada submissão. Uma monumental falsidade, uma monstruosa tergiversação histórica.

Está por ser feita – e se deveria fazer – uma antologia de textos nazistas de professores de Direito que logo se tornaram defensores do jusnaturalismo e da indivisível união entre direito e moral. Ainda que – bem considerado e como mais de um autor atual percebeu – ambas as ideias já estivessem presentes no pensamento jurídico nacional-socialista, pois além de existir um específico ramo do jusnaturalismo nazista, representado antes de tudo por Raimund Eberhard e Hans-Helmut Dietze,⁴⁷ a argumentação de autores nazistas reproduzia fielmente os esquemas do anti-positivismo jusnaturalista.⁴⁸ Além disso, a vinculação entre direito e moral, entendida esta como *Sittlichkeit* da comunidade – como moral comunitária pela qual se expressava o sentir e a personalidade da comunidade popular – estava absolutamente presente em todas as doutrinas da época e constituía uma das bases da crítica ao positivismo. Faz falta essa antologia por muitas razões: para colocar em seu devido lugar as responsabilidades de cada qual, para que nos surpreendamos com a grande similaridade entre certas fórmulas e ideias nazistas e alguns lemas que hoje ressuscitam em uma teoria do direito que se pretende progressista e comprometida com as essências constitucionais e, finalmente, para que a mentira grosseira sobre Kelsen e seu positivismo deixem de ter a enorme presença que ainda

46 LARENZ, 1934, pp. 39-40.

47 VALDÉS, 1993, p. 145 *et seq.* e WITTRECK, 2008, p. 35.

48 SCHILD, 1983, p. 439 e 450 e WITTRECK, 2008, p. 43 *et seq.*

têm em muitos países e na cabeça de juristas que continuam ensinando impunemente o que mais convém a seu autoritarismo e a sua falta de informação. Não é este o lugar para tal tarefa, mas me permitirei só mais uma citação a propósito de juízes, legalidade e positivismo. Ouçamos Erik Wolf em 1934:

Deve ficar claro que, quando falamos hoje em dia da vinculação do juiz à lei, o fazemos em um sentido diverso do anterior. Por um lado, porque a ciência jurídica alemã reconheceu há tempos que os parágrafos puramente formais da lei não são nunca capazes, em razão da possibilidade judicial de livre valoração, de assegurar uma plena igualdade de tratamento na Justiça, o que não se deve à má disposição, mas à essência mesma da lei, que contém e deve conter elementos que necessitam de complemento valorativo, aptos a apreender a vida real. Por outro lado, com a identidade que atualmente se dá entre o legislador e o governo, fica garantida uma direção autoritária do juiz por meio dos princípios básicos do governo estatal, dessa maneira proporcionando-lhe apoio firme também no que se refere à sua livre valoração. Precisamente aí se radica a garantia de que toda vontade do *Führer* encontre sua expressão em forma de lei e satisfaça assim a necessidade de segurança jurídica do povo. Nessa medida, também o Estado nacional-socialista é um “Estado de Direito”, não no sentido formal e positivista de um Estado de artigos de lei com um legislador inapreensível, pluriforme e, em última instância, irresponsável, senão no sentido de Estado material de Direito, Estado de justiça material ligada ao povo. Nesse Estado aparece como ideal jurídico um juiz que é mandatário da comunidade popular. Sua liberdade não está delimitada nem pela arbitrariedade e nem por um princípio de segurança jurídica concebido de modo formal-abstrato, sendo essa liberdade guiada e limitada no necessário por meio da ideia jurídica popular encarnada no *Führer* e acrescida à lei.⁴⁹

Mais adiante, Wolf explica por que atribuições como as judiciais somente deveriam ser desempenhadas por nacionais arianos que sentissem em sua alma a voz da raça:

49 WOLF, 1934, p. 352.

A ideia de igualdade de sangue e de raça do povo alude àquela unidade da linhagem alemã em sua essência mais original – com todas suas variantes –, desenvolvida sobre a base natural da herança racial, unidade que é designada pelas expressões “espírito do povo” ou “alma popular”. Essa ideia de direito vê no espírito do povo a sua raiz e a sua meta no serviço à nação, pelo que, ademais, exige que sejam reservadas certas funções especialmente importantes para a construção da comunidade popular a compatriotas racialmente aptos – o que não significa o mesmo que cidadãos com nacionalidade estatal –, pois os estrangeiros ou os nacionais de raças alheias carecem, nesse ponto, do pressuposto de sua inserção no povo. Entre esses postos encontram-se os do funcionalismo público e os do serviço no exército. Tais reservas não significam direitos superiores no sentido de privilégios, mas, ao contrário, supõem para seus portadores um aumento de suas obrigações nacionais e sociais, não oferecendo ao compatriota na raça, por contraste com o estrangeiro de outra raça, nenhuma vantagem individual ou material.⁵⁰

Por sua parte, a magistratura nazista levou a tal ponto seu zelo no serviço ao Estado nacional-socialista⁵¹ que teve que ser advertida pelo Ministro da Justiça Thierack nas famosas *Richterbriefe*, as “*Cartas aos juízes*”,⁵² a primeira das quais foi remetida às autoridades judiciais em setembro de 1942. Em tais documentos insistia-se, entre outros pontos, que os juízes penais se ativessem às penas estabelecidas em lei e abandonassem a prática frequente de impor, para certos delitos, penas superiores às legalmente estabelecidas. Estariam esses juízes impregnados de positivismo legalista?

Kelsen não só serviu de bode expiatório para antigos nazistas e antipositivistas de toda a vida; também seu positivismo converteu-se em base para outra batalha. Finalizada a guerra, apresentou-se na Alemanha o problema de como se deveria tratar juridicamente os juízes e funcionários que aplicaram com extrema dureza as normas mais infames. No caso de muitos funcionários a escusa era a obediência devida, e, no dos juízes, a de

50 WOLF, 1934, pp. 357-358.

51 “Não se pode esquivar do fato de que a maioria dos juízes do Terceiro Reich serviu aos novos dirigentes, primeiro com diligência, logo, talvez algo abatidos, mas ao mesmo tempo submissos e, em geral, sem praticamente nenhum tipo de protesto” (SIMON, 1985a, pp. 56-57).

52 ANGERMUND, 1990, p. 231 *et seq.*; SIMON, 1985b, p. 113 e STAFF, 1978, p. 65 *et seq.*

que não se podia considerar antijurídico seu trabalho de aplicar as normas jurídicas vigentes, por mais horrível que fossem seus conteúdos. Assim, para desautorizar tal argumento, a estratégia que melhor se encontrou foi negar a condição de direito a normas que permitiam, por exemplo, severas condenações por delitos como o de “ofensa à raça” (*Rassenschande*). Se a base das condenações era a autêntica legalidade, não cabia condenar esses juízes como culpados de homicídio ou privação ilícita de liberdade. Mas ao se fazer acreditar que tais normas não eram verdadeiro direito, deixavam os juízes de contar com tal excludente.

Radbruch foi o autor que sintetizou para a posteridade a ideia de que um direito injusto continua sendo direito se foi criado conforme os padrões formais e procedimentais estabelecidos no sistema jurídico. Contudo, se o grau de injustiça das normas alcança graus aberrantes, elas perdem sua validade devido à extrema injustiça. Radbruch, que antes do nazismo se havia alinhado nas fileiras positivistas e que durante a guerra permaneceu na Alemanha privado de sua cátedra,⁵³ abraçava assim, levado

53 Mas não no ostracismo. Em 1934 ele publicou uma biografia de Paul Johann Anselm von Feuerbach; em 1938, a obra *Elegantiae juris Criminalis* e, em 1944, *Gestalten und Gedanken* (HASSEMER, 1990, p. 2). Não olvidemos, tampouco, que seu texto *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* é de 1934. Nele, Radbruch defende o relativismo diante dessa época na qual se tinha instaurado a fé em “valores absolutos”. Radbruch opõe o relativismo frente ao jusnaturalismo, por ser esta uma doutrina que concebe a existência de uma ideia de direito justo perfeitamente cognoscível e objetiva. Por outro lado, o que se comprova é que em cada sociedade há uma ideia culturalmente determinada do que seja o justo. Entre distintos sistemas de valor não há possibilidade de discernir a verdade sem que haja outro juiz possível além da consciência de cada indivíduo. É exatamente o relativismo que justifica o respeito de cada um à consciência moral dos demais, e Radbruch dá como exemplo de tal atitude a de Kelsen, entre outros. Ante a impossibilidade de saber de modo objetivo o que seria o justo, não há mais do que o direito positivo enquanto meio de coordenação coletiva (RADBRUCH, 1990, p. 17 *et seq.*): “O relativismo desemboca no positivismo” (RADBRUCH, 1990, p. 18). Contudo, partindo-se do relativismo não é possível ver na ação do legislador nenhuma suprema verdade, mas mero ato de autoridade. Por isso, “o relativismo desemboca no liberalismo” (RADBRUCH, 1990, p. 19) e “no Estado de Direito”, em que, ademais, o legislador está submetido à lei e vigora a separação de poderes (RADBRUCH, 1990, p. 19). Se a lei não representa a expressão de nenhuma suprema verdade é porque todas as opiniões merecem igual dignidade e respeito. Todos os cidadãos, pensem como pensem, têm de ser tratados enquanto iguais. Em consequência, o relativismo exige um Estado democrático e “a democracia, por sua parte, pressupõe o relativismo”, tal como tem destacado Kelsen “de maneira contundente e convincente” (RADBRUCH, 1990, p. 20). Na democracia pode-se também defender a ditadura, mas não pode a democracia tolerar a renúncia à soberania popular e aí está o limite: “O relativismo é tolerância geral, mas não tolerância frente à intolerância” (RADBRUCH, 1990, p. 21). Devem ser neutralizados todos os poderes irracionais para que se realize o poder das ideias e, portanto, “o relativismo desemboca no socialismo” (RADBRUCH, 1990, p. 21). Radbruch conclui seu escrito assim: “Partimos da impossibilidade de se conhecer o direito justo e acabamos invocando importantes conhecimentos sobre o direito justo. Extraímos do relativismo consequências absolutas, concretamente as tradicionais exigências do direito natural clássico. Por uma via contrária ao princípio metodológico do direito natural, conseguimos fundamentar as exigências objetivas do direito natural: direitos humanos, Estado de Direito, separação de poderes e soberania popular. Liberdade e igualdade, as ideias de 1789, ressurgem a partir da corrente cética na qual pareciam sucumbir. São o indestrutível fundamento do qual podemos nos afastar, mas ao qual sempre temos que retornar” (RADBRUCH, 1990, p. 22). Difícilmente se encontrará uma síntese melhor do que Kelsen escreveu em 1921 na sua obra *Essência e Valor da Democracia*. Arthur Kaufmann, discípulo e biógrafo de Radbruch, pergunta-se porque ele não emigrou quando o nazismo chegou ao poder, dado que nunca comungou com suas ideias. Só passou em Oxford um ano, entre 1935 e 1936. Com a emigração ele teria inclusive evitado

por motivos pragmáticos e políticos, a tese antipositivista de que a moral condiciona a validade das normas jurídicas. Todavia, dessa maneira cristalizou-se para a posteridade a falsa impressão de que o positivismo seria o responsável pelas arbitrariedades jurídicas do nazismo. Desse modo, uma simples estratégia para permitir a condenação, ainda que apenas moral, de certos juízes e funcionários nazistas transformou-se em acusação contra o positivismo.⁵⁴ Na realidade, o que se pretendia era desautorizar o forçado argumento positivista utilizado pelos réus, não lançar sobre o positivismo as culpas pela atuação de juízes e funcionários que sempre abominaram Kelsen e qualquer positivismo. Ora, a estratégia de Radbruch tem uma carga ambivalente. Ao insistir em que os juízes estavam obcecados pela influência do positivismo e eram, em consequência, incapazes de entender que o grau de injustiça daquele direito os dispensava de toda obrigação jurídica ou moral de aplicá-lo, Radbruch ofereceu-lhes o argumento decisivo para afirmar que, ainda que suas ações fossem objetivamente antijurídicas, faltava-lhes o elemento subjetivo do dolo e, portanto, não deviam ser condenados, ao menos quando tivessem se limitado a aplicar a legislação nazista em seus próprios termos, sem deles se afastar.⁵⁵

Segundo Radbruch, a promulgação formalmente válida de uma lei é condição necessária de sua validade, mas não condição suficiente. Também se requer que o conteúdo da norma legal não vulnere certos princípios morais presentes na consciência da humanidade em determinado momento histórico e que, no século XX, sintetizam-se na ideia de direitos humanos. Nos direitos humanos expressa-se contemporaneamente uma ideia de justiça que nenhum direito positivo pode negar sem perder sua validade,

a morte de um filho na guerra. Permanece Kaufmann com a dúvida, pois Radbruch nunca explicou por escrito e nem a seus discípulos as razões de sua decisão (KAUFMANN, 1987, p. 145).

54 Como assinala Thomas Mertens, essa doutrina de Radbruch estaria mais motivada por necessidades práticas – a de permitir as condenações dos nazistas – do que por propósitos teóricos. Tratava-se de evitar que se estendesse um véu de impunidade sobre o passado (MERTENS, 2003, pp. 278-279).

55 PAULSON, 1994, p. 327 *et seq.* e 338 *et seq.* Assim podemos entender as palavras de Monika Frommel quando sinteticamente aduz que: “Após o estabelecimento do nazismo, Radbruch se cala. Depois de 1945, ele tenta compreender o melhor possível e condenar o menos possível os que se adaptaram” (FROMMEL, 1989, pp. 45-46). Ortiz de Urbina ressaltou que: “Lo más grotesco es que Radbruch, víctima personal de la persecución nacional-socialista, acabó facilitando la transición al nuevo estado de cosas de numerosos juristas que, por las circunstancias que fuera, manifestaron su apoyo al régimen nazi” (URBINA, 2007, p. 89). Nessa obra de Ortiz de Urbina as teses de Radbruch são rebatidas de maneira muito competente, tanto a afirmação empírica de que entre os juízes alemães dominava o positivismo quanto a tese conceitual de que o positivismo lhes impedia de se opor aos desígnios do nazismo (URBINA, 2007, p. 77 *et seq.*).

ou seja, sua condição de direito. O mais citado parágrafo de Radbruch sobre a questão é o seguinte:

O conflito entre justiça e segurança jurídica poderia ser solucionado dando prioridade ao direito positivo, enquanto assegurado pela promulgação e o poder, ainda quando seu conteúdo seja injusto e inapropriado. Por outro lado, pode-se entender que, quando a contradição da lei positiva com a justiça alcança uma proporção insuportável, tem-se que a lei, enquanto “direito injusto”, deve ceder diante da justiça. É impossível traçar uma linha precisa entre uma lei que, por sua injustiça, não seja direito, e outra que, apesar de seu conteúdo de injustiça, seja, contudo, uma lei válida. Mas uma fronteira entre ambas pode ser estabelecida com toda precisão: quando nem sequer se pretende a justiça, quando a igualdade – que constitui o núcleo da justiça – é conscientemente vulnerada ao se promulgar o direito positivo, a lei não é meramente direito injusto, mas perde completamente sua natureza de direito. Pois o direito – inclusive o direito positivo – não pode definir-se senão como uma ordem e uma prescrição que, por seu sentido imanente, está determinado a servir à justiça. Medido com esse padrão, boa parte do direito nacional-socialista não alcançou nunca a dignidade de direito válido.⁵⁶

Eis o que passaria para a história como a “fórmula de Radbruch”, de grande influência em autores contemporâneos como Robert Alexy.⁵⁷ Com o objetivo de questionar a tese positivista da validade jurídica, Radbruch une-se à ideia de que o positivismo, com sua afirmação de que “a lei é a lei”, teria dominado indiscutivelmente os juristas alemães, deixando indefesa a doutrina jurídica.⁵⁸ Os partidários do positivismo não tinham mais

56 RADBRUCH, 1990, p. 89. Esse trabalho foi originalmente publicado em 1946 e a tradução acima é nossa. É tarefa extraordinariamente difícil e delicada a de traduzir parágrafos como esse, decisivos na obra de um autor e nos que algum matiz pode ser absolutamente determinante.

57 Entre as numerosas referências em Alexy, cf. ALEXY, 1999, p. 40 *et seq.* Sobre a aplicação da “fórmula Radbruch” às autoridades e ao pessoal de segurança da antiga República Democrática Alemã no caso dos chamados “atiradores do Muro de Berlim”, cf., entre a abundante literatura, ALEXY, 2000, p. 197 *et seq.*; FROMMEL, 1993, p. 81 *et seq.* e VALLALLI, 2001.

58 “El nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios ‘Las órdenes son órdenes’, que se aplicaba a los primeros, y ‘ante todo se han de cumplir las leyes’, que se refería a los segundos. Sin embargo, el lema de ‘las órdenes son órdenes’ no rigió nunca sin limitaciones [...]. En cambio, al principio de que ‘ante todo se han de cumplir las leyes’ no se le puso ninguna limitación. Sino que era la expresión del positivismo jurídico, que, durante siglos, se impuso casi sin ninguna contradicción, entre los juristas alemanes” (RADBRUCH,

remédio além de reconhecer que até a lei mais iníqua é direito.⁵⁹ Trata-se de mais um dos muitos paradoxos na história do pensamento jurídico, pois esse Radbruch que havia sido positivista quando quase ninguém o era – ao menos no sentido do positivismo kelseniano – e que certamente percebeu que a doutrina nacional-socialista rechaçava tal positivismo do modo mais virulento, acabou concordando com suas teses de culpabilização genérica e acrítica do positivismo. O nazismo expulsou de suas cátedras tanto o positivista Radbruch quanto o positivista Kelsen, este forçado ao exílio, enquanto que no nazismo engordavam aqueles que, como Carl Schmitt, sempre haviam se proclamado antipositivistas e antikelsenianos.⁶⁰ A afirmação de que o positivismo foi dominante em Weimar e nos tempos de Hitler não se sustenta historicamente, pouco importa quem a defenda, seja

1990, p. 83. Citamos a tradução castelhana de J. M. Rodríguez Paniagua: RADBRUCH, 1971, p. 3).

59 RADBRUCH, 1972, p. 2. Esse texto de Radbruch foi originalmente publicado em 1947. Acrescenta Radbruch: “A ciência jurídica tem de retornar ao milenar saber da Antiguidade, da Idade Média cristã e da época da Ilustração e tomar consciência de que há um direito mais alto do que a lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão, em resumo, um direito supralegal sob cuja medida a injustiça nada mais é do que injustiça, ainda que sob a forma da lei, e ante a qual uma sentença judicial baseada em tal lei injusta não é verdadeira decisão jurídica, verdadeira jurisprudentia, nada sendo além de não direito [*Unrecht*], ainda quando ao juiz, devido à sua educação jurídica positivista, não se lhe possa atribuir culpa pessoal” (RADBRUCH, 1972, p. 2). Esse último matiz no que se afirma que os juízes não eram pessoalmente culpáveis devido a fato de não conhecerem outro direito além do positivo, tendo sido formados no positivismo, levou alguns autores a entenderem que Radbruch estava propondo uma atenuação da responsabilidade moral e jurídica da magistratura, pretendendo também propugnar uma mudança no modelo educativo dos juristas (MERTENS, 2003, pp. 292-293). Na realidade, a posição de Radbruch no que concerne à responsabilidade dos juízes é bastante equívoca; por um lado, ele ressalta que não eram jurídicas muitas daquelas normas aberrantes que aplicavam, mas, por outro, abre uma via de exculpação que será constantemente usada na jurisprudência posterior, ao assinalar que, por suas convicções positivistas, os juízes poderiam carecer da consciência da antijuridicidade ou que, inclusive, o medo poderia ter-lhes levado a atuar em estado de necessidade. Assim, Radbruch presta pouco serviço à justiça, já que sabemos quanto de falsidade há na suposta ideologia positivista, salvo se nos referimos ao positivismo estatista e metafísico antikelseniano. Ademais, investigações posteriores demonstraram categoricamente que não se configuravam os requisitos do estado de necessidade, pois não eram sancionados, com nenhuma gravidade, os poucos juízes que abdicavam ou que, de outro modo, faziam um uso alternativo do direito (MÜLLER, 1989, p. 197 *et seq*). Sobre a escassíssima resistência judicial, em que se pese a lenda que sobre o assunto propagaram, nos anos cinquenta, autores como Schorn ou Weinkauff, cf. ROTTLEUTHNER, 1987, p. 386. Mas leiamos Radbruch sobre tal tema: “La punibilidad de los jueces por asesinato presupone a su vez que hayan quebrantado el Derecho (arts. 336 y 344 del Código Penal). Porque, en efecto, el juicio de un juez independiente sólo puede ser objeto de un castigo cuando no haya cumplido con el principio fundamental a que tiene que acomodarse esa independencia: la sumisión a la ley, es decir, al Derecho. Si, de acuerdo con los principios que hemos desarrollado, se puede afirmar que la ley que se aplicó no constituye Derecho, como, por ejemplo, en el caso de una pena de muerte encomendada a la libre apreciación, sino que más bien había escarnio de cualquier intención de acomodarse a la justicia, estamos ante un caso de objetiva violación del Derecho. Pero ¿podrían incurrir en el dolo de violación del Derecho al aplicar las leyes positivas unos jueces que estaban tan imbuidos por el positivismo jurídico dominante, que no conocían más Derecho que el establecido en las Leyes? Aun admitiéndolo, les quedaría todavía como último recurso, aun cuando bien lamentable, invocar el peligro de muerte en que se hubieran metido, dada la concepción del Derecho nacionalsocialista, es decir, la ausencia de Derecho a pesar de las leyes: el recurso al estado de necesidad del artículo 54 del Código de Derecho Penal; del que decimos que sería bien lamentable, porque el *ethos* del juez debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida” (RADBRUCH, 1990, pp. 91-92. Utilizamos a tradução castelhana: RADBRUCH, 1971, pp. 18-19).

60 MERTENS, 2003, p. 282.

Radbruch ou qualquer outro, salvo se, como afirma Mertens, definamos o positivismo enquanto uma doutrina que advoga a necessária obediência ao direito positivo pelo simples fato de ser positivo, ideia que, por exemplo, jamais foi postulada por Kelsen. Há inclusive autores que veem na crítica de Radbruch⁶¹ uma autocrítica dedicada àquele fragmento de sua *Rechtsphilosophie* no qual ele sustenta, antes do nazismo, que o juiz deve aplicar a lei ainda que seu conteúdo seja contrário aos ditados de sua consciência sobre a justiça.⁶² Também se pode conjecturar que o positivismo que Radbruch ataca – com sua insistência de que o positivismo põe o direito aos pés do puro poder estatal, pretendendo no fundo legitimar a obediência ao Estado enquanto ente absoluto – é aquele positivismo autoritário que realmente teve grande presença na Alemanha,⁶³ o positivismo do direito do Estado e não o do Estado de Direito.

Em qualquer caso, com autores como Larenz ou Weinkauff, entre tantos outros, e, por outro lado, com Radbruch, consolidou-se a confusão que passaria para a história. Trata-se da confusão entre validade jurídica e obrigação moral. Quando o positivismo kelseniano traçou sua teoria de validade do direito, ele pretendeu simplesmente oferecer um critério que permitisse diferenciar o direito dos demais sistemas normativos, ou seja, distinguir, no plano da descrição, as normas jurídicas das normas morais ou religiosas e dos usos sociais etc. Todavia, em virtude da separação con-

61 WALTHER, 1989.

62 “Para o juiz, é obrigação profissional fazer valer a vontade de validade da lei, sacrificar seu sentimento jurídico ante o imperativo legal, perguntar-se só o que é jurídico e, em nenhum caso, se é justo [...] Desprezamos o sacerdote que predica contra suas próprias convicções, mas elogiamos o juiz que não deixa que sua fidelidade à lei se veja eclipsada por seu sentimento jurídico de signo contrário” (RADBRUCH, 1973, p. 178). Em qualquer caso e em meio ao debate sobre o melhor modo de se entender a filosofia jurídica de Radbruch antes e depois do nazismo, é importante assinalar, como faz Ian Ward, que Radbruch não facilitou o nazismo com sua doutrina primeira (WARD, 1992, p. 203), nem se converteu ao jusnaturalismo em sentido estrito (WARD, 1992, pp. 197-199).

63 Rottleuthner, por exemplo, defende tal tese. Depois de fazer ver que o Radbruch posterior a 1945 ataca três conceitos divergentes de positivismo jurídico, afirma que a opinião segundo a qual o positivismo tinha sido dominante na Alemanha de Weimar só pode ser entendida com referência ao fato de que “a grande maioria dos juristas eram representantes do positivismo em sua variante autoritária, e não no sentido de que entendessem que cada um deve atuar em conformidade com o legislador. Em razão de sua postura autoritária e conservadora proveniente do Império, tais juristas comportavam-se frente ao legislador parlamentar e republicano de maneira reticente ou com rechaço, pois tal legislador não correspondia ao modelo do Estado monárquico autoritário” (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381). Sobre os três tipos de positivismo presentes em Radbruch, cf. ROTTLEUTHNER, 1987, p. 376. Segundo Dieter Simon: “Pode-se considerar como um fato – que inclusive era indiscutível para os contemporâneos – que a jurisprudência da república de Weimar mostrava em seu conjunto uma atitude bastante reservada diante do novo Estado, compreendendo em seu espectro desde a antipatia a contragosto até a hostilidade aberta. A frequentemente citada sabotagem da lei de proteção à república (*Republikenschutzgesetz*) efetivada pelas miseráveis sentenças que declaravam a ausência de caráter injurioso de expressões como “república judia” ou das constantes injúrias à bandeira continua sendo o melhor testemunho disso” (SIMON, 1985a, pp. 52-53).

ceitual entre direito e moral, o positivismo dava por estabelecidas duas teses que devem ser cuidadosamente diferenciadas. A primeira afirma que as normas de validade são estabelecidas autonomamente por cada sistema normativo, de modo que uma norma jurídica não deixa de ser jurídica pelo fato de ter conteúdo imoral, da mesma maneira que uma norma moral não deixa de ser moral, quer dizer, válida conforme o correspondente sistema moral, pelo fato de seu conteúdo ser antijurídico. A segunda aduz que a constatação que um sujeito – um cidadão ou um juiz – realiza em sua consciência, vendo em certa norma uma norma efetivamente jurídica, não vale enquanto critério de resolução do possível conflito moral que a esse sujeito se apresente se, ao mesmo tempo, entende que o mandamento contido nessa norma jurídica é contrário ou, mais ainda, radicalmente contrário à moral que adote como objetivamente verdadeira ou que simplesmente aplique como guia de sua consciência. Que uma norma seja juridicamente válida significa tão só que, conforme o direito, há uma obrigação jurídica de se seguir tal norma. Mas isso não passa de mera tautologia, pois se afirma que as normas jurídicas obrigam juridicamente. Da mesma maneira, as normas morais obrigam moralmente. Um positivismo como o de Kelsen nunca deu um passo a mais para afirmar a existência de uma obrigação moral de obedecer às normas jurídicas, do mesmo modo que não há para o sujeito uma obrigação jurídica geral de obediência às normas morais. Se sob o nazismo existiram pessoas que entenderam que estavam moralmente compelidas a obedecer às normas jurídicas do dito regime, tal se deu pela alta estima moral em que o tinham ou porque, em sua particular consciência, tais preceitos jurídicos eram dignos de obediência devido ao seu elevado conteúdo de justiça, mas jamais se poderá defender, sem grave desfiguração da realidade, que Kelsen sustentou que se está moralmente obrigado a render obediência às normas desse ou de qualquer outro direito pelo simples fato de serem jurídicas. Era o outro positivismo – o estatista, o do direito do Estado – que, sobre a base da qualificação metafísica e moral do Estado, pensava que os cidadãos – meras células da comunidade estatal e nacional – deviam subordinar-se plenamente aos desígnios dessa suprema instância político-jurídica. É esse positivismo metafísico e autoritário que vemos nos textos dos autores do nazismo. Só esse culmina na exaltação comunitária e na submissão do cidadão ao poder.

Não se pode perder de vista que nos dias em que Radbruch apresenta sua nova posição, a capacidade explicativa e fundamentadora da teoria jurídica estava mais do que ultrapassada. Ao fim e ao cabo, Radbruch – e também os professores que, à diferença dele, militaram no nazismo – não deveria ter esquecido que as frequentes invocações ao jusnaturalismo em tempos de Weimar – e inclusive depois de 1933 – não tinham contribuído com grande coisa para frear o entusiasmo doutrinário e judicial diante dos ditados de Hitler. Era necessário iniciar uma nova etapa política e acadêmica. Enquanto os acadêmicos que buscavam escusa para seu anterior apego ao nazismo proclamavam-se positivistas com efeitos retroativos e jusnaturalistas para o futuro, outros pretendiam encontrar fundamento jurídico para reações como aquelas refletidas no Tribunal de Nuremberg, e aqui, sim, sem dúvida, utilizando argumentos positivistas como as condenações que tinham que ser vistas como atentatórias ao princípio da legalidade penal, pois nem no direito alemão e nem no direito internacional da época se podia encontrar base suficiente para sustentá-las. Com esquemas juspositivistas, provavelmente teria que se tornar aceitáveis absolvições moral e politicamente intoleráveis. Lançar mão do jusnaturalismo para justificar os castigos parece mais funcional, mas sob o preço de voltar a tornar as teses jusnaturalistas perfeitamente aptas para quaisquer usos que se lhes queira dar. Era talvez o momento de se fazer justiça à margem do direito e não a partir do direito, por mais que, por óbvias razões políticas, não se quisesse deixar explícito que a doutrina jurídica pouco pode contribuir nessa matéria, devendo a força agir livremente, em especial contra os que, como Hitler e sua camarilha, jamais respeitaram a lei e seus atributos formais.⁶⁴

64 São de grande interesse as considerações críticas de Kelsen sobre o Tribunal de Nuremberg. Cf. KELSEN, 1947, p. 153 *et seq.* Citamos a edição italiana: KELSEN, 1990, p. 141 *et seq.* Um bom resumo da posição de Kelsen pode ser lida no estudo introdutório de Luigi Ciaurro à dita edição. Danilo Zolo resume assim o tema: “Finalizada la guerra mundial, el primer paso hacia la paz debería ser, por tanto, la institución de una Corte de justicia internacional, titular de una jurisdicción obligatoria: todos los Estados que se adhieran al tratado deberían obligarse a renunciar a la guerra y a las represalias como instrumentos de regulación de los conflictos, a someter sus controversias a la decisión de la Corte y a aplicar fielmente sus sentencias. Kelsen pensaba que un tratado de este tipo debería ser suscrito, ante todo, por las potencias vencedoras, incluida la Unión Soviética, y que posteriormente podrían ser admitidas también las potencias del Eje, una vez desarmadas y sometidas a rigurosos controles políticos y militares. Y no había razón para temer que las grandes potencias, una vez suscrito el Pacto, no respetarían las decisiones de la Corte o no la habrían respaldado con su fuerza militar para hacer valer sus sentencias. Ni tenía mucho sentido sostener que, de este modo, se habría ratificado, en el plano jurídico, su hegemonía política y militar. En realidad, las grandes potencias se habrían hecho garantes del derecho internacional: habrían sido ‘el poder que está detrás de la ley’. Al aceptar las reglas del pacto y al hacerlas observar, las grandes potencias se habrían comprometido a ejercer su inevitable preponderancia según los cauces del derecho internacional, y no de forma arbitraria. [Kelsen] considera que uno de los medios más eficaces para garantizar la paz internacional es la aprobación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de quien, como miembro de gobierno o agente del Estado, haya recurrido a la

No puro estado de natureza não há propriamente nem direito positivo e nem direito natural, só a lei do mais forte. O direito apenas adquire sentido e somente pode cumprir sua tarefa quando abandona o mais brutal estado de natureza.

Como quer que seja, os debates entre positivistas como Kelsen ou Hart e jusmoralistas a propósito da validade jurídica têm toda razão de ser e constituem uma peça essencial da teoria do direito. Mas talvez se conceda importância excessiva à dimensão prática ou política da disputa. Como sustentou Georges Vedel, ser positivista ou jusnaturalista não muda em grande coisa a atitude de um homem honesto diante de uma lei iníqua, “não muda nada quanto à dificuldade de se definir a iniquidade; não muda nada quanto ao dever de se lhe resistir [...]. O juiz chamado a aplicar uma lei iníqua, se é positivista puro e duro, se demite. Sendo jusnaturalista, permanece em seu cargo e a declara nula”, mas nenhum deles a aplicaria honestamente.⁶⁵

Ainda se poderia acrescentar que nada impede que quem mantenha uma concepção positivista em teoria do direito decida, sendo juiz, fazer um uso alternativo do direito e assim sabotar, a partir de seu posto, o sistema político-jurídico iníquo. Para desobedecer consciente e deliberadamente uma norma, seja como funcionário, juiz ou cidadão, não é de modo algum imprescindível ser jusmoralista, nem estar convencido de que a mo-

guerra en violación del derecho internacional, es decir, del principio del *bellum iustum*. La Corte, por tanto, tendrá que autorizar no sólo la aplicación de sanciones colectivas a los ciudadanos de un Estado según su ‘responsabilidad objetiva’, sino que también tendrá que someter a juicio y castigar a los ciudadanos concretos personalmente responsables de crímenes de guerra. Y los Estados estarán obligados a entregar a la Corte a sus ciudadanos inculcados. Estos podrán ser sometidos a sanciones, incluida en ciertas condiciones la pena de muerte, aún violándose el principio de irretroactividad de la ley penal, con la única condición de que el acto, en el momento de su cumplimiento, fuese considerado injusto por la moral corriente, aunque no estuviese prohibido por ninguna norma jurídica. Partiendo de estas premisas, Kelsen no puede evitar criticar, en *Peace through Law*, el propósito expresado por las potencias aliadas de constituir un Tribunal internacional que debería haber estado compuesto sólo por jueces pertenecientes a las potencias vencedoras – con la exclusión también de representantes de Estados neutrales – y que habría sido competente para juzgar a los criminales nazis, es decir, a los vencidos. Kelsen vuelve sobre el tema, de modo aún más severo, en un escrito de 1947 dedicado a una crítica de los procedimientos y las decisiones adoptadas en los Juicios de Nüremberg. El castigo de los criminales de guerra, afirma Kelsen, debería ser un acto de justicia y no la continuación de las hostilidades mediante instrumentos formalmente judiciales pero dirigidos realmente a satisfacer la sed de venganza. Y es incompatible con la idea de justicia que sólo los Estados vencidos sean obligados a someter a sus ciudadanos a la jurisdicción de una Corte internacional para el castigo de los crímenes de guerra. También los Estados vencedores deberían haber transferido la jurisdicción sobre los propios ciudadanos, que hubiesen violado las leyes de guerra, al Tribunal de Nüremberg, que debería haber sido una sede judicial independiente e imparcial y no una corte militar o un tribunal especial. No hay ninguna duda de que, para Kelsen, también las potencias aliadas habían violado el derecho internacional. Sólo si los vencedores se someten a la misma ley que pretenden imponer a los Estados derrotados, advierte Kelsen, se salva la naturaleza jurídica, es decir, la generalidad, de las normas punitivas y se salva la idea misma de justicia internacional” (ZOLO, 2005, pp. 37-38).

65 VEDEL, s/d, p. 70. No mesmo sentido: BARATTA, 1968, p. 330.

ral própria é a única moral verdadeira e parte essencial de todo direito que verdadeiramente seja jurídico. Entre decência moral e vinculação teórica em matéria de validade cabem todas as combinações possíveis, como bem ensina a história. Afinal, pode-se ser indecente e jusmoralista, indecente e juspositivista ou decente e qualquer uma dessas duas coisas. Os juristas do nazismo, tão apegados a Hitler e à exaltação da raça, eram certamente indecentes e, além disso, não eram positivistas kelsenianos. Nenhuma dúvida pode pairar sobre tal conclusão.

Vale a pena que nos demorem na tradução e citação de alguns significativos parágrafos de Ingo Müller:

Para o “ordenamento jurídico” do império nazista, a estrita vinculação da magistratura à letra da lei teria sido um freio, uma limitação ao poder estatal. Por isso o juiz se declarava expressamente ligado à “lealdade ao *Führer*”, não sendo fiel à lei. Acolher a letra da lei, ao contrário, considerava-se como algo “típico do pensamento jurídico e moral liberal-judaico” e nada menos que a Sala Penal do Tribunal do *Reich*, sob a presidência de Bunke, advertiu assim à magistratura alemã: “A tarefa que o Terceiro *Reich* põe à jurisprudência dos tribunais só pode ser satisfeita se, na interpretação das leis, ela não se ativer a seu teor literal, mas sim penetrar em sua essência e tratar de colaborar para que sejam realizados os fins do legislador”. Ainda que na época do nazismo – e, sobretudo, depois – qualquer jurista soubesse perfeitamente que a doutrina jurídica nacional-socialista era exatamente o oposto do positivismo jurídico, a afirmação de que os juízes alemães não haviam feito mais do que seguir a lei, como tinham sido adestrados pelos professores democratas da República de Weimar, funcionou como exculpação universal [...]. Não está claro quem foi o inventor dessa lenda da fidelidade dos juristas nazistas à lei, lenda que se lançou contra os professores democratas da época de Weimar como Gustav Radbruch, Gerhard Anschütz e Hans Kelsen, cientistas que em 1933 perderam suas cátedras. O professor Jahrreiss utilizou tal argumento em sua defesa dos acusados no julgamento dos juristas em Nuremberg [...]. Essa explicação da decadência do direito sob o nacional-socialismo estendeu-se rapidamente. O antigo

presidente da *Landgericht*, Hubert Schorn, declarou responsável a “educação positivista” dos juristas. Hermann Weinkauff [...] enumerou a arbitrariedade judicial e o crime judicial como “efeitos devastadores do positivismo jurídico”. Hans Welzel, um dos penalistas ideólogos da ditadura de Hitler, apelou à tão citada frase de Radbruch (“elogiamos os sacerdotes...”) para proclamar pateticamente o seguinte: “Esse escrito é de 1932! Não podemos nos esquecer que os juristas alemães, formados em tais doutrinas, se encontraram com o Terceiro *Reich*. O Terceiro *Reich* levou realmente a sério a doutrina positivista”.

O próprio Welzel deveria ter se recordado do que ele mesmo escreveu em 1935, quando proclamava que “o pensamento concreto de ordem deve ser contemplado como uma unidade [...] em que a comunidade popular, com as necessidades da concreta situação histórica, encontra seu consentimento, o que, no campo jurídico, refere-se à vontade expressada pelo *Führer*, ou seja, a lei”.⁶⁶ Continua Müller: “Mentira deliberada ou ocultamento? A fábula do positivismo, que tem todas as características de uma caricatura, foi adotada com prazer especialmente por aqueles juristas que deveriam responder por crimes cometidos na época nazista, e os tribunais aceitaram a dita desculpa com a melhor disposição”.⁶⁷

Ainda há mais. Na opinião de Müller, essa falsidade histórica que inocentava os juristas nazistas e desacreditava os professores democratas tinha uma vantagem adicional: “Dado que não havia certeza de que o novo legislador democrático não empreendera reformas sociais fundamentais, questionava-se preventivamente a obediência dedicada ao mesmo alegando que já se havia visto no Terceiro *Reich* ao que poderia conduzir a obediência incondicionada ao legislador”.⁶⁸

Como conclusão desta primeira parte, poderíamos sugerir a seguinte pergunta: alguém já viu uma ditadura kelseniana? Pode-se mostrar um só exemplo de regime ditatorial ou tirânico que proclame, como sua doutrina jurídica, o positivismo kelseniano, e que eduque seus juristas na estrita observância dos princípios de tal positivismo? Ao contrário, encontraremos uma infinidade de ditaduras – como a de Franco e as latino-americanas –

⁶⁶ MÜLLER, 1989, pp. 222-224.

⁶⁷ MÜLLER, 1989, p. 224.

⁶⁸ MÜLLER, 1989, p. 225.

que fazem profissão de fé jusnaturalista, discriminando e perseguindo os positivistas. Então, por que a reiterada insistência segundo a qual se deve a Kelsen a teoria do direito que melhor serviria aos propósitos antidemocráticos e ditatoriais do poder estatal? A hipótese explicativa seria a seguinte: conhecidas as circunstâncias sob as quais tal imputação foi gestada na Alemanha, só haveria que se insistir na utilidade que o antikelsenismo representou para os poderes que frequentemente pretendem se legitimar mediante apelações a metafísicas semelhantes às que Kelsen impiedosamente criticava, tais como o direito natural – religioso ou não –, o espírito do povo, a essência da nação e tantas outras enteléquias que governaram o pensamento e a prática política de boa parte do século XX e que só uns poucos pensadores atrevidos e adiantados diante de seu tempo souberam questionar: Isaiah Berlin, George Orwell, Albert Camus, Raimond Aron... Kelsen. E o destino de todos foi o mesmo: ser objeto de desqualificação e desfiguração por quantos autoritarismos têm havido, sejam de direita ou de esquerda.

3. TRÊS GRANDES MENTIRAS SOBRE KELSEN E SUA OBRA

3.1. Proclamava Kelsen que a aplicação das normas jurídicas era uma simples subsunção automática, nada mais do que um elementar silogismo?

Não é pouco frequente que, na polêmica jusfilosófica, as posturas do rival sejam tergiversadas e reduzidas a uma muito elementar caricatura. Tal ocorre, por exemplo, quando o positivismo rotula de simples jusnaturalismo a doutrina jusmoralista de autores como Dworkin ou Alexy, para mencionar duas grandes figuras do debate contemporâneo. Ao fazê-lo, omite as cruciais diferenças existentes entre o jusnaturalismo propriamente dito e outras teorias que, ainda que vinculem a validade das normas jurídicas à sua compatibilidade com certos preceitos morais, não sustentam que a dita moral seja universal e imutável e se encontre gravada na natureza humana, seja por Deus ou pela constituição básica do homem. E o mesmo acontece quando vemos tantos antipositivistas de hoje despaçarem Kelsen, Hart ou Bobbio, vistos como defensores do positivismo ideológico – ou seja, da obrigação moral de obedecer toda norma jurídica pela simples razão de ser jurídica –, como pouco leais às regras do jogo

democrático e como negadores da discricionariedade judicial, que seria substituída por uma visão da decisão do juiz enquanto algo inteiramente determinado pelos puros termos dos enunciados legais. Contudo, se bem considerada, tal acusação se inverte. Com efeito, são muitos desses jusmoralistas contemporâneos os que negam a discricionariedade judicial, rendendo reverência a autoritarismos sem propósito, legitimando ditaduras entendidas como quintessências da justiça jusnaturalista – na Espanha, sem ter que ir muito longe, não devemos nos esquecer de nossa própria história doutrinária – e proclamando que, dado que a norma muito injusta não pode ser jurídica, toda norma jurídica é digna de obediência, ao menos *prima facie*, como tanto gosta de afirmar hoje em dia certa doutrina.

Para fazer Kelsen comungar com a teoria da decisão judicial própria do positivismo metafísico do século XIX é preciso forçar seus termos com autêntico dolo; mais ainda, é preciso não ter lido nem sequer a *Teoria Pura do Direito* por inteiro, pois em seu último capítulo – intitulado “A interpretação” – Kelsen expõe um ponto de vista que está nas antípodas dessa ideia e que melhor se vincularia ao irracionalismo próprio das correntes do chamado realismo jurídico.

Segundo Kelsen, “todo acto jurídico, sea un acto de producción de Derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el Derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el Derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada”⁶⁹ e tal indeterminação pode tanto obedecer a uma intenção do legislador quanto às peculiaridades de nossa linguagem, na qual as palavras geralmente padecem de ambiguidade e imprecisão. Dessa feita, o aplicador do direito “se encuentra ante varios significados posibles” da norma.⁷⁰ Também pode acontecer que, em determinado caso, concorram duas normas contraditórias presentes na mesma lei, ambas “con pretensión simultánea de validez”.⁷¹ Nessas e em outras situações semelhantes o juiz vê-se inevitavelmente exposto à discricionariedade,⁷² pois terá que eleger uma alternativa entre as concorren-

69 KELSEN, 1979a, p. 350.

70 KELSEN, 1979a, p. 351.

71 KELSEN, 1979a, p. 351.

72 “En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible” (KELSEN, 1979a, p. 351) e, “por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una

tes, fazendo-o com base em preferências valorativas estritamente pessoais. Segundo Kelsen, são “a jurisprudência tradicional” e “a teoria usual da interpretação” as que querem

hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación del Derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.⁷³

Kelsen estava falando da doutrina jurídica tradicional, mas lido com olhos de hoje, o trecho parece se referir a autores como Dworkin ou Alexy.

Nesse ponto impõe-se o relativismo axiológico de Kelsen, pois ele afirma que “no existe genéricamente ningún método – caracterizable jurídicopositivamente – según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’”.⁷⁴ Escolher entre as interpretações possíveis de dada norma a que marque a pauta para o caso não é um ato de conhecimento, mas uma opção política do juiz, o qual, nesse momento, não conhece, não constata uma realidade objetiva exterior, mas manda, impõe sua vontade, e o faz inevitavelmente a partir de seu sistema de valores e de suas preferências pessoais:

La realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas.⁷⁵

decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales [...] tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho, en especial, en el acto del tribunal” (KELSEN, 1979a, p. 352).

⁷³ KELSEN, 1979a, p. 352.

⁷⁴ KELSEN, 1979a, p. 352.

⁷⁵ KELSEN, 1979a, p. 354.

Assim, não obstante o juiz deseje submeter sua decisão ao direito, tal direito só a determinará traçando uma moldura, um leque de possibilidades dentre as quais ele escolherá a que melhor se enquadra em sua moral e em seu senso de justiça.

Desse modo, voltemos às velhas imputações e, levando em conta que essas ideias de Kelsen vinham sendo expostas há muito tempo, perguntemo-nos: podiam os juízes nazistas se escudar afirmando que o positivismo do desprezado Kelsen lhes dizia que na lei a verdade não tem mais do que um caminho? Careciam de margem de manobra interpretativa para fazer as normas nacional-socialistas mais humanas, dado que não tinham a dignidade pessoal mínima para, como juízes, simplesmente não aplicá-las ou ao menos se demitirem de seus cargos? A resposta é mais que óbvia. De sua infâmia pessoal fizeram uma desculpa infame e culparam Kelsen, o judeu exilado.

Porém, há mais. Kelsen sustenta que as normas jurídicas têm tal grau de indeterminação que sempre é possível ao juiz ressaltar certa peculiaridade dos fatos para fazer com que o caso não se encaixe sob a norma que não deseja aplicar ou, inclusive, para que não lhe seja aplicável nenhuma norma e que, por se dar então uma lacuna, possa o juiz decidir criando a norma que melhor e mais justa lhe pareça. Ao analisar as consequências do famoso artigo 1º do Código Civil suíço, a teor do qual se o juiz não encontra lei ou costume aplicável, resolverá “segundo a regra que ele mesmo estabelecerá como juiz”, insiste Kelsen que admitir que, em caso de lacuna, o juiz pode decidir como se fosse o legislador, implica que ele pode decidir de acordo com seu livre arbítrio nos casos em que considere intolerável a aplicação da norma.⁷⁶ Se os juízes amiúde não fazem uso dessa possibilidade e não ultrapassam com muita frequência o marco de possibilidades dado pela lei é porque estão imbuídos da convicção de que devem se ater, o máximo e sempre que possível, aos termos da lei e aos limites que demarcam.⁷⁷ Segundo Kelsen, trata-se de uma convicção de natureza ideológica e que não é dada por uma teoria positivista da validade jurídica, mas por outros fatores que configuram as ideologias social e coletivamente dominantes. Aplicando tal ideia à atuação da magistratura sob o nazismo e recordando que o positivismo kelseniano nunca equi-

76 KELSEN, 1979a, p. 254 et seq.

77 AMADO, 1996, p. 158 et seq.

parou validade jurídica à obrigação moral de obediência – nem sequer à obediência judicial –, dever-se-ia averiguar de que fonte proveio o espírito de submissão daqueles juízes. A resposta, ao menos como hipótese, já foi indicada neste trabalho: essa mentalidade – esse deixar-se nas mãos do Estado – vinha exatamente daquele estatismo metafísico e organicista do qual havia mamado o autoritarismo. Os juízes nazistas desprezavam a democracia e adoravam o *Führer* porque consideravam esse demente ridículo como a pessoa mais apta para conduzir a Alemanha aos sonhados destinos de grandeza e império. Não eram positivistas, nem lhes preocupava de nenhum modo a teoria jurídica sobre a validade normativa; eram uns miseráveis pretensiosos, com ambição e vocação de lacaios de um Estado-pai representado por um filho espúrio, Hitler.

Detalhemos um pouco mais. A doutrina kelseniana não só é incompatível com a visão da aplicação do direito como mera subsunção, senão que o próprio Kelsen desautorizou reiteradamente a dita teoria da subsunção. Segundo Kelsen, a decisão judicial tem uma indubitável dimensão criativa, pois “la norma general nunca puede determinar de una manera *total* el acto jurídico que la ha de individualizar”.⁷⁸ Dessa maneira: “el contraste entre *creación y aplicación del Derecho* que suele expresarse en la oposición entre legislación y ejecución, entre *legis latio* y *legis executio*, no es en modo alguno rígido y absoluto, sino solamente la relación entre dos grados sucesivos del proceso productor del Derecho”.⁷⁹ Daí se segue também o fato de a sentença judicial não ter caráter “declarativo”, sendo, ao contrário, “*absolutamente constitutiva* del derecho, es productora de derecho en el propio sentido de la palabra”.⁸⁰

Ademais, Kelsen afirma que, ao ver o juiz como mero autômato, a doutrina da aplicação do direito enquanto pura subsunção coincide com “a ideologia da monarquia constitucional: o juiz, que se tornou independente do monarca, não deve ser consciente do poder que a lei lhe outorga, que lhe tem que outorgar devido a seu caráter geral. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz direito criativamente, mas apenas direito já produzido, que *encuentra* na lei uma decisão já acabada e enumerada”.⁸¹

78 KELSEN, 1979b, p. 203.

79 KELSEN, 1979b, p. 195.

80 KELSEN, 1979b, p. 200. Praticamente em termos idênticos, cf. KELSEN, 1946, p. 114; 1979a, p. 247 e 1988a.

81 KELSEN, 1968a, p. 1888. O original desse artigo é de 1931.

Kelsen volta assim a ressaltar o componente estritamente ideológico de tais doutrinas da decisão judicial, aparentemente hiper-racionalistas. Em outra oportunidade Kelsen explica que a teoria da subsunção do século XIX tem raízes jusnaturalistas, pois aduz que o juiz encontra sua decisão prefigurada na lei do mesmo modo que o legislador encontra a sua na ordem natural. Vale a pena determo-nos com calma nesse argumento de Kelsen. Quem tem ouvidos, que ouça:

A ideia do caráter de mera reprodução que a criação do direito possuiria não se refere unicamente ao processo legislativo, mas muito especialmente à chamada jurisprudência [*Rechtsprechung*]. Esta deve fazer-se valer precisamente por referência a esse nível, qual seja, o do direito positivo. Se o legislador já não é propriamente o criador daquilo que é jurídico, limitando-se a expressar o que, sem necessidade de seu acréscimo, é em si mesmo “jurídico”, menos ainda se pode contemplar a função judicial enquanto criação do direito. Assim como a lei positiva está, na verdade, contida na ordem “natural” – na ideia de direito –, nada fazendo o legislador além de traduzi-la, do mesmo modo a sentença judicial – e esta em muito maior medida – está contida na lei e é dela extraída mediante uma simples operação lógica, sem que o juiz acrescente ou retire coisa alguma. Para o juiz, todo direito está contido na lei, a qual, por meio da ação do legislador, é o reflexo imediato da ordem natural querida por Deus. Dessa forma, ao fundamento epistemológico acrescenta-se um motivo político. Mediante tal perspectiva demonstra-se quão profundamente se ancora no pensamento jusnaturalista a doutrina – também presente no positivismo jurídico – de que o direito está contido na lei, assim como a ideia que dela deriva com consequência: a do caráter meramente reprodutivo e não criativo, do caráter de mera subsunção que teria a [...] *aplicação do direito* [*Rechtsanwendung*]. É a tese – também defendida com grande vigor por supostos positivistas, especialmente pelos fundadores e partidários da Escola Histórica do Direito – de que a legislação positiva não é mais do que a descoberta de um direito que, de algum modo, está previamente dado.⁸²

82 KELSEN, 1968b, p. 233. O original desse texto é de 1927.

O parágrafo é longo e alguém pode se confundir em meio a velhos preconceitos. O que Kelsen contrapõe com toda clareza é o “suposto” positivismo do século XIX – que via na decisão judicial uma subsunção automática e isenta de toda discricionariedade – e sua própria teoria positivista, a qual destaca exatamente o contrário, ou seja, o caráter fortemente criativo e de forma alguma meramente lógico ou automático da decisão judicial. Com efeito, Kelsen sempre insistiu nisso ao longo de toda sua enorme obra. Mas nem todos os que dele falam leram seus escritos ou leram mais do que poucas páginas descontextualizadas e/ou mal traduzidas. Voltemos a nos perguntar com quem se parecem hoje esses juristas que Kelsen retrata como convencidos de que não há mais que uma única resposta correta, a qual o juiz encontra pré-escrita e prescrita no fundo substantivo do direito, em uma ordem “natural” de justiça que, na atualidade, chamaríamos de constitucional, a qual pode ser descoberta com a ajuda de um método que já não é o da subsunção, mas outro, que tem a ver com pesos e medidas, conformando novas metáforas naturalistas de idêntico propósito e similar utilidade ideológica.

3.2. Kelsen já nos convidou alguma vez a submetermo-nos em consciência ao direito positivo ou a obedecer ao direito injusto?⁸³

O relativismo filosófico de Kelsen traduz-se em relativismo axiológico. Não é possível conhecer valores absolutos de nenhum tipo; cabem, porém, valorações objetivas, que são aquelas feitas em correspondência com uma norma. Assim, quando sustentamos que determinado ato é justo, o fazemos à luz de uma norma de justiça que opera como premissa maior do raciocínio. Porém, tal premissa maior é sempre subjetiva, indemonstrável em sua verdade ou validade objetiva. Dessa maneira, todo juízo de valor – ainda que se mostre enquanto aplicação objetiva de dada norma – é sempre relativo, por ser relativa ou hipotética a validade da norma que lhe serve de base. O mesmo pode ser afirmado acerca dos juízos jurídicos, quer dizer, dos juízos de legalidade ou de ilegalidade de certo ato, juízos que têm lugar sempre mediante uma norma jurídica cuja validade última se remete à norma fundamental.

⁸³ Nesta seção reproduzo, com pequenas modificações, o conteúdo de algumas partes de meu livro *Hans Kelsen y la norma fundamental* (AMADO, 1996, pp. 174-185).

Se todo juízo de valor sustenta-se em uma norma, não se pode perder de vista que, para Kelsen, toda norma é resultado de uma vontade, de um querer, nunca de um conhecer. As normas nascem sempre do volitivo, jamais do mero conhecimento ou da razão, nunca do simples pensar, da mera constatação de certa realidade. O *plus* que especifica as normas e lhes dá vida é sempre um ato de vontade e todo ato de vontade pressupõe um sujeito que quer. Em consequência, toda norma parte de um querer inevitavelmente subjetivo. Considerando-se a impossibilidade de demonstração racional da existência de vontades supra-humanas, tem-se que as normas expressam sempre a vontade de um sujeito humano, ou seja, são relativas ao autor que as produz, por mais que sua validade possa objetivar-se em sistemas socialmente implantados tendo em vista a crença compartilhada nessa mesma validade. Tal objetivação desemboca sempre em uma norma cuja validade se pressupõe, nunca se demonstra e para a qual também terá que se pressupor ou fingir uma vontade produtora, como ressalta Kelsen em seus últimos escritos.

Uma primeira consequência da estrita separação que Kelsen traça entre o conhecimento e a vontade produtora de normas é a impossibilidade da razão prática. A mera razão – o conhecimento – não pode por si, sem o auxílio da vontade, gerar normas. Não há razão legisladora⁸⁴ por dois motivos: porque a razão não pode conhecer primeiras verdades ou verdades absolutas e, ademais, porque, ainda que tal fosse possível, sem o elemento volitivo a razão não seria suficiente para normatizar condutas. Só no Deus da Teologia unificam-se razão e vontade, conhecimento e normatização. Todavia, o conhecimento racional não consegue demonstrar a existência desse Deus e nem suplantá-lo, provando que o homem pode simultaneamente querer e conhecer o bem de modo que suas normas sejam vistas como encarnações do bem e da justiça absolutos. Segundo Kelsen, bastar fixarmo-nos na variedade de conteúdos normativos que têm pretendido se justificar como produtos do conhecimento da vontade divina ou como emanções da verdadeira justiça para nos darmos conta de que por trás disso há apenas tentativas de camuflagem ideológica da simples vontade humana que subjaz a toda norma.

Kelsen enfrenta a filosofia da justiça armado com o relativismo axiológico, o emotivismo ético e o conceito negativo de ideologia. A justiça é um valor e, enquanto tal, só pode ser relativo, pois “el problema de

84 KELSEN, 1979a, p. 203.

los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a esta pregunta es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo.⁸⁵ O fato de os sistemas de valores serem também fenômenos sociais e um mesmo valor poder ser compartilhado por um grande número de sujeitos não demonstra a verdade ou a validade objetiva de tais sistemas, dado que:

el criterio de justicia como el criterio de verdad no depende de la frecuencia de los juicios sobre la realidad ni de los juicios de valor.⁸⁶ [...] Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana. [...] Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos.⁸⁷

Justifica-se a abundância de citações literais porque nenhuma explicação pode ilustrar com mais clareza o que Kelsen pensa da pretensão segundo a qual é possível alguém saber o que é justo ou legislar com a ambição de realizar a justiça perfeita. De acordo com Kelsen, a pretensão de justiça absoluta encerra o disfarce da ideologia em sentido negativo, ou seja, a ideologia que serve para ocultar a luta de interesses.⁸⁸ Por isso ninguém deve estranhar o fato de o problema da justiça permanecer sem solução e assim podermos prescindir, acrescenta Kelsen maliciosamente, do fato de que “uno u otro profesor de vez en cuando afirma, bajo la irónica sonrisa de sus colegas, que conoce qué sea lo justo”.⁸⁹

Que consequências tem esse relativismo da justiça para a defesa kelseniana do direito positivo? As maiores possíveis, pois se a justiça absoluta, unívoca e cognoscível por igual para todos não é possível, não pode funcionar como fator de ordem. Confiar a organização social à ideia do

85 KELSEN, 1991a, p. 39. Publicado originalmente em 1952.

86 KELSEN, 1991a, p. 43.

87 KELSEN, 1991a, pp. 58-59.

88 Os grupos sociais lutam pelo poder “sempre sob a máscara da ‘justiça’” (KELSEN, 1968c, p. 341. O texto original é de 1928).

89 KELSEN, 1968d, p. 271. Artigo original de 1927/28.

justo significa ver a luta entre grupos que se enfrentam em nome de seus respectivos interesses sob a roupagem ideológica da justiça. A sociedade tem que ordenar suas disputas com base em um elemento comum, o qual não pode ser incognoscível ou questionado. Só o direito positivo pode oferecer tal base, independentemente dos fatos secundários de que cada direito ampare uma ideia do justo ou de que a eficácia dos ordenamentos jurídicos aumente na medida do convencimento de seus destinatários de que suas normas são justas.⁹⁰

As concepções do justo são múltiplas. Entretanto, por definição, o direito positivo válido só pode ser um, dado que o postulado central da doutrina de Kelsen é o da unidade e da unicidade do sistema jurídico. Não é possível encontrar uma ideia única de justiça,

pero sólo existe un derecho positivo. O bien – si queremos justificar la existencia de los distintos órdenes legales nacionales – existe un único derecho positivo para cada territorio. Su contenido puede ser descrito sin ambigüedad utilizando un método objetivo. [...] A las normas del derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo.⁹¹

O relativismo de Kelsen não se encaixa de modo algum na interpretação que de sua doutrina se faz muito frequentemente, vendo-a enquanto propugnadora da obediência dos sujeitos às normas do direito positivo.⁹²

90 KELSEN, 1968c, p. 826. Originalmente publicado em 1961.

91 KELSEN, 1991b, p. 150. Texto original de 1942.

92 Tal repreensão pode ser encontrada em Alf Ross. Segundo Ross, quando Kelsen equipara a validade ao dever ou à obrigatoriedade de cumprir as normas ele está justificando a existência de um dever moral de cumprir o direito, pois “parece obvio que el deber de obedecer el derecho no puede significar una obligación o un deber jurídico en el sentido en que estas palabras son usadas para describir una situación jurídica que en ciertas circunstancias surge de una norma jurídica, por ejemplo, la obligación del deudor de pagar una deuda estipulada” (ROSS, s/d, p. 368). Ora, o que parece óbvio a Ross não é, na verdade, algo tão óbvio, sendo efetivamente a chave para se compreender o tema. A obrigação jurídica de que trata Kelsen – e que surge sempre que uma norma jurídica é válida e existe um seu destinatário – é a mesma que os juristas descrevem quando explicam o direito válido: trata-se daquela obrigação que emana da norma enquanto dever por ela imposto de fazer ou deixar de fazer algo. Não se trata de uma obrigação de qualquer outro tipo. Portanto, quando Kelsen fala da obrigatoriedade do direito, ele se refere à perspectiva que se tem a partir do próprio direito, ou seja, sobre determinadas condutas afetadas pela norma, da conduta do sujeito vista sob o prisma da norma jurídica, nunca a partir de parâmetros morais, políticos etc. Portanto, nada mais alheio ao pensamento de Kelsen do que entender que “el deber de obedecer el derecho es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, no es un deber jurídico *conforme* al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo, sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo” (ROSS, s/d, 369). Por mais que esta última afirmativa esteja correta, não há nada mais distante do propósito de

Como sabemos, Kelsen pensa que a validade do direito tem como condição sua eficácia. Tal eficácia, afirma Kelsen, depende da propagação na sociedade da ideologia ou da crença de que o direito obriga e, portanto, suas normas devem ser obedecidas.⁹³ Em certas passagens Kelsen ressalta ainda que validade é o mesmo que obrigatoriedade, pois afirmar que uma norma é válida significa que deve ser cumprida, dado que estabelece uma obrigação, um dever de obediência. Mas entender que com tudo isso Kelsen está propugnando a obediência às normas – que ele defende que todo dilema subjetivo e pessoal entre a obediência ou a desobediência deve ser resolvido pelos sujeitos em favor da primeira alternativa – não passa de uma simplificação grosseira de seu pensamento.

Kelsen trata a eficácia e a ideologia social enquanto pressupostos fáticos que têm que se verificar na sociedade para que o direito possa operar. Não são deveres morais nem regras de comportamento distintas das jurídicas. Quando Kelsen menciona a equiparação entre validade e obrigatoriedade, o faz mediante uma perspectiva que podemos chamar de intrassistemática,⁹⁴ ou seja, que se dá a partir do ponto de vista do próprio ordenamento jurídico, de maneira que para o direito positivo suas normas são obrigatórias. O direito tem normas para estabelecer obrigações jurí-

Kelsen – quando ele trata da obrigação jurídica – do que fundamentar um dever “para com o sistema”, e ainda mais se se trata de um dever moral. Kelsen se refere ao dever *a partir* do sistema ou *sob a óptica* do sistema. É também radicalmente falso afirmar que “a Kelsen le preocupa el problema tradicional de la cualidad moral que distingue a un orden jurídico del régimen de un *gánster*” (ROSS, s/d, p. 376). A opinião de Bobbio parece mais ponderada. Esclarece ele que “la teoría pura del derecho no puede ser confundida [...] con la concepción legalista, la cual, entre validez y valor, no realiza ninguna distinción” (BOBBIO, 1974, p. 307). Também Tammelo, ao mencionar outro exemplo, aduz que é incorreta a acusação de que Kelsen propugna a obediência a qualquer direito, por mais injusto que seja (TAMMELO, 1984, p. 248). Da mesma maneira, Delgado Pinto ressaltou o desacerto de críticas como a de Ross (PINTO, 1978, pp. 11-12). Também José Antonio Ramos Pascua se manifestou no mesmo sentido (PASCUA, 1989, p. 45).

93 Podemos associar à ideia de Kelsen acima exposta a de que será mais e melhor obedecido aquele direito que não entre em contradição com motivos contrapostos, ou seja, que não contradiga, por exemplo, a moral socialmente dominante. Cf. KELSEN, 1963, p. 65 – original de 1921 –, texto em que Kelsen afirma que a participação – ainda que indireta – dos cidadãos na criação das normas aumenta a “disposição à obediência”. Em qualquer caso, essa é uma constatação própria do sociólogo, não do cientista do Direito (KELSEN, 1955, p. 143), já que “a la teoría pura del derecho no le importan los motivos reales que muevan a la obediencia a los ciudadanos, pues tendrán que ver con los fines perseguidos por el ordenamiento concreto, históricamente condicionados, y sobre fines la teoría pura del derecho no puede pronunciarse” (KELSEN, 1946, pp. 59-60. Originalmente publicado em 1934).

94 De modo similar, Leser argumentou que é preciso abster-se de entender algo mais do que o cair sob o império do ordenamento, o estar abarcado pelo ordenamento. O *Sollen* jurídico não supõe a vinculação da consciência do indivíduo. Seu sentido é meramente “imanente ao sistema”, razão pela qual não precisa coincidir com o sentido que a conduta possui para o sistema moral (LESER, 1968, p. 230). Conforme tal interpretação, não tem razão Amselek quando acusa Kelsen de “paralogismo” ao confundir “válido” e “obrigatório” (AMSELEK, 1981, p. 470). Kelsen assevera unicamente que, a partir do ponto de vista do direito, validade e obrigatoriedade são a mesma coisa, não que validade jurídica implica obrigatoriedade moral, como entende Amselek.

dicas. Não teria sentido pensar em um direito cujas normas se projetam como inteiramente disponíveis e de cumprimento meramente voluntário. Por isso a sanção é o elemento chave da noção de validade ou obrigatoriedade jurídica, dado que ela é a resposta que o ordenamento positivo prevê para fazer valer a obrigatoriedade constitutiva de suas normas. Na previsão de sanções para o comportamento renitente termina o tema da obrigatoriedade do direito. Nesse sentido, toda norma jurídica é obrigatória, visto que prevê uma sanção para seu descumprimento. Esgota-se assim a perspectiva jurídica de Kelsen sobre a obrigação. Que os sujeitos tenham dilemas morais sobre se devem cumprir a norma ou desobedecê-la é questão que em nada interessa ao direito e nem à sua teoria estrutural, do mesmo modo que não importa ao direito se os indivíduos acatam as normas por convicção, medo ou acaso.

Assim, uma coisa precisa ficar clara: o dever jurídico e o dever moral não têm a menor conexão em Kelsen e nada impede que sejam contrapostos. Pensar de modo contrário significaria dotar a norma jurídica de valor moral intrínseco ou entender sua validade como algo condicionado por seu conteúdo moral, possibilidades que Kelsen rechaça de modo vigoroso. A partir de parâmetros kelsenianos, pensar que existe um dever moral de obedecer às normas jurídicas é tão absurdo como entender que há um dever jurídico de obedecer às normas morais.

A equiparação entre validade e obrigatoriedade em Kelsen praticamente não exige comentário, desde que não se perca de vista que se trata de obrigatoriedade jurídica e não de outra espécie: “Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”.⁹⁵ Esse “deve” expressa a perspectiva que o próprio ordenamento jurídico tem do comportamento do sujeito ou, dito de outra maneira, significa como é visto ou julgado tal comportamento sob óptica do direito. Ainda que trechos como o que acabamos de citar possam induzir ao equívoco que criticamos, em outras passagens resta menos espaço para dúvidas:

la existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. Esto no

95 KELSEN, 1979a, p. 201.

se concibe fuera de la norma jurídica. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción.⁹⁶

Com efeito, as citações inequívocas poderiam se multiplicar infinitamente.⁹⁷ Mencionemos apenas mais um par: “La obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción”⁹⁸ e “decir que una persona tiene la obligación jurídica de comportarse de un modo determinado significa que la conducta contraria está amenazada con una sanción por ser un delito”.⁹⁹

É realmente necessário acrescentar que a obrigação jurídica nada tem a ver com um dever moral de obediência ao direito? Se isso não está totalmente evidente, o próprio Kelsen o reconhece sem deixar margens para dúvidas ao afirmar que “el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral”,¹⁰⁰ ou que “el deber jurídico no puede constituir un deber moral frente al Derecho positivo”.¹⁰¹ Quando Kelsen se refere a “dever jurídico”, o termo “dever” não tem “su significado corriente – el moral – sino un significado puramente lógico”, vinculado à categoria formal da imputação.¹⁰² Kelsen insiste que, sob essa perspectiva, o conceito de obrigação jurídica se emancipa completamente do de obrigação moral.¹⁰³

Em seu artigo *Por que Obedecer ao Direito?* Kelsen demonstra perfeitamente como a pergunta pelo dever de obediência se põe apenas enquanto equivalente do porquê da força obrigatória objetiva do direito, e não a partir do ponto de vista da moral individual. Ao longo desse mesmo texto Kelsen insinua que qualquer tentativa de fundar essa obrigatoriedade objetiva em crenças morais ou religiosas supõe dotá-la de fundamentos

96 KELSEN, 1988a, p. 69.

97 Para uma minuciosa descrição da evolução de Kelsen quanto à diferenciação entre dever jurídico e dever moral, cf. PINTO, 1978, p. 12 *et seq.*

98 KELSEN, 1979a, p. 130.

99 KELSEN, 1991c, pp. 168-169. O original é de 1941.

100 KELSEN, 1979a, p. 131.

101 KELSEN, 1979c, p. 80. Texto original de 1925.

102 KELSEN, 1991d, p. 269. Originalmente publicado em 1951.

103 KELSEN, 1967a, p. 108.

metafísicos e subjetivos, com o que acabaríamos considerando que nenhum direito positivo é, em última instância, obrigatório, razão pela qual “no responde a nuestra pregunta afirmar que el Derecho positivo es válido porque es justo”.¹⁰⁴

Kelsen rechaça a equiparação – ou a mescla – de dever jurídico com dever moral tanto por razões “lógicas” quanto por razões ideológicas. Com as primeiras, aludimos a razões de coerência com seus próprios postulados teóricos; com as segundas, à crítica que Kelsen faz da vinculação entre direito e dever moral de obediência enquanto exemplo típico da tentativa de legitimar ou deslegitimar o direito positivo mediante postulados doutrinários que não envolvem mais do que subjetividade e interesse.

A partir do primeiro desses pontos de vista, vincular o dever moral com o dever jurídico implica misturar a perspectiva empírica – nesse caso, psicológica – com a normativa, o ser com o dever. O que habitualmente se apresenta como um conflito de obrigações vivida pelo sujeito que se debate entre a obediência à norma jurídica ou à sua consciência moral é um conflito que não se desenrola na esfera do *Sollen*, mas no âmbito psicológico dos motivos.¹⁰⁵ Estar obrigado pelo direito e se sentir obrigado por ele são coisas que não se equivalem. Que devido a razões morais alguém não se sinta obrigado a cumprir certa norma jurídica não lhe subtrai a validade, nem faz com que deixe tal norma de ser obrigatória. O que há é um conflito psicológico para o sujeito que tem que decidir se atua conforme os preceitos jurídicos ou conforme sua moral. Contudo, tal conflito não pode ser resolvido nem a partir do sistema jurídico nem a partir do sistema moral, dado que cada qual só vê conforme sua óptica, dando preferência às suas respectivas normas.¹⁰⁶

O vínculo que a obrigação jurídica expressa não é um vínculo psicológico nem se relaciona com o foro interno do indivíduo.¹⁰⁷ Trata-se de um vínculo formal e objetivo, ou seja, uma outra forma de se expressar a realidade da norma em sua função ordenadora de condutas, sob o pressu-

104 KELSEN, 1991e, p. 186. Texto original de 1957.

105 KELSEN, 1968c, p. 303; 1968e, pp. 220-221 e 1988a, pp. 446-447.

106 KELSEN, 1928, p. 111.

107 “La afirmación de que una persona está legalmente obligada a una cierta conducta, es un aserto sobre el contenido de una norma de derecho y no sobre acontecimientos reales, ni sobre el fuero interno del obligado. [...] El deber jurídico no es un vínculo psicológico”, como demonstra o fato de que um indivíduo pode estar obrigado pelo direito ainda que desconheça a norma correspondente (KELSEN, 1988a, p. 83).

posto da sua validade. Por isso, o sujeito jurídico não coincide com o sujeito moral, o que significa que o direito enxerga o indivíduo mediante seus próprios padrões definidores. À semelhança de qualquer outra exigência moral, o postulado de justiça só tem sentido quando dirigido ao indivíduo psicológico, nunca enquanto exigência posta para o direito positivo como “complexo abstrato de normas”.¹⁰⁸

Dissemos que Kelsen rechaça a mescla entre dever jurídico e dever moral também por razões de crítica ideológica. Com efeito, doutrinas que propugnam que os homens devem obedecer às normas jurídicas exercem funções políticas, não científicas, razão pela qual a Teoria Pura do Direito não pode dar esse passo.¹⁰⁹ Tal teoria não aceita a tese de que o direito deve ser moral por natureza em razão de dois motivos: porque essa ideia pressupõe uma moral absoluta e porque predicar a moralidade de um ordenamento jurídico como base para se exigir a obediência enquanto imperativo moral significa legitimar acriticamente esse ordenamento, sendo que, para Kelsen, “no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho, sino describirlo”.¹¹⁰

Por último, não é demais insistir que a especial ênfase posta por Kelsen na autonomia ética do indivíduo e no caráter exclusivamente pessoal da responsabilidade moral pelas próprias ações abona a ideia de que a decisão de se obedecer ou não às leis em dado caso é uma questão estritamente atinente à moral pessoal, não um assunto que o direito ou a ciência jurídica possam resolver e dirigir.¹¹¹

108 KELSEN, 1968f, p. 67. O original é de 1916.

109 KELSEN, 1955, p. 143.

110 KELSEN, 1979a, p. 82.

111 É famoso o texto no qual Kelsen expõe tal tese com meridiana clareza: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo” (KELSEN, 1991a, pp. 59-60). Como pontua Horst Dreier, glosando essa parte do pensamento de Kelsen, a frequente acusação de que a Teoria Pura do Direito deixa os indivíduos indefesos diante de regimes jurídicos iníquos ou de que fomenta uma forma de “nihilismo moral” desconhece que o relativismo kelseniano não pode e nem quer legitimar qualquer tipo de ordem político-jurídica. O erro de tais acusações é confundir “a aceitação científica da validade do direito com a afirmação de seu caráter ético ou moral” (DREIER, 1986, p. 229). “Relativismo – disse Dreier – não quer dizer ausência de critério” (DREIER, 1986, p. 235). A decisão de obedecer ou não à norma jurídica se reserva ao juízo de cada um (DREIER, 1986, p. 231).

3.3. Acaso não foi Kelsen um democrata e um dos mais destacados teóricos e fundamentadores da democracia?¹¹²

Considerando que o relativismo axiológico de Kelsen e sua concepção de racionalidade levam-no a recusar toda tentativa ideológica de justificação moral da obediência ao direito surgida de teorias jurídicas que se querem racionais e científicas, é de se notar que essa mesma concepção o fará questionar a possibilidade de se considerar como racional – e não meramente ideológica e guiada por interesses – qualquer legitimação teórica desta ou daquela autoridade. Porém, aqui desponta novamente o paradoxo. O rechaço kelseniano de toda legitimação de autoridades extra ou suprajurídicas associa-se à sua justificação da autoridade do direito. No fundo de sua doutrina pulsa permanentemente a ideia de que o direito é necessário para que exista sociedade, justificando-se, portanto, por sua função ordenadora. Assim, a autoridade mostra-se como necessária, mas toda autoridade humana é relativa e contingente e, por isso mesmo, insuscetível de justificação racional. Nenhuma pessoa ou sociedade, nenhuma ideia ou representação pode se pretender legitimada para se impor sobre as demais em nome da verdade ou de valores absolutos. A esse respeito, a filosofia kelseniana é plenamente relativista e desmistificadora, não comungando com nenhuma camuflagem ideológica do poder. Trata-se de uma filosofia realista que repele o disfarce dos fatos, vendo apenas ideologia em todas as teorias legitimadoras do poder, por mais que essa mesma óptica realista leve Kelsen a admitir que o poder é necessário na sociedade e que, para se manter, ela necessita de inevitáveis ideologias. Contudo, essa é uma justificação funcional do poder e das ideologias, não uma legitimação de conteúdos concretos de um ou de outras.

Kelsen não é indiferente quanto à alternativa entre anarquia e ordem. Ele não se limita a estabelecer as condições necessárias para que a ordem social possa se dar como alternativa à anarquia, mas também procura justificar a necessidade da ordem mediante argumentos valorativos.

Nesse sentido, é valorativa a concepção kelseniana da natureza humana como essencialmente negativa, por ser agressiva e egoísta. Com efeito, trata-se de um dos elementos que conectam Kelsen a Hobbes.¹¹³ E, so-

112 Nesta seção reproduzo os principais conteúdos de meu livro *Hans Kelsen y la norma fundamental* (AMADO, 1996, pp. 186-199).

113 Barcellona antevê a conexão hobbesiana quando anota que “o problema da ordem social é a obsessão de Thomas

bretudo, são valorativas suas considerações sobre a liberdade enquanto bem que, em última instância, justifica a existência do direito, o qual acaba legitimado à margem de seus conteúdos enquanto garantidor de uma liberdade mínima, a qual, até no mais tirânico dos regimes jurídicos, será maior do que no estado de natureza, ou se não quisermos usar tal expressão – que Kelsen chamaria de fictícia –, em uma convivência na qual os impulsos naturais ou instintivos não fossem freados pela força motivadora da coação jurídica.

O primeiro efeito dessas premissas relativistas e antimetafísicas de Kelsen é sua relativização da comunidade frente ao indivíduo. Ele repele toda justificação da comunidade entendida enquanto entidade superior aos indivíduos que a compõem, justificativa cuja razão é sempre ideológica: a obtenção da obediência dos indivíduos em favor do ordenamento concreto que supostamente encarna a essência da comunidade. Entretanto, Kelsen não pode deixar de sustentar certa supremacia da comunidade, dado que sem isso não caberia a justificação do direito entendido enquanto ordem que se impõe às liberdades particulares. Kelsen renega também, tachando-o de ideológico, o raciocínio rousseauiano segundo o qual a comunidade pode ser a expressão da liberdade de cada um. Com isso Kelsen resolve de modo inovador o conflito entre indivíduo e sociedade ao combinar a justificativa da necessidade do direito com a relativização da comunidade. Segundo Kelsen, não há mais comunidade do que a jurídica, ou seja, aquela que o próprio direito estabelece. Sem direito não há comunidade e não existe – ao menos para a ciência e a observação racional – mais comunidade do que aquela que o direito cria. Dessa feita, o Estado não se identifica com nenhum gênero de comunidade prévia ao direito, sendo apenas a manifestação personificada do ordenamento jurídico. Assim postas as coisas, a supremacia da comunidade não é mais do que a supremacia do direito sobre os indivíduos, supremacia que faz parte do próprio conteúdo conceitual ou razão de ser do direito.

Ao criticar a ideia de que o Estado seria uma realidade natural baseada na união ou interação psíquica, Kelsen assinala que não há dúvida de que “la esencia de toda unidad social es la ‘unión’”.¹¹⁴ Todavia, a única união que pode fundamentar a sociedade é a que se dá por meio de nor-

Hobbes, assim como o será de Hans Kelsen: a ordem é a interdição da guerra civil” (BARCELONA, 1992, p. 152).

114 KELSEN, 1979c, p. 10.

mas. Apenas uma norma ou um sistema de normas pode garantir “aquella síntesis supraindividual que constituye la esencia de todas las estructuras sociales, especialmente el Estado”.¹¹⁵ Não há outro tipo de união supraindividual em sociedade. Os indivíduos estão unidos enquanto obrigados pela norma:

Precisamente en este sentido la comunidad, como sistema de normas referentes a la conducta humana, como orden, está sobre los individuos, constituye una esencia superindividual, cuya esfera específica de existencia no es el reino de la realidad psíquica (es decir, psíquico-individual), sino el reino de la idealidad normativa, y, por tanto, sólo en este sentido, supraindividual; y precisamente en este sentido no hay diferencia entre “asociación” y “norma” u “orden”, sino que la asociación es el orden, porque sólo en éste, en las normas que lo constituyen, existe la unión en la cual se hace consistir todo lo social.¹¹⁶

A inexistência no enfoque kelseniano de qualquer legitimação extrajurídica da autoridade implica que ninguém está legitimado a limitar a liberdade de outrem senão por meio do direito. Entretanto, o problema reside na compatibilização entre liberdade e direito. E tal se põe como um problema porque, como vimos, Kelsen acredita que a liberdade só pode ser desfrutada sob o direito, não sendo sequer realizável sem ele. Eis aí um dos componentes valorativos da obra kelseniana, consistente na elevação da liberdade a critério justificador do jurídico, aspecto em que as ressonâncias kantianas são patentes.

De acordo com Kelsen, originalmente a ideia de liberdade significa ausência de toda restrição ou limitação, assinalando, contudo, que “tal libertad es anarquía”, de modo que não é essa “la libertad que resulta posible dentro de la sociedad, y, especialmente dentro del Estado”.¹¹⁷ Mesmo supondo que exista uma tendência natural à liberdade ou que a liberdade significa, acima de tudo, ausência de toda restrição no atuar, sem ordem e coação os indivíduos não poderão realizar liberdade alguma ou, no máximo, realizar-se-á a liberdade do mais forte. Acima de tudo, a ausência de

¹¹⁵ KELSEN, 1979c, p. 11.

¹¹⁶ KELSEN, 1979c, p. 11.

¹¹⁷ KELSEN, 1988a, p. 338.

restrição à liberdade “natural” vai contra a igualdade na liberdade, eis que falta uma limitação comum a todos. Por isso uma liberdade igual, ao menos minimamente, só é possível sob o direito. Apenas em sociedade – quer dizer, sob uma ordem social que é jurídica – os indivíduos podem exercer um mínimo de autogoverno, por mais paradoxal que tal possa soar. A coação jurídica estaria a serviço da liberdade e assim se justificaria, conforme explicou Kant. Kelsen argumenta:

El símbolo de la libertad debe sufrir un cambio fundamental de significado para llegar a ser una categoría social. Debe dejar de significar la negación de todo ordenamiento social, un estado de naturaleza [...], y debe asumir el significado de un método específico para establecer el ordenamiento social, y un tipo específico de gobierno. Si la sociedad en general y el Estado en particular deben ser posibles, debe ser válido un ordenamiento normativo que regule el comportamiento mutuo de los hombres y, en consecuencia, debe aceptarse el dominio del hombre sobre el hombre por medio de tal ordenamiento.¹¹⁸

Até aqui, parece ser possível resumir o raciocínio de Kelsen a um esquema bem simples: a liberdade é viável somente em sociedade, a qual não pode existir sem direito, ou seja, sem uma lei geral limitadora da liberdade absoluta. O curioso é que Kelsen, não obstante sua crítica a Rousseau,¹¹⁹ acaba também por sustentar que tal liberdade limitada tem que ser autodeterminada pelo indivíduo:

[...] si el dominio es inevitable [...] queremos ser dominados por nosotros mismos. La libertad natural se transforma en libertad social o política. Ser libres social o políticamente significa, ciertamente, estar sujetos a un ordenamiento normativo, significa libertad subordinada a la ley social. Pero significa estar sujetos no a una voluntad ajena, sino a la propia, a un ordenamiento normativo y a una ley en cuyo establecimiento el sujeto participa.¹²⁰

118 KELSEN, 1988b, pp. 230-231. O original é de 1954.

119 KELSEN, 1988a, p. 339.

120 KELSEN, 1988b, p. 231.

É o que Kelsen chama de “metamorfose” da liberdade, graças à qual “la libertad de la anarquía se transforma en la libertad de la democracia”.¹²¹ Há uma derivação da liberdade social ou política a partir da “libertad natural de la anarquía”,¹²² derivação cujo estatuto permanece em Kelsen um tanto equívoco e que se manifesta quando ele afirma que:

para que existan sociedad y Estado, tiene que haber un orden entrelazante de la conducta recíproca de los hombres, tiene que existir, por tanto, el dominio, el *imperium*. Pero si hemos de ser dominados, queremos serlo por nosotros mismos. De la libertad natural se desprende la libertad social o política. Políticamente libre es el que, siendo súbdito, no está sometido a otra voluntad que la suya propia. Con esto se pone de manifiesto cuál es la antítesis radical entre todas las formas de Estado y sociedad. [...] para que sea posible la sociedad como complejo sistemático distinto de la naturaleza, debe existir una legalidad social específica diferente de la legalidad natural. Frente a la ley causal, surge la norma. Desde el punto de vista de la naturaleza, la libertad significa la negación de lo social; desde el punto de vista de la sociedad, la negación de la legalidad natural o causal (libre arbitrio).¹²³

Não se pode estranhar que Kelsen tenha sido tachado de metafísico ou jusnaturalista em sua visão da liberdade enquanto tendência ou instinto natural do homem. Referindo-se à inclinação de se resistir à heteronomia, aduz Kelsen que “es la naturaleza misma que, en busca de libertad, se rebela contra la sociedad”,¹²⁴ sublinhando ainda que “la extraordinaria importancia que la idea de libertad tiene en la ideología política únicamente puede explicarse por el hecho de que esta idea tiene su origen en la profundidad del alma humana, en el instinto primitivo que empuja al individuo contra la sociedad”.¹²⁵

Conclui-se assim que o direito se fundamenta na proteção da liberdade, ainda que o custo seja o de restringir-lhe o caráter geral. Contudo, não se pode ignorar que é possível um direito que realize uma péssima

121 KELSEN, 1988b, p. 234.

122 KELSEN, 1968g, p. 1748. Originalmente publicado em 1927.

123 KELSEN, 1979c, p. 410.

124 KELSEN, 1988b, p. 230.

125 KELSEN, 1988b, p. 234. No mesmo sentido: KELSEN, 1979c, p. 410.

distribuição social da liberdade e de seus benefícios, com o que Kelsen, para ser congruente com seu ponto de partida, admitirá que a interrelação entre o direito e a liberdade que o justifica alcança sua mais perfeita realização na democracia.¹²⁶ Entretanto, isso não significaria proporcionar um fundamento valorativo a determinado tipo de ordem sociojurídica? Kelsen se dá conta de que pisa em um terreno escorregadio se pretende permanecer fiel a seu relativismo. Por isso ele oscila entre a ponderação valorativa da democracia e o tratamento puramente descritivo – diríamos tecnocrático ou funcionalista – desse regime político-jurídico. Apesar de todas as considerações favoráveis à democracia contidas no trabalho de Kelsen que estamos analisando, asseverou ele que:

el examen realizado hasta aquí del fundamento filosófico de la democracia no se dirige ni puede dirigirse hacia una justificación absoluta de este tipo de organización política; no se propone ni puede proponerse demostrar que la democracia es la mejor forma de gobierno. Se trata de un análisis científico, es decir, objetivo, de un fenómeno social, y no de una valoración del mismo que presuponga un determinado valor social como incondicionalmente válido y que demuestre que la democracia es la realización de ese valor.¹²⁷

De acordo com Kelsen, uma “teoria científica da democracia” pode apenas

mantener que esta forma de gobierno trata de realizar conjuntamente la libertad y la igualdad de los individuos y que, *si* estos valores han de ser realizados, la democracia es el medio idóneo para ello; lo que implica que si son valores distintos de la libertad y la igualdad de los miembros individuales de la comunidad, como, por ejemplo, el poder de la nación, los que han de ser realizados, la democracia puede no ser la forma de gobierno adecuada. Naturalmente esta es una justificación condicional de

126 “El camino racional al principio de mayorías ha de hallarse partiendo de la idea de que, si no todos, deben ser libres la mayor parte de los hombres, debiendo reducirse al mínimo la cantidad de hombres cuya voluntad puede estar en contradicción con la voluntad general del orden social. Naturalmente, esto presupone a la igualdad como hipótesis fundamental de la democracia, al exigirse que sea libre el mayor número posible de hombres, y no sólo éstos o aquéllos” (KELSEN, 1979c, p. 412).

127 KELSEN, 1988b, p. 260.

la democracia [...], la única justificación que una filosofía relativista [...] puede proporcionar.¹²⁸

E acrescenta: “la filosofía relativista deja al individuo que actúa en la realidad política la decisión acerca del valor social que debe ser realizado. Ni libera ni puede liberar las espaldas del individuo del peso de esta grave responsabilidad”.¹²⁹ Chegamos assim ao tema do fundamento da democracia, em relação ao qual Kelsen tem que desenvolver alambicados raciocínios para não contradizer os postulados básicos de sua teoria. Ele tenta salvar a coerência de sua doutrina nessa seara mediante dois caminhos. Primeiramente, apresentando a democracia como único sistema defensável ou justificável a partir de postulados relativistas, com o que sustenta que o fundamento desse regime não é estritamente valorativo ou ideológico, mas mero desenvolvimento “lógico” de postulados epistemológicos¹³⁰ cuja defesa acarretará, por exclusão de qualquer legitimação material de regimes político-jurídicos, a defesa do único sistema no qual nenhum valor se legitima para subjugar os outros. Todavia, veremos que nem por isso deixa tal fundamentação da democracia de pressupor a opção por certos valores básicos sem os quais ela não poderia sequer operar. A defesa que, partindo do relativismo, pode ser feita em relação a tal eleição – que, em última instância, é valorativa – é que nela subjaz um elemento condicional e relativístico já assinalado: a escolha pela liberdade, sendo a democracia uma opção relativa, ou seja, uma das muitas possíveis e que por isso mesmo não pode se pretender absoluta. Só quando assentada tal escolha pode-se compreender que seus correspondentes desenvolvimentos valorativos pertencem à lógica dessa eleição de fundo.

O outro caminho mediante o qual Kelsen tenta salvaguardar a coerência de sua construção consiste, como já consignamos, em apresentar suas considerações sobre os requisitos da democracia enquanto desenvolvimentos de uma opção condicionada e relativa: supondo que se escolha a democracia e considerando a base da opção pela liberdade, só se pode conceber com sentido tal regime se forem respeitadas certas regras e pro-

128 KELSEN, 1988b, p. 260.

129 KELSEN, 1988b, p. 260.

130 “Si opto a favor de la democracia, lo hago exclusivamente por las razones expuestas en el último capítulo de esta obra: por las relaciones entre la forma democrática del Estado y una concepción filosófica relativista” (KELSEN, s/d, p. 123, n. 1).

cedimentos que assegurem valores instrumentais para seu funcionamento. Assim, como derivação da liberdade, a democracia seria o valor de fundo que se deve assumir, ainda que tal não possa ser justificado de maneira absoluta. Segundo Kelsen, caso se parta de posições relativistas, não é possível realizar a defesa coerente de nenhum regime diverso do democrático:

A la concepción metafísico-absolutista del mundo, se ordena una actitud autocrática; por el contrario, el relativismo crítico se corresponde con el ideario democrático. Quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo rechazará enérgicamente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de este orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquéllos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más les conviene.¹³¹ [...] Mas quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática.¹³² [...] Quien sólo se apoya en la verdad humana y sólo orienta las finalidades sociales con arreglo al conocimiento humano, no puede justificar la coacción (imprescindible para su realización) de otro modo que por el asentimiento de la mayoría.¹³³

Tentemos sintetizar e esclarecer o raciocínio de Kelsen. Já que renege qualquer justificação baseada em fundamentos absolutos de autoridade, o relativismo leva-nos a defender a liberdade. Mas a liberdade não é possível sem que se distribua a coação de maneira igualitária, o que torna necessário o direito. Com isso, perguntamo-nos que tipo de organização político-jurídica restringe menos a liberdade, ao que temos como resposta ser a democracia, regime presidido pelo princípio majoritário. No entanto, a democracia e o princípio majoritário só são reais e não mera roupagem de uma maior repressão da liberdade quando respeitam certos princípios, reconhecendo em sua base alguns valores. Abordemos, portanto, esses últimos aspectos do assunto.

131 KELSEN, 1979c, p. 472.

132 KELSEN, 1979c, p. 472.

133 KELSEN, 1979c, p. 473.

Obtém-se o maior nível possível de autodeterminação mediante o princípio majoritário. Já que nascemos e vivemos em sociedade, move-mo-nos sempre sob o signo da organização social, ou seja, da restrição da liberdade. Desse modo, em termos práticos, o problema não é o de optar entre a ordem ou a liberdade absoluta, mas como modificar a ordem social respeitando a liberdade. Segundo Kelsen, tal se dá por meio da via da decisão majoritária.¹³⁴ A democracia é, antes de tudo, “una cuestión de procedimiento”.¹³⁵ A ideia de democracia não pode ser condicionada pela realização de certos conteúdos predeterminados nas normas, pois isso significaria subtrair tais conteúdos à decisão democrática. Daí que seja uma “corrupção” do termo identificar “democracia” com determinado conteúdo da ordem social.¹³⁶ Nem mesmo a ideia de bem comum pode representar esse papel, já que não é possível descrever objetivamente o que ela significa; sua fixação em conteúdos determinados, prévios à lei e dela condicionantes depende sempre de valores subjetivos.¹³⁷

Contudo, a vinculação entre procedimento democrático e conteúdos axiológicos funciona na obra de Kelsen em outro nível: sem o respeito a certos princípios e valores a democracia não poderia operar, dado que perderia sua base e careceria dos elementos que a permitem funcionar com sentido. Se a democracia é um sistema de participação dos cidadãos nas decisões – ou pelo menos na seleção dos governantes –, ela não pode se dar sem uma série de liberdades, tais como as de expressão, de reunião, de opinião etc.¹³⁸ Não faz sentido defender a democracia sem propugnar o

134 KELSEN, 1988b, p. 239.

135 “Debe considerarse la participación en el gobierno, es decir, en la creación y en la aplicación de las normas generales e individuales del ordenamiento social que constituyen la comunidad, como la característica esencial de la democracia. El que esta participación sea directa o indirecta [...] no afecta a que la democracia sea en todo caso una cuestión de procedimiento, de método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia. La democracia no es un contenido específico del ordenamiento social, salvo en la medida en que el *procedimiento* en cuestión es, él mismo, un contenido de este ordenamiento, es decir, un contenido regulado por este ordenamiento” (KELSEN, 1988b, p. 210).

136 KELSEN, 1963, p. 94.

137 KELSEN, 1979c, p. 209.

138 “Si definimos la democracia como un método político por medio del cual el ordenamiento social es creado y aplicado por quienes están sujetos a ese mismo ordenamiento, de forma que esté asegurada la libertad política en el sentido de autodeterminación, entonces la democracia sirve necesariamente, siempre y en todo lugar, al ideal de la libertad política. Y si en nuestra definición incluimos la idea de que el ordenamiento social, creado de la forma indicada, debe, para ser democrático, garantizar algunas libertades intelectuales, como la libertad de conciencia, la libertad de prensa, etc., entonces la democracia necesariamente, siempre y en todo lugar, sirve también al ideal de la libertad intelectual. Si en un caso concreto el ordenamiento social no es creado de la forma indicada por la definición o no contiene garantías de libertad, no se trata de que la democracia no sirva a los ideales. Los ideales no son servidos porque la democracia ha sido abandonada” (KELSEN, 1988b, p. 211).

respeito a esses valores, pois tal equivaleria a uma contradição em termos. “Democracia es discusión”,¹³⁹ ressaltava Kelsen, “en una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada”. Mas como seria possível uma verdadeira discussão, uma vez ausente a liberdade para o intercâmbio de argumentos e para a formação de opiniões? “Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos”, e “la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa, y de religión”.¹⁴⁰

A partir de diversos argumentos conectados ao conceito operativo de democracia, Kelsen acaba por fundamentar a necessidade dos valores conceitualmente implicados em tal regime, oferecendo inclusive uma fundamentação para os direitos humanos tão relativa quanto se queira, mas que ao menos ensina que não existe democracia sem a garantia desses direitos mais básicos. Um desses argumentos é o de que “el principio de mayorías responde aún en otro sentido a la idea de libertad política (no de la libertad natural), pues la mayoría presupone, por concepto, una minoría; y el derecho de aquélla implica la licitud de la existencia de ésta”.¹⁴¹ Os direitos fundamentais adquirem sentido na democracia se considerados enquanto instrumentos imprescindíveis para a proteção das minorias, algo consubstancial ao conceito de democracia: “El imperio de la mayoría [...] distínguese de todo otro dominio en que no sólo presupone por esencia una oposición – la minoría –, sino que la reconoce políticamente, y la protege en los derechos fundamentales y de libertad, o en el principio de proporcionalidad”.¹⁴²

139 KELSEN, 1988b, p. 243.

140 KELSEN, 1979c, p. 341.

141 KELSEN, 1979c, p. 412. Sobre a proteção das minorias enquanto requisito consubstancial à democracia, cf. KELSEN, 1963, p. 53 e 1985, p. 255. Devemos levar em consideração que a justificativa última que Kelsen oferece para a proteção das minorias é mais funcional do que valorativa. Os valores ligados à proteção das minorias não são absolutos, mas instrumentais, servindo para a manutenção das regras do jogo, desde que se considere que as regras de seleção democrática de dirigentes são as mais aptas e operativas em uma sociedade avançada. Tal se nota, *u.g.*, quando Kelsen assinala que “uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível em longo prazo porque uma minoria condenada à total ausência de influência acabaria renunciando à participação na formação da vontade comum, tendo em vista que tal participação seria não apenas puramente formal, mas também danosa para essa minoria, com o que se privaria a maioria – que até conceitualmente não é possível sem a minoria – de seu caráter” (KELSEN, 1968g, p. 1766). Daí a importância do procedimento contraditório nos debates parlamentares – que funciona como meio de influência das minorias –, bem como a relevância que a ideia de compromisso entre a maioria e a minoria apresenta na democracia.

142 KELSEN, 1979c, p. 473.

Kelsen entende que todos esses princípios e direitos expressam o que comumente se identifica com o liberalismo político, o que pode ser interpretado enquanto uma declaração – relativa e condicionada – das preferências políticas de Kelsen:

Es de la mayor importancia tener en cuenta que la transformación de la idea de libertad natural, como ausencia de gobierno, en la idea de libertad política, como participación en el gobierno, no implica un completo abandono de la primera. Lo que de ella permanece es el principio de una cierta restricción del poder de gobierno que es el principio fundamental del liberalismo político. La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de éste es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses del individuo, que deben ser protegidos por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales. El respeto a estos derechos salvaguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías.¹⁴³

Essa simpatia de Kelsen pelo liberalismo exige certos esclarecimentos. Em primeiro lugar, tal se mostra enquanto consequência da opção de Kelsen pelo individualismo, o qual, por sua vez, deriva da recusa de qualquer possibilidade de justificação racional da existência de realidades supra individuais e do papel que a liberdade individual desempenha em sua doutrina. Kelsen faz uma interpretação do liberalismo que se encaixa em seus postulados fundamentadores do direito entendido como instituição a serviço da liberdade. Ele aduz que, à diferença do anarquismo,¹⁴⁴ já que para o liberalismo

la coacción estatal es inevitable (considerada como vinculación jurídica), la libertad no puede consistir más que en la autovinculación, en la autodeterminación de quienes han de ser jurídi-

143 KELSEN, 1988b, p. 243.

144 Poderia se pensar que o anarquismo é a postura que melhor se adequa à importância que Kelsen concede à liberdade e ao indivíduo. O dado crucial que o leva a se inclinar em favor do liberalismo e a rechaçar o anarquismo político é sua concepção da natureza humana. O anarquismo pressupõe um ser humano bom por natureza e não egoísta. Assim, se os indivíduos vivessem sem coação, da bondade natural surgiria uma convivência espontaneamente justa e respeitosa. Por seu turno, o liberalismo assenta-se sobre a necessidade da coação – ainda que mínima –, dado que não compartilha de tal visão idílica do humano. Cf. KELSEN, 1979c, pp. 40-41.

camente determinados, y el orden jurídico estatal habrá de ser producido por aquellos mismos para los cuales pretende validez obligatoria; luego el liberalismo exige autolegislação, autoadministração, en una palabra; una forma democrática del Estado.¹⁴⁵

Em segundo lugar, Kelsen separa nitidamente liberalismo político e liberalismo econômico ao assinalar que “la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico”.¹⁴⁶ E quando rechaça os regimes de tradição marxista, não o faz por oposição aos seus modelos de organização social, mas em razão da incompatibilidade que vê entre democracia e princípios organizativos como os da ditadura do proletariado. Todavia, Kelsen não vê com maus olhos a evolução que, partindo do Estado mínimo originalmente proposto pelo liberalismo, desemboca em estruturas que hoje chamamos de social-democratas e que ele apelidava de “socialismo de cátedra”, as quais buscariam a realização de objetivos de justiça e de bem-estar sociais sem abjurar da democracia.¹⁴⁷

145 KELSEN, 1979c, p. 41.

146 KELSEN, 1988a, p. 341.

147 É de sumo interesse e de plena atualidade a polêmica que Kelsen manteve com Hayek em 1955. Cf. KELSEN, 1967b, especialmente p. 176 *et seq.* Hayek defendia a total incompatibilidade entre democracia e socialismo. Kelsen perguntava-se se tal compatibilidade seria possível ou não. Em primeiro lugar, afirmava que as liberdades positivas ou políticas – liberdades de participação dos governados no governo – são plenamente compatíveis com o socialismo. A dúvida é se também o são outras liberdades essenciais à democracia, quais sejam, as negativas, consistentes na isenção de coação e na garantia de certos direitos humanos básicos. A pergunta provém do fato de que o socialismo, graças a seu componente de planificação econômica e de centralização, seria incompatível com a liberdade econômica. Pois bem, Kelsen argumenta habilmente e diz que a liberdade econômica não pode ser considerada a chave para a existência da democracia, pois do contrário haveria que se concluir que já não existe democracia no século XX, tendo em vista que mesmo nos países capitalistas se impõem cada vez mais regulamentações jurídicas a aspectos da vida econômica: “O essencial para a democracia – afirma Kelsen – não é a liberdade econômica, mas sim a liberdade espiritual: a liberdade de exercício religioso, a liberdade científica e a liberdade de imprensa” (KELSEN, 1967b, p. 177). Dessa maneira, a questão crucial é se tais liberdades são ou não possíveis no socialismo. Kelsen faz uso de um argumento sumamente perspicaz, sustentando que a afirmação de Hayek, no sentido de que tais liberdades e a democracia só são possíveis em certo regime econômico – o capitalista – e nunca no socialismo, revelam um determinismo econômico muito próximo ao do marxismo, lançando mão do mesmo esquema de estrutura econômica e superestrutura político-jurídica característica dessa corrente. Ao contrário, Kelsen crê que não há motivos para identificar coletivismo e totalitarismo. Ele admite que em uma economia centralizada a satisfação das necessidades não é livre, dependendo dos fins e das decisões da autoridade. Mas ele também se pergunta se é possível sustentar que tal satisfação é livre nas sociedades capitalistas, reconhecendo que nelas exercem menos liberdades e satisfazem menos necessidades aqueles que não detêm meios econômicos abundantes, diferentemente do que ocorre com quem os possui. A conclusão a que chega Kelsen é que, não importa o que diga a experiência histórica, nenhum argumento teórico pode confirmar a incompatibilidade entre economia socialista e democracia com suas liberdades positivas e negativas. Kelsen também se dá ao trabalho de desacreditar as sucessivas tentativas de demonstrar que o direito de propriedade privada é essencial à democracia, dado que não haveria democracia onde vigorasse a propriedade coletiva ou centralizada (KELSEN, 1967b, p. 186 *et seq.*). Kelsen conclui de modo geral que “a democracia, enquanto sistema político, não está necessariamente ligada a determinado sistema econômico” (KELSEN, 1967b, p. 201).

Kelsen é favorável a uma evolução do liberalismo compatível com um papel crescente do Estado sempre que tal não signifique sua absolutização a serviço de fins que não sejam os do bem-estar e da liberdade social. Ele repele o que chama de liberalismo levado às últimas consequências individualistas,¹⁴⁸ o qual geraria a anarquia e a restrição máxima ou total das funções do Estado e do direito. Negar o Estado e o direito em nome de uma liberdade irrestrita significa aceitar o direito dos fortes sobre os fracos.¹⁴⁹

4. CONCLUSÃO

Só podemos terminar como começamos: perguntando-nos como é possível que tantos hajam atribuído a Kelsen a visão do juiz como aplicador automático e irresponsável das normas jurídicas, a confusão entre obrigação política e obrigação moral e até a responsabilidade pelas transgressões do nazismo como consequência de sua escassa simpatia pela democracia. Para além das exculpantes astúcias de antigos nazistas, de autoritários de toda ordem e de tantos que mancharam suas mãos com sangue e abuso, a contestação impõe-se com inegável evidência: Kelsen foi um grande desmistificador de ideologias opressoras e de estratégias de dominação e, como tal, foi depreciado e vilipendiado durante um século – o XX – que não por acaso foi o século dos grandes mitos políticos e das ideologias que trasladaram o pensamento religioso para esquemas próprios do poder secular. Contudo, parece-nos cômica a obsessão de tantos professores que tentam projetar sobre Kelsen culpas que não são suas, mas deles próprios. Talvez porque, como diz um ditado espanhol, crê o ladrão que todos são de sua própria condição.

148 “Se levado às suas últimas consequências, o individualismo conduz ao niilismo ético e ao anarquismo político” (KELSEN, 1968h, pp. 1506-1507).

149 “Não é o direito dos fortes sobre os fracos a moral dos senhores de Nietzsche e, traduzido para o campo econômico e político, a consequência ou o ideal do liberalismo?” (KELSEN, 1968h, p. 1508).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Defense of Radbruch's Formula. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford: Hart, 1999.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los sentinelas del Muro de Berlín. In: *Doxa*, 23, 2000.

AMADO, Juan Antonio García. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

AMSELEK, Paul Kelsen et les contradictions du positivisme juridique. In: *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (Kelsen et le positivisme juridique), 1981.

ANGERMUND, Ralph. *Deutsche Richterschaft 1919-1945*. Frankfurt M.: Fischer, 1990.

BADURA, Peter. Die Dogmatik des Staatsrechts vom Bismarckreich zur Bundesrepublik. In: *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens*, n. 11. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

BARATTA, Alessandro. Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer "naturrechtlichen" Apologie des Rechtspositivismus. In: *ARSP*, 54, 1968.

BARCELLONA, P. A proposito del principio democratico e della teoria pura del diritto. In: MONTANARI, B. (org.). *Stato di diritto e trasformazione della politica*. Turín: Giappichelli, 1992.

BOBBIO, Norberto. La teoría pura del derecho y sus críticos. Trad. M. Cerda. In: *Revista de Ciencias Sociales*, número monográfico (*Hans Kelsen (1881-1973)*). Valparaíso: Universidad de Chile, 1974.

DREIER, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos, 1986.

ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. In: *Israel Law Review*, 183, 1998.

FIEDLER, Wilfried. Die Kontinuität des deutschen Staatswesens im Jahre 1990. In: *Archiv für Völkerrecht*, 31, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

FROMMEL, Monika. Die Kritik am "Richtigen Recht" durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz. In: PHILLIPS, L., SCHOLLER, H. (org.). *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: Decker & Müller, 1989.

_____. Die Mauerschützenprozesse -eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel. In: HAFT, F. et al (org.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

HASSEMER, Winfried. Einführung. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

HERBE, Daniel. *Hermann Weinkauff: (1894 - 1981): der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KAUFMANN, Arthur. *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*. München/Zürich: Piper, 1987.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. 2. ed. Aalen: Scientia, 1928.

_____. *La teoría pura del Derecho: Introducción a la problemática científica del Derecho*. Trad. Jorge G. Tejerina. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin. In: *American Journal of International Law*, 39, 1945.

_____. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?. In: *The International Law Quarterly*, 2, 1947.

_____. *The Communist Theory of Law*. Londres: Stevens & Sons, 1955.

- _____. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Aalen: Scientia, 1963.
- _____. Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung. In: KELSEN, H. *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967a.
- _____. Demokratie und Sozialismus. In: KELSEN, H. *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967b.
- _____. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968a.
- _____. Naturrecht und positives Recht. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968b.
- _____. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968c.
- _____. Die Idee des Naturrechtes. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968d.
- _____. Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968e.
- _____. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968f.
- _____. Demokratie. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968g.
- _____. Politische Weltanschauung und Erziehung. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968h.
- _____. *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. Vernengo. México, UNAM, 1979a.
- _____. *Compendio de teoría general del Estado*. Trad. Recaséns Siches e J. de Azcárate Flórez. 3. ed. Barcelona: Blume, 1979b.
- _____. *Teoría General del Estado*. Trad. L. Legaz Lacambra. 15. ed. México: Editora Nacional, 1979c.

_____. *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Trad. Rolf Behrman. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

_____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Trad. W. Roces. México: Porrúa, 1987.

_____. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. E. García Maynez. 15. ed. México: UNAM, 1988a.

_____. Los fundamentos de la democracia. Trad. Juan Ruiz Manero. In: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988b.

_____. *La pace attraverso il diritto*. Torino: Giappichelli, 1990.

_____. ¿Qué es justicia?. In: KELSEN, Hans. *¿Que es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991a.

_____. Los juicios de valor en la ciencia del Derecho. In: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991b.

_____. El Derecho como técnica social específica. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991c.

_____. Ciencia y política. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991d

_____. ¿Por qué obedecer al Derecho?. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991e.

_____. *Esencia y valor de la democracia*. Trad. R. Luengo e Luis Legaz Lacambra, s./d..

KERSTEN, Jens. *Georg Jellinek und die klassische Staatslere*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

LAGI, Sara. *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): Los orígenes de “De la esencia y el valor de la democracia”*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

LARENZ, Karl. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1934.

LESER, Norbert. Wertrelativismus, Grundnorm und Demokratie. In: *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit-Fünzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Oesterreich*. Frankfurt M., 1968.

MERTENS, Thomas. Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice. In: *Law and Critique*, 14, 2003.

MÜLLER, Ingo. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München: Knaur, 1989.

_____. Gesetzliches Recht und übergestzliches Unrecht. In: *Leviathan*, 7, 1979.

NEUMANN, Ulfrid.. Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945. In: SIMON, Dieter. (ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Frankfurt M.: Suhrkamp, 1994.

PASCUA, José Antonio Ramos. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses. In: *Law and Philosophy*, 13, 1994.

PAULY, Walter. Georg Jellineks System der subjektiven öffentlichen Rechte. In: PAULSON, S. L., SCHULTE, M.. (org.). *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

PINTO, José Delgado. Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 1978.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, G., SCHMIDT, E., WELZEL, H. *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.

_____. Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

RADBRUCH, Gustav. Deutsche Justiz-Bilanz. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe: Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I*. v. 12. Heidelberg, C.F. Müller, 1992.

_____. Die Erneuerung des Rechts. In: MAIHOFER, Werner (org.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972.

_____. Gestzliches Recht und übergesetzliches Recht. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

_____. *Rechtsphilosophie*. 8. ed. Stuttgart: K.F. Koehler, 1973.

REQUEJO PAGÉS, J. L.. Nota preliminar. In: Kelsen, Hans. *De la esencia y el valor de la democracia*. Trad. J. L. Requejo Pagés. Oviedo: KRK, 2006.

ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Trad. G. Carrió e O. Paschero. In: P. Casanovas, J.J. Moreso (org.). *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, s/d.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung. In: *Demokratie und Recht*, 15, 1987.

RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, s/d.

_____. *Geschönte Geschichten - Geschönte Biographien. Sozialisationskohorten In Wendeliteraturen. Ein Essay*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SCHILD, Wolfgang. Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens. In: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Trad. C. Ximénez-Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985a.

_____. Waren die NS-Richter “unabhängige Richter” im Sinne des 1 GVG?. In: *Rechtshistorisches Journal*, 4, 1985b.

STAFF, Ilse. (ed.). *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt M.: Fischer, 1978, pp. 65ss.

STOLLEIS, Michael. Die Idee des souveränen Staates. In: *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens*, n. 11. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

TAMMELO, Ilmar. Von der Reinen zu einer reineren Rechtslehre. In: KRAWIETZ, W., SCHELKY, H. (orgs.). *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*. N. 5. Berlín: Duncker & Humblot, 1984.

URBINA, Íñigo Ortiz de. *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*. Madrid: Civitas, 2007.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Derecho natural e ideología. In: VALDÉS, E. G. *Derecho, ética, política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

VALLALLI, Giuliano. *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione del “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*. Milán: Giuffrè, 2001.

VEDEL, Georges. Indéfinissable mais présent. In: *Droits*, 11, s/d.

WAGNER, Francisco Sosa. *Maestros alemanes del Derecho público (II)*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WALTHER, M. Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In: DREIER, R., SELLERT, W. (org.). *Recht und Justiz im “Dritten Reich”* Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

WALTHER, Manfred. Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? In: DREIER, R., SELLERT, W. (org.). *Recht und Justiz im “Dritten Reich”*. Frankfurt M.: Suhrkamp, 1989.

WARD, Ian. *Law, Philosophy and national Socialism. Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*. Bern: Peter Lang, 1992.

WEINKAUFF, Hermann. Das Naturrecht in evangelischer Sicht. In: MAIHOFFER, Werner (ed.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*. 2.ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972.

WITTRECK, Fabian. *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen: Mohr, 2008.

WOLF, Erik. Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates. In: *ARSP*, 28, 1934.

ZOLO, Danilo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid: Dykinson, 2005.

O Novo Código de Processo Civil: Superando as Fronteiras entre *Common Law* e *Civil Law*.

Min. Luiz Fux

Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Palestrante internacional na Harvard Law School, na Universidade de Oxford, na Universidade de Coimbra, no Council of the Americas e no Cyrus Vance Center/ NY. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

Bruno Bodart

LL.M. (Master of Laws), Harvard Law School. Doutorado pela Universidade de São Paulo (USP) em andamento. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

A distinção clássica entre as duas tradições jurídicas, *common law* e *civil law*, tem se tornado cada vez mais nebulosa, à medida em que um movimento de aproximação entre os sistemas ocorre em ritmo acelerado. É consabido que os sistemas jurídicos de muitos países são originados das escolas inglesa e francesa. O direito romano-germânico tem por características a contratação de juízes profissionais, códigos jurídicos, escritura

processual, multiplicação dos atos do processo, proliferação de recursos e produção probatória centrada na figura do juiz. Por outro lado, o *common law* confere ênfase aos júris, princípios jurídicos abstratos, oralidade no processo, concentração de atos processuais, reduzidas oportunidades para recursos e produção probatória a cargo das partes primordialmente.

Alguns economistas, inclusive, apontam que a diferença entre tradições jurídicas teria repercussões no próprio desenvolvimento da nação. Segundo o professor de Economia de Harvard Andrei Shleifer, países de *civil law* apresentariam crescimento econômico mais modesto, aparato regulatório mais intenso, direitos de propriedade mais fracos e desempenho pior em quesitos como corrupção, liberdade política e eficiência governamental (Andrei Shleifer *et al*, “*Law and Finance*”, *Journal of Political Economy* n° 106, 1998). Consoante aponta outro professor do Departamento de Economia de Harvard, Edward Glaeser, as peculiaridades entre os sistemas legais remontam ao período medieval, quando o risco de retaliações a jurados e juízes por suas decisões era maior na França que na Inglaterra. Por essa razão, na cultura jurídica inglesa se firmou o exercício da jurisdição por júris locais, ao passo que na França foram adotados juízes selecionados pelo Estado, no intuito de que fossem isolados das pressões dos poderosos senhores feudais (Edward Glaeser *et al*, “*Legal Origins*”, *Quarterly Journal of Economics* n° 117, 2002). O impacto desses caminhos distintos atravessou gerações, mas a ideia de separação inata entre ambas as categorias de sistemas jurídicos perde fôlego modernamente.

A título exemplificativo dessa aproximação entre *common law* e *civil law*, é possível mencionar o funcionamento do moderno processo civil nos Estados Unidos. Uma característica histórica do processo naquele país é o chamado *adversarial system*, pelo qual as partes detêm quase toda a responsabilidade por definir as questões controvertidas e produzir prova. Esse sistema sempre foi justificado pelas seguintes razões: (i) uma decisão mais próxima da verdade é alcançada como resultado do debate direto entre as partes interessadas; (ii) as partes são mais interessadas na resolução da controvérsia e, assim, deveriam arcar com os ônus correspondentes; e (iii) o instinto conflitivo é melhor satisfeito quanto a parte tem a oportunidade de enfrentar diretamente seu adversário. Entretanto, há uma tendência moderna a intensificar as funções ativas dos juízes americanos. Agora,

juízes participam como “*case managers*” ativamente na chamada “*pre-trial discovery*”, bem como na promoção do acordo entre os litigantes.¹

A *pre-trial discovery* é o procedimento destinado a permitir que as partes troquem informações sobre suas alegações e defesas enquanto se preparam para a fase de produção probatória perante a Corte (*trial*). O principal método é a tomada de depoimentos pelas partes e testemunhas, que são questionadas diretamente em “*cross-examination*”. As normas federais de processo civil dos EUA (*Federal Rules of Civil Procedure*) foram alteradas para exigir que ambas as partes forneçam elementos de prova à outra obrigatoriamente. Por exemplo, as partes devem identificar indivíduos que provavelmente possuem informações relevantes sobre o caso, bem assim repassar cópias de documentos que a outra parte possa utilizar para basear suas pretensões (FRCP 26(a)).

Nota-se, quanto ao ponto, que o novo Código de Processo Civil brasileiro introduziu figura semelhante à *pre-trial discovery*, com o novo tratamento conferido à produção antecipada da prova. Essa figura processual deixa de ter caráter cautelar e passa a ser cabível sempre que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (art. 381, III). Dessa forma, evita-se que o excessivo otimismo do indivíduo se converta em uma demanda desnecessária a mais nas prateleiras do Judiciário. Cumpre também ressaltar, quanto ao tópico, que o novo CPC também conferiu nova sistemática à produção de prova testemunhal, na esteira da tradição do *common law*. Assim, o art. 459 do novel diploma determina que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. Como se pode notar, o Brasil, de um lado, passa a contemplar a figura do *cross-examination* no processo civil, sem abrir mão da importância central do juiz como “*case manager*” e gestor da produção probatória.

1 José Carlos Barbosa Moreira observa que também no Reino Unido foram realizadas mudanças legislativas “que vêm afastando o mundo anglo-saxônico do modelo clássico do *adversary system*, para dar ao órgão judicial função de maior relevo na atividade de instrução. A figura do juiz ‘passivo’, que se limitava a receber dos litigantes os elementos de convicção sobre os fatos, já não corresponde, por exemplo, àquela que se desenha no vigente direito inglês.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135).

Quanto a outro ponto de destaque, nos EUA há enorme ênfase em relação aos processos coletivos, na medida em que, por meio das chamadas *class actions*, indivíduos assumem a função de “promotores privados do interesse público”, ajuizando demandas em defesa da coletividade em causas relevantíssimas, como antitruste e direitos fundamentais. O antecedente histórico das *class actions* é a *bill of Peace* inglesa do século XVII, que permitia a propositura de demanda por uma parte representativa de um grupo quando um grande número de pessoas, unidas por interesse comum, pudesse ser representada adequadamente pela parte em juízo. O tratamento atual das *class actions* é amplamente inspirado nesse modelo. A *Federal Rule of Civil Procedure* 23 estabelece diversos requisitos para a certificação de um caso como *class action*, incluindo a existência de questões comuns (de fato ou direito), de um numeroso grupo interessado, de uma parte representativa capaz de proteger os interesses da classe, bem como de pretensões que sejam típicas dessa classe.

Mais especificamente, a *class action* norte-americana é uma forma de “contencioso representativo” que impede qualquer outro indivíduo de ajuizar uma ação sobre o mesmo tema. Para preservar os interesses daqueles que não atuam diretamente no processo e ficarão vinculados pelo seu resultado (salvo os que exerceram o *opt out*), exige-se que o Judiciário “certifique” a existência de certos requisitos antes de aceitar a *class action*: (i) existência de uma classe objetivamente identificável da qual o representante faça parte, sendo necessário estar claro quais indivíduos serão vinculados; (ii) inconveniência do “litisconsórcio”, pois a classe é muito numerosa (*numerosity*); (iii) existe ao menos uma questão de fato ou direito que seja comum a todos os membros da classe (*commonality*);² (iv) a pretensão formulada é típica do grupo, decorrendo dos mesmos eventos e com argumentos jurídicos similares (*typicality*); (v) a parte representativa (*representative party*) protegerá adequadamente os interesses da classe – seriedade, credibilidade, capacidade técnica e econômica (*adequacy of representation*).

O novo Código de Processo Civil brasileiro estimula o chamado “*private attorney general*” por meio do Incidente de Resolução de Demandas

2 A Suprema Corte dos EUA decidiu, no caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* (2011), que o representante deve demonstrar terem todos os membros da classe sofrido a mesma lesão. Na situação concreta, a classe era composta por funcionárias do Wal-Mart que alegavam ser discriminadas em termos de salários e promoções pelos gerentes das lojas. A Suprema Corte negou a certificação como *class action* em razão da necessidade de provar em cada caso concreto a existência de discriminação.

Repetitivas, cujo cabimento demanda efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, além do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Desse modo, o cabimento do incidente é informado por requisito bastante semelhante à *commonality* do Direito norte-americano. Importante destacar que o incidente nasce de um processo individual, podendo ser instaurado inclusive pelas partes (art. 977, II, do CPC/2015), e objetiva sanar a controvérsia em caráter geral. Afinal, a tese jurídica fixada a partir do incidente será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem, ou venham a tramitar no futuro, perante os órgãos jurisdicionais submetidos ao Tribunal responsável pela decisão (art. 985, I e II, do CPC/2015). Noutras palavras, o IRDR constitui excelente ferramenta para a valorização e reforço do sistema de precedentes.

A propósito, uma preocupação central do novo Código, relacionada a esse aspecto, é a relativa à uniformização e estabilização da jurisprudência. O art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. A uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela novel legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais seguras para a aplicação do direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados.

A segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência. A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Nos Estados Unidos, onde a higidez dos precedentes é valorizada, apenas 2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis nas Cortes estaduais e menos de 2% (dois por cento) das causas cíveis federais não são resolvidas por acordo, dependendo de solução jurisdicional.

Em suma, o descompromisso com a estabilidade da jurisprudência é um importante fator para o que normalmente se acusa como “demandismo” e “cultura de litigância”.

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do Direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios, consoante preceitua a professora de Harvard Kathryn Spier (Litigation. In: Handbook of Law and Economics. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007. p. 298). Tudo isso apenas é possível à medida que as decisões judiciais sejam motivadas em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subsequentes.

Em um plano mais abrangente, o destaque ao dever de motivação é permeado por todo o texto do novo diploma. O art. 11 do Código de Processo Civil de 2015, em sua parte final, impõe a nulidade de qualquer decisão do Poder Judiciário destituída de fundamentação. Já o art. 489, § 1º, do mesmo diploma, enumera hipóteses em que “não se considera fundamentada” a decisão judicial – na realidade, são hipóteses nas quais a fundamentação, embora existente, é deficiente, incapaz de atender ao dever de motivação. Particularmente, o inciso VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O dispositivo se justifica tendo em vista que o Código passa a adotar um sistema de precedentes vinculantes, nos termos do seu art. 927. O afastamento da jurisprudência vinculante, nesse sentido, somente será legítimo se realizada a necessária distinção entre o caso julgado e o paradigma (*distinguishing*), ou mediante a demonstração da superação do entendimento por legislação superveniente ou novo entendimento do próprio Tribunal, em julgamento devidamente motivado.

Um fator que contribui para a insegurança jurídica na jurisprudência diz respeito à motivação das decisões colegiadas. O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 encontrará um grande obstáculo na sistemática de votação dos Tribunais. É muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros. É verdade que, à luz do art. 1.038, § 3º, do CPC/2015, o conteúdo do acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Nada obstante, frequentemente a tese fixada no dispositivo do acórdão demanda interpretação à luz das motivações fornecidas individualmente pelos julgadores. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*).

Para que se garanta que as disposições do novo Código serão refletidas em frutos concretos para os cidadãos, é imperioso estar atento à racionalidade que inspirou a sua elaboração. Como ensina Richard Posner, a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas.³ O estoque de capital, assim, traduz-se em menos demandas judiciais, já que, sendo possível realizar um prognóstico de suas chances em juízo, as partes tendem a solucionar suas desavenças consensualmente – ou as desavenças podem sequer ocorrer. Mais ainda, a heurística derivada da aplicação de precedentes simplifica a tarefa do julgador, poupando recursos na solução dos casos.

Este paralelo entre os sistemas norte-americano e brasileiro representa bem a tendência de aproximação e harmonização entre os diferentes

3 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 759.

sistemas jurídicos. A influência mútua entre as diferentes tradições de sistemas jurídicos conduz a um profícuo aprimoramento contínuo e bilateral. Pelo Direito Comparado, o cientista social examina cuidadosamente o desempenho de regras jurídicas variadas em sociedades heterogêneas. O resultado pretendido é a evolução dos sistemas de justiça para que melhor atendam ao cidadão jurisdicionado e à sociedade em geral.

O Papel do Julgador na Jurisdição Moderna

Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte¹

Doutorando pela Universidade de Salamanca – Espanha. Mestre em Processo pela UERJ. Possui duas Pós-graduações pela Universidade de Salamanca. Juiz de Direito TJERJ. Juiz integrante da Corte TRE/RJ de 2ª grau, biênio 2017/2019. Conferencista e Coordenador Editorial da Revista da EMERJ. Professor visitante da Universidade de Barcelona. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Carioca de Processo. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

RESUMO: Este estudo busca, examinando a problemática contemporânea da postura do julgador, tratar do gerenciamento processual, bem como o esforço de repensarmos um novo padrão comportamental e de gestão, principalmente com a constitucionalização do Direito Processual Civil e com o Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do processo; gerenciamento; papel do julgador; Código de Processo Civil de 2015.

Testemunhamos, com o avanço da modernidade, que o juiz desempenha um papel evoluído na presente sociedade, abandonando a antiquada postura recomendada pelo Direito da França de uma simples “*bouche de la loi*”, não é o juiz um simples funcionário do Estado, um mero e pragmático executor das leis.² O Judiciário passou por transformações, exigindo um novo padrão comportamental do julgador.

¹ O presente estudo é extraído de um dos capítulos da tese a ser apresentada como defesa de Doutorado pelo autor junto à Universidade de Salamanca na Espanha, sob orientação do Professor Doutor Adán Carrizo Castell.

² PICARDI, Nicola. *Introduzione as Code Louis*. Tomo 01, *ordonnance civile*, 1667. Milano: 1996, página 25 a 30.

Por outro lado, o atuar do magistrado não é absolutamente discricionário e arbitrário, sob pena de tornar-se um déspota na condução dos processos. Deve o juiz trabalhar dentro de um cenário legal estruturado e arrimado em preceitos constitucionais garantísticos mínimos.

Como leciona EDUARDO CAMBI³, o motor a impulsionar a postura do julgador deverá ser a busca pelo processo justo, resguardando as garantias fundamentais do processo, típicas de um cenário de Estado de Direito:

Por isto, a alternativa ao passivismo judiciário não é o ativismo tosco, pelo qual o juiz está livre para julgar conforme o seu senso de justiça. Pregar que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis, os precedentes judiciais que buscaram interpretá-las e os ensinamentos doutrinários que os aclamaram, para impedir que o juiz impusesse seu próprio ponto de vista, abrirá um enorme espaço para a tirania.

A intervenção judicial não é ampla e incondicionada.

Vivemos décadas marcadas por movimentos corporativos e neocorporativos, tendo como reflexo uma necessidade desenfreada de codificar, com a consequente reverberação nas legislações civil e processual civil, ou seja, as condutas sociais nunca tiveram tanta tipificação como nos dias atuais.⁴

Tamanha diversidade de normas permite uma ação maior com um leque de soluções bastante amplo para atuação do julgador, sempre calçado na lei e na premissa máxima da realização dos valores pertinentes ao devido processo legal. Consequentemente, notamos um aumento do papel do magistrado, em especial, tendo um papel primordial no gerenciamento do processo, conduzindo-o para que a solução se revele o mais célere e justa possível. O juiz moderno mescla valores gerenciais às suas funções mais típicas.

O juiz coloca-se como o descobridor/desbravador da norma a ser aplicada⁵, um verdadeiro arqueólogo com expressivo comprometimento

3 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Editora RT. São Paulo:2010, página 247

4 FERRAJOLI, Luigi. Scienze giuridiche. In STAJANO (organizador), La Cultura Italiana del Novembre. Bari:1996, página 589 e seguintes

5 Rechtsfindung. O juiz busca a melhor norma a ser aplicada. O juiz jamais cria a norma, função de outro poder – legislativo.

hermenêutico, marcado pelo propósito de garimpar o que melhor se adequa ao caso concreto, enquadrando-se na noção de *proceso giusto*⁶ e atuando para resguardo da dignidade humana.

Em diversas legislações pelo mundo⁷, especialmente após a Carta de Roma de 1950, o homem torna-se o vetor primordial a impulsionar toda a lógica normativa, algo típico ao pós-positivismo. De igual forma, no âmbito processual não deve ser diferente. A dignidade humana deverá ser o norte a guiar a atuação do julgador.

Outrossim, devemos compreender que a performance do juiz não se limita apenas ao encontro da norma em si, mas a sua perene e constante reinterpretação, aplicando os anseios de evolução social ao que interpreta. Daí, com o exercício de sua discricionariedade, o magistrado coloca-se como um criador da decisão, sendo certo que toda decisão demanda atividade criativa e discricionária do indigitado.⁸

TARUFFO⁹ nos faz recordar que o juiz assume um novo papel nos sistemas processuais mistos, ou seja, mesclando conceitos do *civil law* e do *common law*, repelindo a decrépita noção de processo inquisitivo:

El término “inquisitorio” es, pues, confundente porque nunca ha existido, no existe tampoco en la actualidad en ningún ordenamiento un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente como inquisitorio: esto es, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de oficio por el juez. Por otra parte, no es casual que la tradicional contraposición entre proceso *adversarial* y proceso *inquisitorial* se considere carente de validez en el plano de la comparación entre modelos procesales. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística a fin de dejar de utilizar el término “inquisitorio”, al menos para referirse al proceso civil. Conviene hablar, más bien, de *modelos mixtos* para referirse a

6 Aqui recordo o conceito basilar de Comoglio e toda sua obra e base garantística processual

7 Podemos citar como exemplos o art 24 da Constituição da Espanha, bem como as Emendas quinta e décima quarta da Constituição Americana

8 TARUFFO Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, v. 11, 2001.

9 TARUFFO, Michele. PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 249-271

aqueillos ordenamientos procesales —que actualmente son bastante numerosos— en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos.

Por óbvio, quando tratamos desta atuação discricionária do julgador, não se pode dar a conotação de um desempenho absolutamente ilimitado, sob pena de tornar-se um ditador. Não pode o juiz atuar como bem entende, sob pena de violar a si e aos valores que guarda, corrompendo o que defende.

A atuação discricionária não condiz com o arbítrio, com o subjetivismo, tratando-se de um poder limitável e controlável¹⁰. Aqui temos primordiais mecanismos que limitam a atuação do julgador, itens absolutamente essenciais, como: (1) o resguardo às garantias fundamentais; (2) a publicidade; (3) ponderação de valores a serem resguardados; (4) a fundamentação; (5) os fatores ligados à definição de processo justo entre outros.¹¹

O magistrado, ao buscar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do processo, nunca, jamais deverá pautar seu comportamento pela violação aos princípios da harmonia, separação e independência dos poderes.

Primeiramente, devemos deixar de lado aquela visão antiquada do julgador como mero expectador inerte, aquele que somente observa passivo a atuação das partes, consentindo que o processo prossiga sem qualquer compromisso com seu resultado, com a duração razoável e com as garantias fundamentais.

Seguramente, o magistrado moderno assume o processo, passa a guiá-lo tomando um papel bem mais gerencial, governando e zelando para que o mesmo chegue ao seu fim com a preservação da celeridade de suas garantias fundamentais.

O juiz adota um protagonismo essencial, assumindo uma postura epistêmica capital, qual seja: perseguir a verdade processual. Seu atuar de-

10 PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Editora Forense GEN. Rio de Janeiro:2008, página 17-18

11 Nos alerta o professor brasileiro Dalmo de Abreu Dallari, ressaltando que se trata de um compromisso a ser assumido pelo juiz para uma Justiça melhor (p.44-45): “Nas sociedades democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo aos responsáveis por toda ofensa a esses direitos, é tarefa que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3ª edição. Editora Saraiva:2007, página 38)

verá ser no sentido de jamais permitir dilações desnecessárias ou posturas temerárias dos personagens processuais.¹²

Tem surgido debates e críticas à posição e performance do julgador, por vezes, apontando o juiz gestor como se imerso num quadro quase ditatorial, por conseguinte, cataloga-se como ativismo para provocar toda sorte de críticas.

A experiência prática nos indica que muito, reitero, muito mais vale a sociedade um juiz com iniciativa, criativo, preocupado com a efetividade do processo do que um juiz apático, sem compromisso com a boa dinâmica processual. O juiz deverá “*governar*” o processo, garantindo sua correção epistêmica e garantindo que seu fluxo ocorra naturalmente¹³.

De fato, como salienta NICOLA PICARDI, a expansão do âmbito processual de atuação do julgador, ocorrida na jurisdição civil e processual civil, coloca o juiz no centro dos debates, como um “*desenvolvedor de funções*” que ontem era restrito a outras instituições. Acrescenta o professor que o juiz ganha um acréscimo considerável de seus poderes, quer no confronto legislativo, quer quanto ao âmbito da administração.¹⁴

Em momentos históricos de omissões e inércias estatais, não é censurável uma atuação mais presente do Judiciário, obrando como protagonista, a passividade estatal exige um posicionamento jurisprudencial criativo, lícito, ético, garantístico e positivo.¹⁵ Se o Estado falha, a cidade-

12 Um bom exemplo da atuação do julgador e de seu importante papel decorre da colheita das provas e de todo desenvolvimento probatório. Com relação ao tema, vale trazer a lição de BEDAQUE: “A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da ‘postura instrumentalista que envolve a ciência processual’. Essa postura favorece, sem dúvida, a ‘eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos’. Contribui, enfim, para a ‘efetividade do processo’, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia de solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, página 169-170)

13 Neste sentido: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Editora Macial Pons. Filosofia e Direito. Madrid: 2012. Página 200-201.

De igual forma, esperar inerte a ação do administrador público no Brasil nos faz lembrar os ensinamentos de EDUARDO CAMBI: “Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isso, é fechar os olhos para uma realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inaqueado do dinheiro público”. (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Editora RT. São Paulo: 2010, página 245).

14 PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. Editora Forense GEN. Rio de Janeiro: 2008, página 04-05

15 Neste sentido: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas pú-

nia é violada, ao passo que o Judiciário é chamado a assumir um papel essencial.¹⁶

O direito e o mundo pós-moderno não mais têm espaço para a passividade jurisdicional, ao contrário, necessitam, carecem de uma atuação transformadora dos magistrados, marcada pela produção responsável de projetos sociais de justiça inclusiva. Por óbvio, no nosso horizonte, deve estar o foco de que o Judiciário não pode invadir e ocupar campos exclusivos de atuação de outros poderes, tornando-se um superpoder.

Neste ponto, valho-me dos ensinamentos de TARUFFO¹⁷:

Considerações gerais desse gênero seriam provavelmente suficientes para demonstrar que a equação do tipo “poderes instrutórios do juiz : regime autoritário” e “juiz passivo : regime liberal são vagas e genéricas e reproduzem-se a slogans polêmicos privados de valor científico.

TARUFFO conclui que o juiz deverá caminhar com respeito rigoroso às garantias fundamentais das partes no curso da relação processual, contudo, não deverá abandonar a necessidade epicentral de buscar a verdade processual. E mais, entende que a oposição a um papel ativo do julgador, além de não ter amparo histórico e político, configuram medidas antisistêmicas.¹⁸

Assim, não mais assiste o juiz inerte ao espetáculo processual, ao contrário, passa a ser um autêntico impulsionador da boa caminhada pro-

blicas e protagonismo judiciário. Editora RT. São Paulo:2010, página 248.

16 Vale recordar a posição de TARUFFO com relação a estigma criado e dela decorrente: “Este tipo de consideraciones generales serían probablemente suficientes para demostrar que ecuaciones del tipo «poderes de instrucción del juez = régimen autoritario» y «juez pasivo = régimen liberal» son vagas y genéricas y se reducen a eslóganes polémicos carentes de valor científico. No obstante, dado que estas ecuaciones corresponden a actitudes bastante difundidas, vale la pena verificar si tienen algún fundamento desde un punto de vista comparado e histórico”. (TARUFFO, Michele. PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 249-271).

17 TARUFFO, Michele. Processo Civil Comparado: ensaios. Editora Macial Pons. São Paulo: 2013, página 63.

18 “O problema dos poderes instrutórios do juiz pode, pois, ser sintetizado nestes termos: a atribuição desses poderes e seu efetivo exercício – naturalmente com respeito rigoroso aos direitos processuais das partes – correspondem a uma necessidade epistêmica, tratando-se de instrumentos que têm como fim atingir ao escopo de apuração da verdade. Vice-versa, a oposição a um papel ativo do juiz na produção das provas parece motivada exclusivamente por opções ideológicas: tais opções, além de histórica e politicamente infundadas, configuram-se em termos claramente antiepistêmicos”. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Editora Macial Pons. Filosofia e Direito. Madrid: 2012. Página 208).

cessual¹⁹. Dentro da visão de Estado Democrático de Direito, o juiz passa a ser um gestor, condutor, administrador dos melhores e mais promissores resultados do processo. Para o resguardo do bom andamento processual, devemos destacar a capacidade de condução do processo²⁰, ou, como preferem os alemães, *prozessföhrungsbefugnis*.

Na quadra contemporânea que vivemos, a jurisdição não desempenha um papel entorpecido e absolutamente formal de análise dos textos judiciais. O Judiciário deverá atuar com base na nova realidade social, interpretando, justificando e fundamentando as normas postas em absoluta consonância com o Estado Democrático de Direito.

A legítima atuação do julgador tem por base dois elementos fundamentais, quais sejam, a fundamentação da decisão e a publicidade. Quando tratamos da figura da publicidade, permite-se que toda sociedade fiscalize e monitore a atuação do juiz, decorrendo daqui a necessária transparência para preservar sua independência, autonomia e isonomia no tratamento com as partes no processo. Enfim, permite que a opinião pública acompanhe e acesse ao teor dos julgados, legitimando ainda mais a atuação do magistrado.

Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais revela a linha técnico-científica seguida pelo julgador para sustentar sua linha de raciocínio e a decisão, permitindo a parte conhecer e enfrentar seus termos, sabedora de que o juiz seguiu aos ditames legais e se submeterá ao controle dos tribunais superiores para avaliar se tecnicamente sustentável ou não sua decisão.²¹

Por certo que as partes apresentam suas narrativas no cenário processual, cada qual apresentando seus fatos e versões para todo o ocorrido, explicam suas teses com o propósito central de convencer o julgador de suas verdades.

Já o julgador não opera para convencer qualquer das partes, age sem a necessidade de convencer as partes de suas posições. Apesar disso,

19 “Se, conforme se disse mais de uma vez, sustentar-se que o processo é uma coisa privada das partes (e, portanto, que esse não tem de modo algum o fim de buscar a verdade), resulta que ao juiz será dado um papel passivo, não se lhe atribuindo um papel de apurar a verdade. É necessário ter-se em mente, todavia, que essa ideologia foi superada pela maior parte dos legisladores processuais modernos, justamente no momento em que esses se ocuparam do papel do juiz em relação à apuração dos fatos”. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Editora Macial Pons. Filosofia e Direito. Madrid: 2012. Página 201).

20 Também chamado de direito de condução processual.

21 JUNOY, Joan Picó I. Las Garantías constitucionales del proceso, 2012, JB Bosch Editor, página 80-81.

justifica analiticamente sua decisão, edificando uma narrativa verdadeira a partir das exposições feitas no processo.

O juiz age enquadrado pela fundamentação, este é o fator delimitador de sua atuação, quer no Brasil, quer na Espanha, como vemos transcrito abaixo no comando normativo:

Artículo 218. *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.*

1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Os elementos destacados denotam o que de mais preciso colhemos no processo democrático. Sem isso, o processo mergulhará na sombra do abuso e da opressão. Não parece aceitável acatar qualquer decisão que não amparada pela fundamentação e publicidade. A escuridão combina com os regimes opressores e minoritários, jamais com os caros valores democráticos.

Tratando objetivamente da “verdade”, no Estado Democrático de Direito, não pode ser um objeto à mercê de toda sorte de manipulação, isso fere os valores humanos mais essenciais e civilizados.

Vale lembrar que a verdade, a correção e a sinceridade, ainda que no enfoque otimista, colocam-se como verdadeiro *standard*, sendo um valor de referência a ser buscado e construído pelas partes e pelo julgador. Novamente, vale colhermos os ensinamentos de TARUFFO²² tratando do tema *verdade e justiça*:

...no fundo poder-se-ia desejar que se vivesse em um contexto sociopolítico inspirado o máximo possível em valores de veracidade, sinceridade e correção, ao invés de um contexto orwelliano em que os Bush de plantão, e os opinion makers que lhe servem, governam com a mentira, o falseamento e a manipulação das consciências.

O fundamento constitucional para atuação do juiz na Espanha decorre do art. 24.1 da sua Carta Constitucional, que estabelece o direito aos cidadãos de obterem uma tutela efetiva por parte dos juízes e tribunais, sendo preservada a ampla defesa as partes que debatem no cenário processual.

De igual forma, o disposto no art. 24.2 da CE resguarda o princípio do juiz natural, qual seja, de que é garantia fundamental das partes terem seu julgamento efetuado por juiz previamente estabelecido, ou seja, não cabe a escolha do julgador (predeterminando) para preservar os valores democráticos mais elementares, ademais, não se aceita no processo espanhol dilações processuais indevidas.

Neste tema de resguardo ao juiz ordinário, predeterminado por lei, o Tribunal Constitucional da Espanha, como bem destaca PICÓ I JUNOY²³, tem estabelecido algumas premissas, como:

- a) Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de Ley en la matéria;

22 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Editora Macial Pons. Filosofia e Direito. Madrid: 2012. Página 120

23 JUNOY, Joan Picó I. Las Garantías constitucionales del proceso, 2012, JB Bosch Editor, página 115.

- b) Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridade al hecho motivador de proceso judicial;
- c) Que sú régimen orgânico y procesal no permita calificarle de un Juez ad hoc o excepcional; y
- d) Que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido por la designación de sus miembros.

Dentre um dos papéis mais destacados do julgador, decorre o de coibir dilações indevidas, ou seja, deve o juiz zelar pela duração razoável do processo, respeitando o brocardo Italiano “*giustizia ritardata, giustizia denegata*”.

Espera-se que o juiz assuma um papel gerencial no curso da demanda, não acatando condutas inúteis e desnecessárias. De tal modo, devemos recordar que a garantia de um julgamento num prazo razoável decorre do estabelecido no art 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁴.

Igualmente, podemos estabelecer como ponto de partida o julgamento num prazo razoável na Espanha, tendo como premissa a “*duración razonável do procedimiento*” ao ponto exato de resolver a questão, colocando termo ao processo.²⁵

Assim, o processo se desenvolverá no exato tempo necessário para que as partes tenham solvida a questão, sem que se permita um dia inutilmente desperdiçado.

Por conseguinte, teremos um duplo viés decorrente desta presunção, qual seja: (1) o dever dos juízes solverem, pondo fim absoluto à demanda em tempo razoável, cumprindo a sua função pública com rapidez e dentro da regularidade normativa; (2) demanda uma via reativa aos juízes,

24 ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo 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. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

25 SSTC 28/1989 de 06 de junho (fj6º)

ou seja, não podem assistir inertes dilações indevidas. Devem atuar de forma firme a impedir que elas ocorram.²⁶

Finalizando este tema relativo ao papel do julgador, deve este atuar pautado pelo apego à prudência, orientando sua conduta processual e comportamental, sopesando o seu conhecimento, a valoração da realidade social, bem como o impacto social do que decide. No momento de enquadrar o fato ao comando normativo a prudência recomenda que o juiz considere os fatores acima dispostos em sua inteireza.²⁷

Estas razões nos parecem adequadas para projetarmos um futuro com um processo sensivelmente mais democrático e servil ao bem social, propósito de todos nós.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Editora RT. São Paulo: 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Prudencia versus Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el Proceso Civil. *Ius et Praxis*, v. 18, n. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3ª edição. Editora Saraiva: 2007.

26 “Evidentemente, os ordenamentos que atribuíram ao juiz um papel ativo na produção das provas entenderam que os respectivos poderes fossem conferidos a juízes capazes de desenvolver de modo correto e racional as suas respectivas funções de estímulo, de controle e de iniciativa probatória, sem que com isso se coloque em perigo os valores fundamentais do processo civil. Segundo aquilo que se pode compreender da experiência desses ordenamentos, não parece que essa hipótese tenha sido desmentida na prática. Isso deveria permitir a recondução do problema dos poderes instrutórios do juiz aos limites de uma discussão científica correta e de deixar de lado polémicas ideológicas nebulosas e inúteis”. (TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Editora Macial Pons. São Paulo: 2013, página 84)

Também neste sentido” “En cambio, en el proceso y, en concreto, en el civil, la necesaria búsqueda de la verdad no puede ser prolongada mucho tiempo (y menos aún indefinidamente), porque no constituye un fin en sí misma, sino que es esencialmente instrumental de una decisión sobre un pequeño trozo de historia humana, decisión que debe producirse dentro de un margen temporal no muy extenso e incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, en un plazo determinado, porque la sentencia ha de dictarse, por ejemplo, en el plazo de 20 días después de la celebración del juicio (art. 434.1 LEC).” (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Prudencia versus Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el Proceso Civil*. *Ius et Praxis*, v. 18, n. 2, p. 243-294, 2012.)

27 Neste sentido: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Prudencia versus Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el Proceso Civil*. *Ius et Praxis*, v. 18, n. 2, p. 243-294, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Scienze giuridiche. In STAJANO (organizador), La Cultura Italiana del Novembre. Bari:1996.

JUNOY, Joan Picó I. Las Garantías constitucionales del processo, 2012, JB Bosch Editor.

PICARDI, Nicola. Introduzione as Code Louis. Tomo 01, ordonnance civile, 1667. Milano: 1996

_____. Jurisdição e processo. Editora Forense GEN. Rio de Janeiro: 2008.

TARUFFO Michele. Legalità e giustificazione dela creazione giudiziaria del diritto. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, v. 11, 2001

_____. PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676.

_____. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Editora Macial Pons. Filosofia e Direito. Madrid: 2012.

_____. Processo Civil Comparado: ensaios. Editora Macial Pons. São Paulo: 2013.

Limites da Aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006

**Yedda Christina Ching-San Filizzola
Assunção**

*Juíza de Direito titular do IV Juizado
de Violência Doméstica e Familiar
do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

RESUMO: O presente artigo traz a análise do limite de aplicação das normas da Lei 11.340/2006, que estabeleceu o sistema de proteção e garantias às mulheres vítimas de violência doméstica, indicando inconvenientes sociais à limitação legal, deixando claro que o limite de proteção da lei não alcança todas as hipóteses de violência das quais podem ser vítimas as mulheres, ainda que relacionadas ao gênero. Traz, ainda, a defesa da possibilidade de a família da vítima apresentar requerimento protetivo à mulher. Pretende, de forma não exaustiva, apresentar o panorama da aplicação legislativa nos Juizados de Violência Doméstica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Finalmente, apresenta crítica à interpretação normativa brasileira do feminicídio como qualificadora objetiva.

ABSTRACT: This article presents the analysis of the limit of application of the norms of the Brazilian Law 11.340/2006, which established the system of protection and guarantees to women victims of domestic violence, indicating social disadvantages to legal limitation, making clear that the limit of Protection of the law does not reach all the chances of violence from which women may be victims, albeit related to gender. It also brings the defense of the possibility of the victim's family to present a protective application to the woman. It intends, in a non-exhaustive way, to present the panorama of legislative application in the domestic violence courts of the Court of Justice of Rio de Janeiro. Finally, it presents criticism of the Brazilian normative interpretation of femicide as an objective qualifier.

PALAVRAS CHAVE: Direito penal. Direito processual penal. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Feminicídio.

KEYWORDS: Criminal Law. Processual criminal law. Domestic violence. Law “Maria da Penha”. Law 11.340/2006. Femicide.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escopo e fim social da lei. 3. A restrição da aplicação da lei à violência doméstica baseada no gênero. 4. Crítica à pretensão de classificação do Feminicídio como qualificadora objetiva. 5. Conclusão.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Scope and the social end of the law. 3. The restriction of law enforcement to domestic violence based on gender. 4. Criticism of the pretension of classification of femicide as an objective qualifier. 5. Conclusion.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/06 deve ser compreendida como uma legislação exemplo, no Brasil, da terceira velocidade do Direito Penal, classificação apresentada pelo professor Jesus Maria Silva Sanchez em sua obra “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

Aqui temos uma legislação que mira na efetividade da proteção a um grupo tido como vulnerável, cuja proteção à sociedade pós-industrial estabeleceu como prioritária – as mulheres vítimas de violência doméstica.

E dessa forma, a leitura dessa norma, com olhares interpretativos comprometidos com a *primeira velocidade* (que tenha como primordial as garantias processuais), ou de *segunda velocidade* (que se preocupe com aplicação de penas diversas da pena privativa de liberdade) será desconectada da principal intenção legislativa – **a proteção imediata e integral das vítimas.**

É de se compreender o estágio social brasileiro, que exige a prolação e aplicação de uma lei, evidentemente isonômica, mas não igualitária. Aqui, em um momento tardio, se propagou bramido em defesa das mulheres, mas divorciado do feminismo.

Uma das melhores definições do Feminismo nos é apresentada por Richard Posner:

“Feminismo, como ramo do conhecimento, é o estudo das mulheres na sociedade, desde um ângulo que ressalta os efeitos das práticas sociais e políticas do governo sobre elas; que dá grande atenção ao que elas próprias (frequentemente ignoradas) disseram ou dizem; que se preocupa sinceramente com o bem-estar delas e que enfim, privilegia o ceticismo necessário diante de teorias de tipo teocrático, ou dogmático geral, que pregam que as mulheres estão predestinadas a se subordinarem aos homens”¹

Por essa definição, ideias acerca de ideologia de classe, afirmações de patriarcado, comportamento hegemônico, questionamentos sobre comportamentos sexuais não são próprios ou necessários ao feminismo, e com maior razão, devem estar apartadas da aplicação da Lei.

2. ESCOPO E FIM SOCIAL DA LEI 11.340

A Lei 11.340/06 não definiu, em seu texto original, **crimes**. As suas finalidades foram dispostas no artigo 1º, quais sejam: “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

A pretensão legislativa – alcançada – é a criação de um novo sistema penal, processual penal e interpretativo, no qual se criou juízos e procedimentos especiais, para, de forma pragmática e efetiva, reafirmar e fazer cumprir os direitos das vítimas.

Nesse sentido, segue a norma no artigo segundo, explicitando a ampla dimensão da proteção pretendida, estabelecendo como possível sujeito de direitos toda mulher, bem como reafirmando os direitos constitucionais de segurança e liberdade.

Contudo, fica claro, sendo descabida qualquer interpretação extensiva, que o sujeito passivo da lei é a mulher, a proteção se restringe à mulher, independentemente de qualquer fator social, e o escopo fundamental

¹ Posner, Richard A., Para além do Direito, ed. Martins Fontes, SP, 2009.

é assegurar uma vida sem violência física e mentalmente saudável, além de fomentar aperfeiçoamento moral, intelectual e social da mulher.

Contudo, a Lei 11.340/2006 determina que a Família, Sociedade e Poder Público devem agir ativamente para garantir direitos fundamentais, bem como assegurar as oportunidades e facilidades de uma vida sem violência, preservando a saúde física e mental da mulher, além do aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Questão interessante é saber se a família da vítima pode pleitear Medidas Protetivas em favor desta, independentemente da sua vontade.

Pela leitura do parágrafo segundo, interpretando a expressão “criar condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos” é de se reconhecer que a família tem, também, legitimidade para o requerimento, independentemente da idade da vítima e de sua capacidade para os atos da vida civil. Por óbvio, há a dificuldade de implementação das medidas que têm como pressuposto a vontade da vítima de não ter contato ou aproximação com o agressor. Contudo, em se tratando de requerimentos de medidas protetivas de natureza diversa e de maior complexidade, é de se reconhecer autorização legal para requerimento pela família. Como exemplo, poderíamos citar o requerimento de uma avó para suspensão de porte de arma, ou de suspensão da visitação aos filhos menores (netos).

Não resta dúvidas de que a interpretação da “Lei Maria da Penha” deve ser feita sopesando o fim social primeiro, a **erradicação da violência à mulher**, e as peculiares condições das mulheres em situação doméstica. Observando tal fim social, não se pode falar em discriminação positiva de um grupo social; a conjugação da lei, com as garantias constitucionais processuais, nos permite admitir tão somente a necessidade de proteção de vítima particular.

Os métodos interpretativos – literal, gramatical, lógico, histórico-evolutivo, sistemático, teleológico e sociológico – devem ser considerados complementares, de tal forma que a norma acima prevista apenas traça a diretriz, não restringindo ou afastando métodos.

3. A RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI À VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO

A Lei 11.340 estabelece uma exigência para sua aplicação, a ocorrência de violência **baseada no gênero**. Pelas regras de hermenêutica metodológica, não há palavras inúteis ou repetidas na lei.

Assim, é de se perquirir quais hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher são baseadas no gênero, e quais não são, antes de se determinar a aplicação desta norma.

Essa exigência elementar é, contudo, prevista de forma diferente no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal, que prevê qualificadora quando “o homicídio é cometido contra a mulher por razões de condições do sexo feminino” (incluído pela Lei nº 13.104 de 2015).

Deve ser indagado então, o que seriam ações ou omissões baseadas no gênero ou razões a condição do sexo feminino.

A expressão “baseada no gênero” deve ser interpretada, na sociedade pós-industrial, como questões que se relacionam com funções sociais que comumente são exercidas pelas pessoas do sexo feminino, bem como funções familiares que estejam relacionadas à maternidade e ainda ao relacionamento familiar na forma prevista no artigo 226 da Constituição Federal. Devemos ainda incluir no conceito de ação ou omissão baseada no gênero, qualquer violência que se origine em pretensão de tratamento diferente entre homens e mulheres.

Dessa forma, um dos requisitos para que uma conduta seja considerada violência doméstica é ser ela, de alguma forma, determinada ou potencializada pela função social exercida por pessoas do sexo feminino.

Importante ressaltar que há diferenças culturais significativas relacionadas às funções e papéis sociais, de tal forma que uma conduta pode ser considerada feminina em determinada sociedade ou tempo, e masculina em outra. E mais, algumas exigências culturais não são reconhecidas ou referendadas em outras. Como exemplo, podemos citar o uso de lenços ou trajes que encubram rosto ou cabeça em algumas culturas árabes, ou, ainda o uso de colares extensores de pescoço em algumas culturas africanas.

Nesse sentido, é o enunciado 24 do Fórum de Violência Doméstica – FONAVID da Associação dos Magistrados do Brasil: “A competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher restringe-se aos delitos cometidos em razão do gênero, na forma dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha, não sendo suficiente que a vítima seja do sexo feminino.”

A Jurisprudência é firme ao reconhecer a necessidade da presença da elementar subjetiva do crime – a motivação de gênero para a aplicabili-

dade da Lei 11.340/2006. A dificuldade surge na análise particular do caso concreto, no momento da interpretação das razões implícitas, inconscientes e anteriores do agir consciente do agressor:

TJRJ - 0014651-75.2018.8.19.0204 – APELAÇÃO - Des(a).
MARCUS PINTO BASÍLIO - 1ª CÂM CRIMINAL

Penal - processo penal –medidas protetivas de urgência - crime de ameaça perpetrada no âmbito doméstico contra membros da família, inclusive a mãe do agente - não incidência da Lei 11340/06 - extinção do processo sem apreciação do mérito - incompetência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher - ausência de violência de gênero -fato ocorrido há mais de seis meses - ausência de ação penal - manutenção da decisão – recurso desprovido

As medidas protetivas previstas na chamada Lei Maria da Penha são acessórias ao procedimento penal respectivo, reclamando para o seu deferimento a prática de fato grave contra a mulher vítima de violência doméstica. A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. No caso, a vítima/apelante teria sido ameaçada pelo filho, não sendo caso de aplicação da Lei Maria da Penha, eis que a ameaça foi contra todos os membros da família, inclusive contra o padrasto e irmão do sexo masculino. Ausência de motivação de gênero. Precedentes da Câmara. Decisão mantida. Recurso desprovido.

TJRJ - 0047576-61.2017.8.19.0204 – APELAÇÃO - Des(a).
MÁRCIA PERRINI BODART QUARTA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

(...) Da leitura dos autos, depreende-se que o recorrido, após adentrar na residência da irmã e ouvir a determinação para que se retirasse imediatamente do local, a ameaçou afirmando que iria fazer com ela

o que o ex-companheiro da vítima já deveria ter feito há muito tempo. Em ato contínuo, o apelado desferiu socos contra a vítima, dando-lhe rasteira e chutes por todo o corpo, ao mesmo tempo em que lhe chamava de “PIRANHA, FILHA DA PUTA”. Como se observa, além da violência, física e moral, empregada contra sua irmã, as próprias palavras emitidas pelo agressor denotam que este agiu com o intuito de subjugar a vítima, transparecendo, assim, o nefasto sentimento de inferioridade da mulher frente ao homem. Cabe recordar que a finalidade da Lei Maria da Penha é abranger a defesa da mulher vítima de violência doméstica, não restringindo sua ocorrência somente às hipóteses em que se tenha o envolvimento amoroso entre agente e vítima (ex vi do artigo 5º, II, da Lei 11340/2006), consoante posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça. Nesse contexto, à luz das circunstâncias do fato, entendo estar presente a chamada violência de gênero atrativa da tutela provida pela Lei Maria da Penha. (...)

TJRJ - 035146-59.2017.8.19.0210 – APELAÇÃO - Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

*APELAÇÃO DEFENSIVA. LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INTOLERÂNCIA ENTRE IRMÃOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS COM EXTINÇÃO DO FEITO. PLEITO PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA LEI 11.343/06. IMPROCEDÊNCIA. **Sentença de extinção do feito por inadequação da via eleita. Medidas protetivas de urgência descritas no artigo 22 da Lei 11.343/06 que possuem natureza cautelar e de urgência.** Tais medidas devem ser aplicadas necessariamente em casos que envolvam violência de gênero contra as mulheres dentro do ambiente doméstico, **escudadas na ideia repugnante da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino.***

Suposta agressão que ocorreu durante uma discussão entre irmãos que residem em imóvel comum. Conduta que foi perpetrada por um homem contra uma mulher da mesma família, mas não há como identificar, no caso, a violência de gênero, eis que não foram observadas a vulnerabilidade e

a hipossuficiência da suposta vítima, se amoldando o caso em testilha às regras existentes na legislação penal comum. Porém, entendendo que a demanda entre as partes não evidencia a subjugação de gênero a incidir a Lei Maria da Penha, correta a decisão que extinguiu o feito por inadequação da via eleita. (...)

4. CRÍTICA À PRETENSÃO DE CLASSIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA OBJETIVA

Quanto ao *feminicídio*, é necessária uma crítica ao texto da lei que permite a dúvida acerca da natureza da qualificadora do crime. A questão é saber se se trata de uma qualificadora objetiva ou subjetiva. E isso impacta na possibilidade (ou não) de reconhecimento de circunstâncias previstas no artigo 121 § 1º, (homicídio privilegiado).

Aqueles que afirmam que a qualificadora do feminicídio é objetiva, que determina o aumento de pena para todos os crimes de homicídio praticados contra uma mulher, são obrigados a reconhecer que, de acordo com a jurisprudência pacífica, a possibilidade de um homicídio ser qualificado pelo feminicídio e privilegiado pela violenta emoção, ou talvez até injusta provocação da vítima, é real.

Antes da inovação legislativa, os homicídios em situação de violência doméstica, ou por questão de gênero, eram pronunciados como homicídios qualificados pela motivação torpe ou eventualmente fútil, ambas qualificadoras subjetivas, que impediam o reconhecimento de causas de diminuição de pena previstas no § 1º de natureza subjetiva. Agora, após a pretensa criação de tipo penal, que se realizou como especialização de qualificadora, desnecessária e de texto obscuro, temos uma situação de verdadeira desproteção da mulher, com a possibilidade de uma condenação em plenário de júri de um homicida da sua companheira, com redução de 1/6 a 1/3 da pena, FEMINICÍDIO PRIVILEGIADO, estabelecendo-se então uma eventual pena mínima em 8 anos de reclusão – que importa até em eventual imposição de regime inicial semiaberto.

O enunciado 39 do Fórum Nacional do Juízes de Violência Doméstica - FONAVID - afirma a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio: “**A qualificadora do feminicídio, nos termos do art. 121, §2ºA, I, do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violên-**

cia doméstica é aquele do art. 5º da Lei 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica”

Uma última questão a ser analisada, relacionada à tipificação de crimes com aplicação da Lei Maria da Penha, é a possibilidade de crime omissivo contra a mulher, que configuraria lesão.

A Lei 11.340, na sua redação original, não criou tipos penais, apenas estabeleceu diretrizes de um sistema de atendimento protetivo à mulher. Dessa forma, o reconhecimento da possibilidade de existência de crimes omissivos em situação de violência doméstica deve ser analisado à luz das normas penais incriminadoras, em especial do Código Penal.

Assim, os crimes de abandono de incapaz, omissão de socorro e maus-tratos podem ser reconhecidos como praticados em situação de violência doméstica, ensejando a aplicação da Lei 11340/2006, desde que o fundamento do agir do agressor seja o gênero da vítima.

5. CONCLUSÃO

Da análise dos primeiros artigos da Lei 11.340/2006, extrai-se que a norma se restringe a um fragmento das hipóteses de violência contra a mulher, limitando-se a situação de agressão ocorrida no ambiente familiar ou dentro de relacionamentos afetivos. Excluiu-se da proteção a vítima de violência, ainda que baseada no gênero, ocorrida nos ambientes públicos, de trabalho ou nas relações interpessoais eventuais. Nessa situação, o sistema penal e processual a ser aplicado é o sistema comum, que se fundamenta em garantias aos réus – de forma excessiva, e que não prevê qualquer proteção à vítima.

Extraí-se, ainda, que a exigência legal de elementar relacionada ao motivo da violência – o gênero - cria situações dúbias, capazes de excluir a proteção à mulher vítima, fisicamente mais frágil, em situações de disputas patrimoniais ou pessoais que tenham como fundamento principal não o gênero, mas a ganância ou qualquer outro sentimento nefasto.

(Des)inteligência Policial: Prova Ilícita e/ou Ilegítima

Luís Guilherme Vieira¹

Advogado criminal e fundador e membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Foi membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito, e conselheiro titular da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Rio de Janeiro, membro do Conselho Diretivo da RIBCCrim e coordenador executivo do curso de especialização em Advocacia Criminal, da Universidade Candido Mendes.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Súmula Vinculante nº 14 do STF: Perspectivas e Efeitos; III. A Inteligência no Brasil; IV. O Sistema Brasileiro de Inteligência e a Polícia Judiciária; V.3 Ilicitude e/ou Ilegitimidade dos Indícios/Provas Irreptíveis Colhidos por Órgãos de Inteligência. VI. Conclusão.

EMENTA: Alerta-se para que os fenômenos da inteligência e da contrainteligência policiais, a partir do seu processo de construção e maturação, não sejam associados, de forma temerária, à investigação criminal. Se

¹ O estudo para a confecção do presente ensaio nasceu em exercício profissional (março de 2015). Em conjunto com os colegas de escritório Aline do Amaral de Oliveira e Lucas Rocha, deparei-me com processo-crime lastreado em investigação criminal iniciada e capitaneada pela Subsecretaria de Inteligência da Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro [posteriormente, o Ministério Público, instado pelo subsecretário de Inteligência, aproveitando a parte da inquisição que se encontrava documentada (parte jamais veio ter ao processo e nunca foi reduzida a termo), assumiu, com o umbilical concurso de agentes da Subsecretaria, a investigação, que, ao fim e ao cabo, desaguou em denúncia recebida por juiz competente], quando, então, levou-se a tese, já em resposta à acusação, ao crivo do Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Por rigor científico, registre-se que ela foi rechaçada pelo juiz de Direito (julho de 2016) e pela Câmara Criminal (junho de 2018), que decidiram que as investigações criminais podem, na contramão do sustentado novamente neste ensaio também ser conduzidas por autoridade não judiciária. Em futuro breve, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, em sede de extremos, se debruçarão sobre o ponto.

Agradeço aos colegas e sócios por todo o trabalho e debate de ideias, que permitiram se chegar a tal conclusão. Agradeço, ademais, à advogada Ana Carolina Soares, associada do nosso escritório, pela acurada atualização da pesquisa que possibilitou atingir, agora sob o enfoque acadêmico, a mesma conclusão chegada quando do exercício da advocacia.

assim se proceder, estar-se-á atuando em frontal agressão aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e devido processo legal, vetores imprescindíveis à preservação do Estado Democrático de Direito.

Só se reputa legitimado o produto final das atividades afeitas àquele fenômeno, como um mero *relatório de conhecimento adquirido* para assessoramento do processo decisório do chefe do Executivo no que tange à segurança pública, desde que preservado o seu caráter preventivo à confecção e/ou implementação de políticas públicas especializadas e eficientes, sobretudo no mapeamento da criminalidade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Abin. Investigação criminal. Inquérito policial. Democracia. Criminalidade. Devido processo legal.

I. INTRODUÇÃO

No âmbito da União e dos estados federados, a atuação de órgãos de inteligência na condução da investigação criminal, usurpando as atribuições da polícia judiciária, é realidade inquietante, uma afronta à democracia. Além de partir de uma orientação deturpada do estabelecido na Constituição da República e no Código de Processo Penal, ao consentir com a investigação de crimes promovida por aqueles que deveriam atuar em situações referentes a assuntos de segurança de ações governamentais, confere-se licitude/legitimidade à prova produzida por quem não detém competência/atribuição para tanto.

A atividade de inteligência sempre existiu (nos *anos de chumbo*, ela prestou um desserviço ao Brasil, para falar o menos). Todavia, a relevância da experiência vivenciada no dia a dia relaciona-se a dois fatores: a institucionalização das medidas secretas promovidas, com a sua legitimação material e formal-procedimental, chanceladas pelo Judiciário, bem como a manifestação dessas práticas.²

O propósito de uma investigação preliminar é justamente evitar acusações temerárias, assim como o processo penal tem como fundamento a

2 RODRIGUES, Bruno Silva. O abuso de investigar dos órgãos de inteligência. In: Temas atuais da investigação preliminar do processo penal. SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). Belo Horizonte: Editora Plácido, 2017, pg. 151-64.

instrumentalidade constitucional. Ao se facultar que órgãos de inteligência também investiguem, sendo esse o lastro mínimo à propositura de ações penais, autoriza-se a produção de indícios/provas irrepetíveis por aqueles cuja atividade exige essencialmente o emprego de meios sigilosos, como forma de preservar sua ação, seus métodos, seus profissionais e suas fontes. Isso se dá visto que sua atuação se destina ao planejamento, pelo chefe do Poder Executivo, e à execução de políticas públicas relacionadas à segurança.

II. SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF: PERSPECTIVAS E EFEITOS

Nada obstante possa ser conferido ao inquérito policial caráter sigiloso, quando assim necessário à eficácia da investigação, com a ressalva do verbete da súmula vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, certo é que seu procedimento não pode ser subtraído ao indiciado e ao seu defensor. O processo penal, afinal, tem de se pautar pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Enquanto documentação relativa aos elementos retóricos colhidos na investigação, os atos devem estar acessíveis e documentados, à luz da Constituição da República e do Código de Processo Penal, que garantem aos acusados o direito de defesa, ainda que em sede preliminar. Essa é a essência da referenciada súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe ser direito do advogado, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por polícia judiciária,³ digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por sua vez, a atividade desenvolvida por órgão de inteligência é sigilosa (informes) e, na maioria das ocasiões, não formalizada, sendo essa característica essencial à regularidade, uma vez que se refere à atuação prévia à apuração ou à ocorrência do crime. Trata-se de exercício permanente e sistêmico orientado para a identificação e acompanhamento de ameaças reais ou potenciais à segurança pública do Estado. A inteligência trabalha, principalmente, com o presente e o futuro, buscando produzir conheci-

³ Inquérito policial ou procedimento investigatório criminal inaugurado e presidido por representante do Ministério Público, consoante termos da decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 593.727, com nossa expressa divergência: VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004.

mentos para assessorar o processo decisório e tendo como destinatário final o chefe do Poder Executivo.⁴

Sob outra perspectiva, a investigação criminal ocorre quando já praticado o delito, com a individualização da conduta e a instauração de inquérito policial destinado à reunião de indícios/provas irrepetíveis concernentes à materialidade e às circunstâncias do crime. Com efeito, ela não pode se desassociar dos fundamentos do *instrumento-maior* para o qual presta serviço. Para além, deve atender ao interesse de eficácia dos direitos fundamentais, de modo a evitar acusações e processos infundados/temerários.

A investigação preliminar deve, portanto, ser um filtro processual, assegurando à sociedade que não haverá abusos por parte do poder acusatório penal.⁵ Afinal, como garantir tal instrumentalidade em procedimentos secretos? Por essa razão, Geraldo Prado leciona que a preocupante situação de uma investigação criminal não controlável pode conduzir, no limite, a exercícios retóricos de desvalorização da própria inquisição. Segundo Prado, ela na realidade tem de ocupar lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em provas que avalizam o conjunto de elementos colhidos na investigação que eventualmente não estejam disponíveis para a defesa técnica.⁶

Daí a importância de que a investigação criminal seja conduzida a partir de um procedimento formal, documentado e acessível ao investigado e ao seu advogado. O filtro processual contra as provas ilícitas ou ilegítimas depende justamente da possibilidade de rastreio das provas à sua fonte de origem (cadeia de custódia); do contrário, sucumbirá à paridade de armas e demais princípios constitucionais caros ao devido processo penal.

III. A INTELIGÊNCIA NO BRASIL

Ao instituir o Sistema Brasileiro de Inteligência, a Lei nº 9.883/1999 definiu como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo

4 KRAMER, Rodrigo. Incompreensão do conceito de inteligência na segurança pública. In: Revista Brasileira de Inteligência. Brasília: Abin, n. 10, dezembro 2015, pg. 73-82. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI10-Artigo6-INCOMPREENS%C3%83O-DO-CONCEITO-DE-INTELIG%C3%8ANCIA-NA-SEGURAN%C3%87A-P%C3%9ABLICA.pdf>, acesso em 19 ago. 2018.

5 LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 101-10.

6 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

decisório e a ação governamental. Assim como sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado brasileiro.

Nessa conjuntura, a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) é seu órgão central e tem por finalidade fornecer ao presidente da República informações e análises estratégicas, oportunas e confiáveis, necessárias ao exercício das respectivas funções.

Com efeito, a Abin não consiste em órgão responsável pela condução de investigações criminais. Na literalidade do art. 4º da precitada lei, compete-lhe: *(I)* planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o presidente da República; *(II)* planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade; *(III)* avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e *(IV)* promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento dessa atividade intelectual.

Transportada a questão para o âmbito do estado do Rio de Janeiro (outros entes federados atuam de forma idêntica), no intuito de melhor exemplificar o ensaio, tem-se a Subsecretaria de Inteligência (SSINTE), vinculada à Secretaria de Segurança, cuja atribuição é residual e voltada para a identificação de ameaças reais ou potenciais na área da segurança pública.

Verifica-se na atuação da SSINTE a atividade de inteligência, em auxílio ao governo do estado, semelhante à da Abin, visto que ambas têm a mesma função: a produção de conhecimento estratégico para o desenvolvimento de políticas públicas, pertencendo as duas instituições ao Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei nº 9.883/1999).

Nessa esteira, a SSINTE é órgão de inteligência da Secretaria de Segurança, cuja finalidade precípua, na forma do Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 33.503/2003, é:

(...)

3.4.5 – Compete à Subsecretaria de Inteligência assessorar o Subsecretário-Geral nos assuntos pertinentes à atividade de inteligência; planejar, dirigir e executar a atividade de inteligência

de segurança pública, no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro, sob determinação direta do Subsecretário-Geral; planejar, normatizar, coordenar e supervisionar o Sistema Estadual de Inteligência de Segurança Pública, tanto na atividade, quanto na doutrina de inteligência; integrar, como representante do Estado do Rio de Janeiro, o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, organizado em nível nacional; interligar-se a todos os órgãos de inteligência e agências de inteligência, que possam contribuir em benefício da segurança pública.

3.4.5.1 – Compete ao Departamento Geral de Contrainteligência assessorar o Subsecretário de Inteligência nos assuntos referentes à contrainteligência; planejar, normatizar, coordenar, supervisionar e executar a produção de conhecimentos relativos à contrainteligência; colaborar no planejamento da doutrina e das normas referentes ao ramo da contrainteligência; executar as medidas de segurança orgânica no âmbito da Subsecretaria de Inteligência; interligar-se aos órgãos institucionais que tratam dos assuntos internos.

3.4.5.2 – Compete ao Departamento Geral de Inteligência assessorar o Subsecretário de Inteligência nos assuntos referentes ao ramo inteligência, particularmente em relação à criminalidade; planejar, normatizar, coordenar, supervisionar e executar a produção de conhecimentos relativos à criminalidade; colaborar no planejamento da doutrina e das normas referentes ao ramo da inteligência; interligar-se aos órgãos institucionais que tratam dos assuntos referentes à criminalidade.

3.4.5.3 – Compete ao Departamento Geral de Operações de Inteligência assessorar o Subsecretário de Inteligência nos assuntos referentes às ações de busca e às operações de Inteligência; planejar, coordenar, controlar e executar todas as ações de busca e as operações de inteligência, nos ramos de inteligência e da contrainteligência; realizar a coleta e a busca de dados, através da inteligência humana; colaborar no planejamento das normas para a execução das ações de busca e das operações de inteligência do Sistema Estadual de Inteligência de Segurança Pública; coordenar ou apoiar as operações de inteligência que

envolvam órgãos e/ou agência de inteligência integrantes do referido Sistema.

3.4.5.4 – Compete ao Departamento Geral de Busca Eletrônica assessorar o Subsecretário de Inteligência nos assuntos referentes à inteligência eletrônica, nos campos dos sinais, das imagens e dos dados digitais; interligar-se, com a autorização do Subsecretário de Inteligência, com os órgãos externos necessários ao cumprimento de suas atribuições.

É notório, destarte, que a atuação da SSINTE se reveste de natureza política, visto que se trata de órgão de apoio ao secretário de Segurança. Destina-se, pois, a fornecer subsídios ao governador para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao mapeamento da criminalidade e à produção de estatísticas e informações do interesse da incolumidade pública, em uma perspectiva abrangente de todo o estado fluminense. Permitindo com isso o planejamento da atuação do governo no controle e combate preventivo à criminalidade.

Ela poderá, ademais, prestar apoio operacional à Delegacia de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Policiais Especiais (Draco-IE), conforme à Resolução SESEG/RJ nº 436/2011:

SECRETÁRIO DE ESTADO DE SEGURANÇA

RESOLUÇÃO SESEG Nº 436 DE 08 DE FEVEREIRO DE 2011.

REGULAMENTA A ATUAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA CIVIL LOTADOS NA CORREGEDORIA GERAL UNIFICADA EM INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS NA DRACO-IE/PCERJ, QUANDO HOVER INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PENAL QUE TAMBÉM CARACTERIZE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE IMPUTADA A POLICIAIS CIVIS, MILITARES OU BOMBEIROS MILITARES NOS TERMOS DOS ARTIGOS 2º, INCISOS IV E V DA LEI Nº 3.403/2000 E 3º, INCISOS V E VI DO DECRETO Nº 27.789/2001, BEM COMO EM RAZÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE SEGURANÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, considerando o disposto nos artigos 2º, incisos IV e V da Lei nº 3.403/2000 e 3º, incisos V e VI do Decreto nº 27.789/2001, e art. 37, *caput*, da Constituição da República,

CONSIDERANDO:

– que a CORREGEDORIA GERAL UNIFICADA, em atenção aos princípios da razoabilidade e eficiência, deve ter a mobilidade necessária para apurar transgressão disciplinar de natureza grave imputadas a policiais civis, militares ou bombeiros militares, as quais invariavelmente vinculam-se a infrações penais, cuja apuração se dá através de inquéritos policiais, os quais dispõem de instrumentos de investigação mais eficazes e céleres, para a apuração das circunstâncias do ilícito e sua autoria;

– a necessidade de aprimoramento das investigações encetadas pela CORREGEDORIA GERAL UNIFICADA, que deve ter participação proativa em defesa da sociedade, evitando-se que a ação individual ou coletiva de maus policiais e bombeiros intimidem a ação dos bons ou ganhem contornos de organização criminosa, que desafiam os poderes legitimamente constituídos;

– que, através do uso de instrumentos de investigação próprios dos procedimentos de polícia judiciária, a CORREGEDORIA GERAL UNIFICADA poderá, com a rapidez e a eficiência exigidas pela sociedade atualmente, atuar preventiva e repressivamente em relação aos desvios de condutas perpetrados por Policiais Civis, Militares e Bombeiros Militares, restaurando, assim, a hierarquia, disciplina e o bom nome das Corporações;

– ainda, o que consta do Processo nº E-09/33/0001/2011;

RESOLVE:

Art. 1º – Os Delegados de Polícia Civil lotados na CORREGEDORIA GERAL UNIFICADA, por designação do Corregedor Geral, poderão presidir procedimentos de polícia judiciária quando houver indícios de infração penal que também

caracterize transgressão disciplinar de natureza grave imputada a policiais civis, militares ou bombeiros militares, os quais serão instaurados no âmbito da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais (DRACO-IE/PCERJ).

Art. 2º – O inquérito policial será instaurado na DRACO-IE/PCERJ, cabendo ao Corregedor-Geral/CGU designar Delegados de Polícia Civil, lotados na Corregedoria Geral Unificada, para presidir e, juntamente com servidores do Departamento Operacional/CGU e, caso necessário, Delegados de Polícia Civil e agentes da própria DRACO-IE/PCERJ, efetivar as investigações, apresentando relatório conclusivo ao final.

Parágrafo único – A Subsecretaria de Inteligência/SESEG prestará o apoio necessário aos órgãos acima no âmbito de suas atribuições.

Art. 3º – O inquérito policial receberá a numeração da DRACO-IE/PCERJ, que deverá prestar todo o apoio necessário e possível para a elucidação do fato, cabendo-lhe o acautelamento de materiais e bens apreendidos, bem como as formalizações cartorárias de que o caso necessitar.

Art. 4º – Os atos de polícia judiciária, a critério do Delegado de Polícia Civil presidente do feito, poderão ser realizados na sede da DRACO-IE/PCERJ ou da própria Corregedoria Geral Unificada, sendo que, nesta hipótese, o inquérito policial poderá ser diretamente encaminhado e recebido do Ministério Público ou do Poder Judiciário, para os fins legais.

Art. 5º – Para atender ao disposto no art. 1º desta Resolução serão disponibilizados para a Corregedoria Geral Unificada, além dos que ali estão lotados, 02 (dois) Delegados de Polícia Civil, bem como 02 (dois) Oficiais de Cartório e 04 (quatro) Inspetores de Polícia Civil.

Art. 6º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Portanto, assim como no caso da Abin, não figura no rol de atribuições da SSINTE efetuar investigação criminal, seja por ela não se tratar de polícia judiciária (tampouco a ela pode se atribuir tal mister, por força da Constituição da República e da legislação infraconstitucional), seja por conta de o destinatário de suas atividades não ser o *dominus litis*. Suas atividades não se direcionam a *persecutio criminis*, mas, sim, à atividade política do planejamento preventivo da segurança pública no Rio de Janeiro.

IV. O SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA E A POLÍCIA JUDICIÁRIA

A Constituição da República Federativa Brasileira disciplina (art. 144) que a segurança pública é dever do Estado, além de direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e dos patrimônios, por intermédio dos seguintes órgãos: (I) Polícia Federal; (II) Polícia Rodoviária Federal; (III) Polícia Ferroviária Federal; (IV) Polícia Civil; (V) Polícia Militar; e (VI) Corpo de Bombeiros.

Diante do quadro estabelecido constitucionalmente, verifica-se que incumbem às polícias federal e civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto, as militares.

Em complemento, o art. 4º do Código de Processo Penal (CPP) reforça essa orientação, ao dispor que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições. E terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Por conseguinte, por detentora que é da titularidade da investigação preliminar encabeçada pelo sistema policial, compete à autoridade judiciária o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e a suposta autoria, apontados na *notitia criminis* ou por meio de qualquer outra fonte (lícita e legítima) de informação.⁷ Somente em situações excepcionais, devidamente cometida por lei, consoante estabelece o parágrafo único do art. 4º do CPP, permitir-se-á que essa atividade seja exercida por órgão diverso da polícia judiciária. Nesse passo, doutrina Aury Lopes Jr.:

Todas as informações sobre os delitos públicos são canalizadas para a polícia, que decidirá e estabelecerá qual será a linha de investigação a

⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., pp. 127-28.

ser seguida, isto é, que atos e de que forma. Produzirá ela mesma as provas técnicas que julgar necessárias, decidindo também quem será ouvido, como e quando. Para aqueles atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais – prisões cautelares, buscas domiciliares, intervenções corporais, telefônicas etc. – deverá solicitar autorização ao órgão jurisdicional.

É importante destacar que, nesse sistema, a polícia não é um mero auxiliar, senão o titular (verdadeiro direito da instrução preliminar), com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que existe uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores.⁸

Lado outro, a atividade de inteligência e a de contrainteligência **têm caráter preventivo**, seja no que tange à elaboração de políticas públicas, seja no que tange à garantia da correta preparação do Estado frente a ameaças vindouras, a partir de informações cuja obtenção não é possível pelas vias ordinárias. Nesse sentido, o Decreto nº 8.793/2016, que fixa a Política Nacional de Inteligência, descreve:

Para efeito da implementação da PNI, adotam-se os seguintes conceitos:

Atividade de Inteligência: exercício permanente de ações especializadas, voltadas para a produção e difusão de conhecimentos, com vistas ao assessoramento das autoridades governamentais nos respectivos níveis e áreas de atribuição, para o planejamento, a execução, o acompanhamento e a avaliação das políticas de Estado. A atividade de Inteligência divide-se, fundamentalmente, em dois grandes ramos:

I – Inteligência: atividade que objetiva produzir e difundir conhecimentos às autoridades competentes, relativos a fatos e situações que ocorram dentro e fora do território nacional, de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental e a salvaguarda da sociedade e do Estado;

II – Contrainteligência: atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a Inteligência adversa e as ações que

⁸ Idem.

constituam ameaça à salvaguarda de dados, conhecimentos, pessoas, áreas e instalações de interesse da sociedade e do Estado.

2 PRESSUPOSTOS DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA

(...)

2.3 Atividade de assessoramento oportuno

À Inteligência compete contribuir com as autoridades constituídas, fornecendo-lhes informações oportunas, abrangentes e confiáveis, necessárias ao exercício do processo decisório.

Cumpre à Inteligência acompanhar e avaliar as conjunturas interna e externa, buscando identificar fatos ou situações que possam resultar em ameaças ou riscos aos interesses da sociedade e do Estado. O trabalho da Inteligência deve permitir que o Estado, **de forma antecipada**, mobilize os esforços necessários para fazer frente às adversidades futuras e para identificar oportunidades à ação governamental.

2.4 Atividade especializada

A Inteligência é uma atividade especializada e tem o seu exercício alicerçado em um conjunto sólido de valores profissionais e em uma doutrina comum.

A atividade de Inteligência **exige o emprego de meios sigilosos** como forma de preservar sua ação, seus métodos e processos, seus profissionais e suas fontes. **Desenvolve ações de caráter sigiloso destinadas à obtenção de dados indispensáveis ao processo decisório, indisponíveis para coleta ordinária em razão do acesso negado por seus detentores.** Nesses casos, a atividade de Inteligência executa operações de Inteligência – realizadas sob estrito amparo legal –, que buscam, por meio do emprego de técnicas especializadas, a obtenção do dado negado.

Portanto, o processo de construção e maturação das atividades de inteligência e contrainteligência não se confunde com uma investigação

criminal, pois enquanto esta procura elucidar crimes e contravenções, aquelas visam a conhecer atores e fenômenos mais abrangentes, dados indispensáveis ao processo decisório do chefe de Estado, para que políticas públicas mais eficazes possam ser desenhadas e implementadas. O produto final da investigação criminal é municiar o Ministério Público para a deflagração, ou não, de um processo criminal, ao passo que o produto da operação de inteligência é um relatório sobre o conhecimento adquirido.⁹

V. A ILCITUDE E/OU ILEGITIMIDADE DOS INDÍCIOS/PROVAS IRREPETÍVEIS COLHIDOS POR ÓRGÃOS DE INTELIGÊNCIA

Como entendido, a atuação direta de órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência na apuração de infrações penais equivale a legislar sobre matéria que o constituinte não sacramentou. A administração pública é regida pelo princípio da legalidade estrita, que veda a seus agentes a realização de qualquer ato, consideradas as suas funções, violador de dispositivo de lei.

Ao contrário do particular, é imprescindível que seu atuar se dê em consonância com o permissivo legal, razão pela qual uma investigação conduzida por órgão de inteligência não se trata de mera violação à regra processual, mas de gravíssima afronta ao direito fundamental insculpido na Constituição da República e na norma infraconstitucional.

Ao ver-se revelada tal temática, nos autos do HC nº 149.250/SP, e relacionada à *operação Satiagraha*,¹⁰ o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto do relator, desembargador convocado Adilson Macabu, pontuou que a Lei nº 9.883/1999 determina, expressamente, as funções e o *modus operandi* da Abin, não sendo aceitável que tais limitações sejam extrapoladas. Sobretudo porque o rol de atribuições disposto na lei não permite uma interpretação elástica e em desconformidade com o espírito do legislador.

9 CEPIK, Marco A. C. Espionagem e democracia. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 128. Disponível em: http://professor.ufrgs.br/marcocepiik/files/cepiik_-_2003_-_figv_-_espionagem_e_democracia_21-apr-14_1.compressed.pdf. Acesso em: 18 ago. 2018.

10 Operação que investigou possíveis crimes de desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro. A Abin realizou investigações tipicamente de polícia judiciária, o que resultou na declaração de ilicitude das provas obtidas, com o trancamento do inquérito policial que foi inaugurado depois da investigação da Abin.

Nesse cenário, em um Estado Democrático de Direito é inadmissível o prosseguimento de uma investigação por parte de autoridade político-administrativa, em indubitável e inaceitável desvio – ou excesso – de poder, maculando todo e qualquer procedimento administrativo ou investigativo praticado, na medida em que à margem da lei e de vários princípios constitucionais consagrados, com destaque aos da legalidade, da impessoalidade e do devido processo legal.

Enquanto órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, a Abin não pode atuar além da sua competência institucional, a qual se encerra: (I) no conhecimento e na execução de ações, sigilosas ou não, destinadas à colheita e à análise de informes que viessem a ser considerados necessários ou úteis ao assessoramento do Chefe do Executivo; (II) no planejamento, na execução e na proteção de conhecimentos sensíveis, relativos à segurança do Estado e da sociedade; (III) na avaliação de ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e (IV) na formação e desenvolvimento de recursos humanos, na elaboração de uma doutrina de inteligência e na realização de estudos em ordem a aprimorá-la (Lei nº 9.883/1999, art. 4º, *caput*, I a IV).

No atinente à Abin (por osmose, à SSINTE), assevera-se que exatamente em razão da natureza exauriente desse elenco de atribuições, na qualidade de órgão integrante da administração pública, somente pode proceder ao compartilhamento de dados com a polícia judiciária se autorizada pelo chefe do Gabinete Institucional da Presidência da República; e, mesmo assim, sob compromisso da guarda do sigilo legalmente imposto, pena de triplice responsabilidade (administrativa, civil e criminal, cfe. à Lei nº 9.893/1999, art. 9º, *caput*, e §§ 1º e 2º).

Com essas considerações, entendeu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não ser competência/atribuição da Abin (por necessário esgarçamento, da SSINTE/SSPRJ) investigar crimes.

De outra vertente, ressalte-se que, no voto do ministro Napoleão Nunes Maia Filho quando do julgamento daquela mandamental, importante adendo foi feito à análise da questão quanto à temerária tentativa de legitimação *a posteriori* da participação da Abin, chegando-se até mesmo, surpreendentemente, a assemelhá-la ao Ministério Público no que tange ao poder de investigar. Ainda que a interpretação dada pelos que afirmam

poder o Ministério Público investigar crimes seja equivocada, de leitura distorcida,¹¹ é certo que não se está, na hipótese da Abin, da SSINTE/SSPRJ ou outro órgão de inteligência, a discutir quem pode o mais pode o menos. Cuida-se de aparelho instituído para as atividades de inteligência e contrainteligência, em auxílio direto ao chefe do Poder Executivo, quer em âmbito nacional, quer em âmbito estadual, e não titular de investigação preliminar, quer conduzida por autoridade policial, quer por representante do *parquet*.

Acentue-se, inclusive, que, ainda que em sede de investigação, tem de se observar a paridade de armas, na medida em que o equilíbrio de forças se manifesta como uma exigência em nossa Carta Cidadã, que estabelece a indisputável simetria entre a acusação e a defesa. É imperioso que todos os atos investigativos estejam documentados em procedimento formal, à luz dos princípios constitucionais e legais.

Se, no exercício de suas atividades, vierem a tomar conhecimento (caso fortuito) de fato que aparentemente configure crime, observado o disposto na Lei nº 9.893/1999, art. 9º, *caput*, e §§ 1º e 2º, devem encaminhá-los à autoridade com competência/atribuição constitucional para que as devidas providências sejam adotadas, em procedimento formal; do contrário, ilícitos/ilegítimos serão as provas/indícios coligidos.

VI. CONCLUSÃO

Dentro desse panorama, é fundamental que a defesa técnica tenha conhecimento da origem das provas que embasaram determinada investigação penal e o processo penal, o que não ocorrerá se encabeçada por órgão cujo principal atributo é a obtenção de dados, por vezes jamais documentados, com preservação de segredo. Tanto a investigação preliminar quanto o processo penal devem se desenvolver em conformidade com os limites constitucionais e legais, uma vez que o investigado é sujeito de direitos; e, nessa condição, urge ter preservadas as respectivas garantias fundamentais.

Após a reforma de 2008, o processo penal brasileiro se viu reformulado, para que fosse adequado à estrutura acusatória e o controle da legalidade da persecução penal fosse exercido na sua plenitude, desde o

11 VIEIRA, Luís Guilherme. Op. cit.

início da apuração da infração penal. Por isso, naquela concepção primária (de um processo penal acusatório), a etapa de admissibilidade da acusação é concebida, fundamentalmente, para que o julgador assuma a função de garante da constitucionalidade/legalidade das práticas investigatórias, dos elementos informativos e da própria fiabilidade da acusação, em necessário desprezo às investigações que não se submetem ao crivo da norma constitucional ou legal.¹²

Sendo assim e afinal, não deve o Judiciário, mesmo que confrontado com situação fático-*jurídica* de expansão dos métodos ocultos de investigação, por mais graves sejam os crimes, aquiescer diante de violação a direitos e garantias fundamentais.¹³

12 PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 51.

13 GRINOVER. Ada Pellegrini. In: *Liberdades Públicas e Processo Penal – as interceptações telefônicas*. 2ed., São Paulo: RT, 1982, p. 58.

Matéria Pacificada e o Abuso do Direito de Defesa: Hipótese de Tutela de Evidência

Ana Carolina Squadri Santanna
Procuradora Federal
Procuradoria Regional Federal 4ª Região
Turmas Recursais
Porto Alegre - RS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme vem sendo reiterado pela doutrina, não há Estado Democrático de Direito sem a plena satisfação do direito em tempo razoável, frustrando, assim, o direito fundamental ao processo justo e à própria dignidade da pessoa humana, que é a base de todo o sistema jurídico pátrio.¹

Além da morosidade da Justiça, a existência de um procedimento ordinário, neutro, inflexível e indiferente ao direito material também não é capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional, visto que disciplina as mesmas regras para casos distintos². Isto posto, averigua-se que o estudo do Direito Processual Civil contemporâneo deve versar, principalmente, a respeito de técnicas processuais idôneas a obter a tutela do direito tempestivamente, conforme a realidade social assim impor³.

Ademais, num Estado de Democrático de Direito onde se vislumbra a segurança, a igualdade e a liberdade das relações jurídicas, o Direito deve ser cognoscível, estável, confiável e efetivo⁴.

1 MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 14.

3 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41 e 43.

4 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

Ocorre que o Direito não é um produto pronto, elaborado pelo Legislativo⁵, visto que o seu desenvolvimento e sua definição devem ocorrer em um processo democrático, num ambiente propício ao contraditório e ao efetivo debate para sua posterior formação. É por esse motivo que se entende, na atualidade, que a interpretação de uma regra jurídica integra o contraditório, podendo fazer parte do discurso do autor e também da defesa.⁶

A partir da sequência lógica de que norma não é o mesmo que texto, que a interpretação que os Tribunais conferem às questões de direito são as melhores possíveis, porém distante daquela ideia de única interpretação correta, é possível extrair daí que tanto a resolução do caso concreto quanto a função de conferir unidade ao direito devem ter como pressuposto a colaboração de todos os integrantes do processo para a interpretação jurídica do caso analisado e julgado. Esse é o alcance que se deve conceder ao art. 10 do NCPC.⁷ Nesse sentido, vejamos a lição a seguir:

O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não invocadas pelas partes.

No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto (art. 10, CPC). Isso quer dizer que a máxima *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 137.

6 “Essa nova ideia de contraditório demonstra que a jurisdição hoje é ambiente democrático. Para muito além da hipótese de que apenas na esfera legislativa haveria democracia, a jurisdição tem se mostrado, cada vez mais, um ambiente democrático, à medida que as partes têm o direito e o poder de participar da condução do processo que levará à solução do seu caso, e, principalmente, o de influir na decisão que gerará efeitos na sua esfera jurídica”. FEIJÓ, Maria Angélica. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 302.

7 “art. 10. NCPC. 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.”

Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes.⁸

Além dessa elasticidade dada ao contraditório, influência direta da teoria do direito, no que se refere ao conceito de norma, é possível vislumbrar que a jurisdição contemporânea, a qual confere sentido ao texto legal, reflete diretamente nas técnicas processuais concebidas pelo sistema processual civil brasileiro.

Considerando que o Judiciário possui a dupla função de investigar os fatos alegados e de definir questões de direito, incluindo as próprias regras processuais, os institutos de processo civil devem ser aplicados no contexto da jurisdição contemporânea, isto é, devem ser moldados pelo Judiciário conforme a tutela do direito assim exigir, mesmo que a legislação não tenha previsto uma técnica processual idônea para determinado fim.⁹

A flexibilidade das regras processuais está inserida num contexto maior, de ordem ideológica, em que outros sistemas também vêm se submetendo, como o Direito do Trabalho, com o intuito de conferir dinamidade e eficiência à economia. Desse modo, entende-se que regras rígidas, que não se amoldam à evolução dos fatos, prejudicam o desenvolvimento socioeconômico de uma sociedade.¹⁰

Por outro lado, a flexibilidade das regras processuais tem como fonte propulsora a nova cultura processual civil, “representada pela potencialização do papel do juiz”¹¹. Trata-se de uma tendência que não se restringe

8 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. I, p. 168.

9 “Na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.” Idem, p. 162. No entanto, seria apropriado realizar uma reforma da Justiça Civil a fim de que sejam minimizadas a desigualdade e a insegurança entre os jurisdicionados, para que seja aplicado o mesmo Código de Processo Civil a todos os jurisdicionados, evitando, assim, a variação da técnica processual conforme o juízo por onde tramita o processo. Trata-se da reforma da Justiça Civil, supramencionada. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 1, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 169 a 171.

10 CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 146.

11 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. Coord. e revisão da tradução: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 56 e 57.

à tradição da *civil law*; muito menos ao Brasil, em que se espera um juiz ativo, no sentido de adequar as leis à Constituição, de modo a garantir sua força normativa.

Em virtude disso, o Direito Processual Civil contemporâneo deve ser interpretado e aplicado mediante uma visão dinâmica, superando a concepção estática de suas regras. Cabe frisar, porém, que tais mudanças estruturais requerem uma modificação na administração do Poder Judiciário, no que se refere às funções dos órgãos jurisdicionais, com vista a não gerar uma situação de desigualdade e insegurança entre os jurisdicionados.

Dentre as técnicas processuais que potencializam o papel do juiz, com o intuito de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, podemos citar a tutela de evidência, prevista no art. 311 do CPC¹².

A respeito da tutela de evidência e considerando que o procedimento não deve ser neutro ao direito material, que as técnicas processuais devem ser flexíveis conforme a evolução social e que o Direito é uma norma construída em colaboração entre as partes e o juiz, indagamos se a existência de um precedente pela Corte Suprema ou mesmo de uma jurisprudência uniformizadora de Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça não deveria viabilizar a satisfação do direito na sentença mediante a concessão de tutela de evidência. Isso porque o sistema vigente ainda prevê o efeito suspensivo da apelação como regra geral, além de outras regras que dificultam a execução provisória da sentença, afrontando a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Nessa esteira, a concessão da tutela de evidência na sentença seria de grande valia.

Se a realização da tutela do direito mediante a técnica antecipatória pode ocorrer em razão da evidência do direito pela veracidade dos fatos, antes da instrução completa do processo, não é lógico impedir a realização do direito quando proferida a sentença, na hipótese de questão pacificada,

12 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - 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;

IV - 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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

mediante formação de precedente de Corte Suprema ou de jurisprudência uniformizadora de Corte de Justiça¹³. Se o procedimento não deve ser neutro para atender a efetividade da tutela jurisdicional, muito menos a sentença deve ser considerada neutra, em prejuízo ao autor, visto que já ocorreu a produção de prova e a questão de direito pode estar pacificada a favor do demandante.¹⁴

Como a sentença está sedimentada em cognição exauriente em relação aos fatos e se a evidência da questão de direito é corroborada com a existência de precedente ou jurisprudência uniformizadora, o sistema processual deve garantir a efetividade da tutela do direito já na primeira instância, quando prolatada a sentença.

2. A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Em termos gerais, a tutela de evidência prevista no CPC tem como propósito distribuir o ônus do tempo do processo, antecipando-se a realização do direito, conforme a evidência dos fatos alegados. Logo, se o fato constitutivo está plenamente demonstrado já na inicial, sendo a defesa infundada e havendo necessidade de produção de prova pelo réu, o Judiciário está autorizado a conceder a antecipação da tutela jurisdicional.¹⁵ Nota-se que essa tutela provisória nada tem a ver com a urgência, mas sim com a evidência do direito. Neste caso, a evidência dos fatos provados e não contestados suficientemente legitimam a antecipação da tutela jurisdicional. Este é o sentido de evidência do direito. Se a questão em discussão

13 “O Novo Código claramente outorgou sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o Novo Código exige a sua resignificação: isso porque, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomado em incidente de assunção de competência (art. 927, inc. III) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência. Isso quer dizer que ao lado da jurisprudência – por assim dizer, tradicional – o direito brasileiro conhece igualmente a jurisprudência uniformizadora. A diferença óbvia entre uma e outra está na obrigatoriedade da jurisprudência uniformizadora.” MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 88 e 89.

14 “O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

15 “A tutela da evidência excepciona o princípio de que a execução ou a tutela jurisdicional do direito deve seguir a sentença de cognição plena e exauriente.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. IV, p. 228.

no processo for meramente de direito e havendo precedente da Corte Suprema, seria o caso de julgamento antecipado do mérito e não de concessão de tutela de evidência, pois não haveria necessidade da fase instrutória para a investigação dos fatos.¹⁶

A tutela de evidência está relacionada ao abuso do direito de defesa, o que não significa propriamente a ocorrência de má-fé pela parte ré.¹⁷ O abuso de defesa é caracterizado pelo simples prolongamento excessivo da defesa, apesar de suficientemente comprovados os fatos alegados pelo autor.

O art. 311, inciso I, do CPC é considerado pela doutrina a cláusula geral da tutela de evidência, contendo a previsão do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte como pressupostos.¹⁸ Se a probabilidade de êxito do processo é maior em relação ao autor, este tem o direito de usufruir do bem pleiteado antes mesmo do desfecho do processo judicial, que, aliás, pode prolongar-se por muitos anos.

No que diz respeito à previsão de uma cláusula geral, é de suma importância conferir um caráter atípico à tutela antecipada, inclusive podendo ser ampliado seu alcance conforme a necessidade do caso concreto, sendo aperfeiçoada a técnica processual na seara jurisprudencial.¹⁹

De acordo com Daniel Mitidiero, “a tutela antecipada fundada na evidência visa a promover a igualdade substancial entre as partes. Trata-se de expediente que tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não. (...) A tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente antecipação da tutela fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes.”²⁰

Ressalta-se que a concessão da tutela de evidência não viola o direito de defesa, primeiramente porque os princípios constitucionais não

16 Idem. p. 271.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 26.

18 Idem. p. 270.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. Disponível no endereço eletrônico <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18592>. Acesso em 22/05/2018, p. 8.

20 MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*, 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 157 e 158.

são absolutos, de forma que não há em tese a prevalência de um sobre o outro.²¹ Além disso, a efetividade da tutela jurisdicional é o princípio que poderia fundamentar a limitação do alcance que se poderia conferir ao direito de defesa, de modo que a infundada resistência do réu à realização prática do direito do autor, em si, configura o abuso do direito de defesa.

Uma vez ultrapassada a fase de apresentação da contestação, o exercício do direito de defesa pelo réu foi plenamente realizado no processo civil, oportunidade na qual foram apresentadas suas questões de fato e de direito, salvo algum impedimento que justifique demais alegações em momento posterior. Não tendo o réu apresentado provas e argumentos consistentes para justificar a suspensão de qualquer efeito prático a favor do autor, o manejo de meios de impugnações para inviabilizar a efetividade processual deve ser considerado abuso do direito de defesa.

Logo, a tutela de evidência não se trata de uma técnica que minimize o direito de defesa, visto que o réu tem a oportunidade de dar continuidade ao processo, produzindo-se as provas admitidas e, posteriormente, interpondo os recursos cabíveis. Ao invés disso, a tutela de evidência maximiza a efetividade da prestação jurisdicional, sem afetar o direito de defesa.²²

Como a tutela de evidência não pode suprimir por completo o contraditório,²³ a concessão de liminar em razão da evidência, prevista no parágrafo único do art. 311, CPC, seria inconstitucional e também incoerente, visto que “não se pode aferir evidência do direito antes de o réu ter sido citado e apresentado defesa”, uma vez que a técnica processual tem como pressuposto o conhecimento pelo juiz da defesa do réu, para então sopesar a probabilidade do direito de cada parte.²⁴ Sendo assim, se o juiz antecipar a tutela de direito sem dialogar com o réu, deverá decidir com fundamento no perigo da demora, concedendo a tutela de urgência.

Por outro lado, entende-se que o uso abusivo da defesa sempre dificulta a plena satisfação do direito do autor. É por essa razão que, à luz

21 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 767.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

23 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de conhecimento*. Vol. II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 369.

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. IV, p. 275.

do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o abuso de defesa não deve ser caracterizado a partir de um dado subjetivo do réu, tendo que se exigir uma intenção de protelar o direito do autor, bastando a mera prolongação do processo com base em defesa que “não seja de pronta solução”, para ficar configurado o uso inadequado do direito.²⁵

Nota-se, portanto, que a evidência prevista no CPC, conforme vem afirmando a doutrina, se baseia na veracidade dos fatos, e por isso, o momento adequado para a concessão dessa tutela antecipada é na fase de saneamento e organização do processo.²⁶ Trata-se, assim, de antecipação de tutela com amparo em cognição sumária, pois com a instrução do processo, é possível que o réu comprove os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e, por conseguinte, a tutela de evidência seja revogada.²⁷

3. MATÉRIA PACIFICADA EM CORTE DE JUSTIÇA OU EM CORTE SUPREMA. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA.

Ultrapassada a fase de instrução processual, tendo o réu produzido as provas requeridas e admitidas, o juiz profere a sentença julgando procedente o pedido do autor, com base em questão de direito pacificada, ou seja, em jurisprudência uniformizadora de Corte de Justiça ou em precedente de Corte Suprema.

Inconformado, o réu interpõe recurso de apelação, com efeito suspensivo, enfrentando a questão de direito manifestada na sentença. Em razão do recurso interposto, o qual visa prolongar um debate jurídico sobre determinada questão, o autor não consegue usufruir o bem material do qual postulou, caso não demonstre perigo de dano que justifique a concessão de tutela de urgência.

Trata-se de uma situação corriqueira do nosso sistema jurisdicional, pois milhares de jurisdicionados aguardam a realização prática de seu di-

25 MARINONI. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado*. Ob. Cit. p. 33.

26 “A ‘delimitação das questões de fato’ importa para a seleção dos fatos litigiosos que ainda devem ser elucidados, tendo grande relevo para a racionalização do processo, evitando discussões estéreis, provas produzidas sem propósito, custos econômicos aos litigantes e ao Poder Judiciário, e especialmente o dispêndio do tempo da justiça e das partes sem razão de ser. A definição de um fato como controvertido constitui premissa para a produção da prova, mas a exata localização do fato controvertido entre os fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos é pressuposto para a atribuição do ônus da prova a um dos litigantes, nos termos do inciso III do art. 357.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. IV, p. 276.

27 MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Ob. Cit. p. 159.

reito garantido na sentença. Ocorre que fazer o autor esperar o trânsito em julgado da decisão²⁸, já tendo o juiz de primeiro grau analisado e julgado se o caso concreto é semelhante ou não ao decidido pela jurisprudência uniformizadora ou pelo precedente, é negar ao jurisdicionado o direito à tutela jurisdicional efetiva, uma vez que não ocorreu nenhum resultado prático em benefício do autor, apesar de vigorar uma sentença baseada em fatos comprovados mediante cognição exauriente, como também em questão de direito pacificada.

Basta verificar que o trânsito em julgado da sentença não é pressuposto para a tutela executiva, mas sim para a formação do título executivo judicial.²⁹ Todavia, em razão de ainda predominar no sistema processual civil forte tendência a privilegiar a defesa em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional, a legislação prevê barreiras para a execução imediata da sentença³⁰. Desse modo, tanto o juiz quanto a parte autora percebem-se inibidos de concretizar o direito em resultados práticos, a menos que exista a probabilidade do perigo da demora. Nesta linha, a efetividade da tutela jurisdicional somente estaria garantida em razão do preenchimento dos pressupostos da tutela de urgência.

Sucedee que a necessidade de segurança, de igualdade e de liberdade das relações jurídicas nos impôs adotar uma ordem jurídica baseada em precedentes judiciais e em jurisprudência de observância obrigatória, que mediante razões necessárias e suficientes, as Cortes conferem uma interpretação à regra constitucional ou infraconstitucional, delimitadas num contexto fático-jurídico.³¹ Em razão disso, o art. 927 do CPC previu que os Tribunais observarão os precedentes e a jurisprudência vinculante, sendo que o termo “observarão” tem o triplo significado de considerar,

28 “Se o autor for obrigado a esperar a coisa julgada material para requerer a execução, ele certamente terá sido prejudicado pela demora do processo ou um ‘dano marginal em sentido estrito’ a ele terá sido imposto. (...) É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória*. Ob. cit, p. 21.

29 Idem. p. 22.

30 Art. 520 e ss. do CPC. De acordo com o art. 520, IV, CPC “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 grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

31 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 90 e 91.

interpretar e aplicar.³² Logo, tanto o precedente quanto a jurisprudência vinculante constituem fonte primária do Direito, tendo força normativa no ordenamento brasileiro.³³

Portanto, um sistema jurídico que busca alcançar a segurança das relações e a efetividade da tutela jurisdicional permite e incentiva a elaboração de técnicas processuais idôneas à realização do direito, sempre que alguma questão já estiver pacificada nas Cortes.

Poder-se-ia argumentar contrariamente à técnica processual baseada em questão pacificada, alegando que nossas Cortes oscilam quanto à estabilidade de suas decisões. Todavia, o escopo do sistema de precedentes é justamente conferir segurança à ordem jurídica, cabendo à própria Corte Suprema evitar mudanças bruscas e repentinas de seus entendimentos, para que o precedente seja observado por todo o Judiciário sem maiores dificuldades de sua aplicação.³⁴

Como visto e considerando que o Judiciário vem se aprimorando para garantir e viabilizar uma ordem jurídica segura, os juízes de primeira instância, como também as partes, terão conhecimento das matérias pacificadas desde a prolação da sentença, momento em que estarão definidos e provados os fatos, configurando, assim, as condições necessárias para a efetivação do direito mediante a técnica da tutela de evidência.³⁵

A razão para conceder a tutela de evidência na sentença, quando o processo prosseguir com o debate firmado em uma questão pacificada pela Corte de Justiça ou pela Corte Suprema, é assegurar que o Direito é capaz de conferir legitimidade para as relações jurídicas estabelecidas conforme os entendimentos vinculantes das Cortes, ou seja, desde o momento da vigência de precedente ou de jurisprudência obrigatória, os jurisdicionados estarão idôneos a se organizarem conforme as questões pacificadas pelos Tribunais.

32 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. XV, p. 63.

33 Idem. p. 65.

34 “A segurança jurídica depende igualmente da idéia de estabilidade (continuidade, permanência, durabilidade), porque uma ordem jurídica sujeita a variações abruptas não provê condições mínimas para que as pessoas possam se organizar e planejar suas vidas”. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

35 Cabe aqui ressaltar a observação de Athos Gusmão de Carneiro: “Impõe-se, portanto, num processo civil que aspira à modernidade e eficiência, que os procedimentos se tornem menos complexos na medida em que aumente o grau de evidência das pretensões de direito material”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

A propósito, Rogéria Dotti faz uma relação entre a tutela de evidência e o sistema de precedentes a partir da regra do art. 311, inciso II, do CPC:

Saliente-se que a estabilidade da jurisprudência – consequência natural da adoção do sistema de precedentes – diminui os riscos na antecipação de tutela. Isso porque, em um ambiente de decisões estáveis, será muito mais fácil prever as chances de acolhimento da pretensão pelo Poder Judiciário. Assim, teses jurídicas pacificadas permitem a antecipação da tutela com menor risco de reversão.

Nesse ponto, a tutela da evidência tem um papel relevantíssimo a cumprir. Ela permite a aproximação da segurança dos precedentes com a celeridade processual, visando a um melhor resultado no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo no processo.³⁶

Não admitir ou desprezar essa possibilidade de antecipar os efeitos da tutela concedida na sentença, mesmo que não haja perigo de dano, significa conferir um peso desproporcional ao direito de defesa, que transborda, na verdade, para o abuso de defesa. Já afirmava Athos Gusmão de Carneiro que “haverá abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu, sempre que a jurisprudência se firmar em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insista em negar, através de contestações estereotipadas (...) o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença de mérito”.³⁷

O empenho por parte da doutrina processual em estudar a relação entre tempo e processo³⁸ não é uma situação nova. Contudo, ainda não foi suficientemente estudadas as funções dos órgãos do Poder Judiciário, a Administração da Justiça Civil e os reflexos dessa alteração estrutural na efetividade do processo.

36 DOTTI, Rogéria. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela de evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOGADO-CEF – Ano XI – nº 21 – Nov 15*, p. 69.

37 Idem, p. 35.

38 JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 112.

Há quem defenda, por exemplo, que se deve conferir ao juízo de primeiro grau um papel de maior relevância, destinado à instrução processual com a colheita de provas e sua respectiva valoração, sem a posterior sobreposição de função pelo Tribunal.³⁹ Com base nesse entendimento e destinando-se aos órgãos jurisdicionais funções específicas, somando-se a isso a sedimentação de questões de direito nas Cortes, não há razão para se prolongar os efeitos da sentença para data futura, visto que o papel dos Tribunais não seria de sobreposição ao juízo monocrático.⁴⁰

A título ilustrativo, Remo Caponi afirma que no processo civil inglês os meios de impugnação são instrumentos excepcionais, os quais possuem a mera função de corrigir algum erro cometido pelo juiz de primeiro grau, e não um poder geral de revisão. Nessa linha, “*il giudizio di ammissibilità è uno strumento molto incisivo. Esso anticipa in via sommaria il procedimento di merito d'appello e contribuisce a consolidare il profilo del giudizio di primo grado come istanza tendenzialmente unica per la composizione della controversia.*”⁴¹ Também no processo civil alemão, a partir da reforma de 2001, o meio de impugnação da sentença passou a ser um instrumento excepcional, indicado para corrigir os erros do juiz de primeiro grau, embora a jurisprudência demonstre que, na prática, o tribunal de apelação amplie sua margem de admissibilidade de recursos para revisão da sentença⁴². “*Da un lato, esso si ispira al giudizio di revisione. Il giudice d'appello è tendenzialmente vincolato agli accertamenti di fatto compiuti in primo grado. La sua attività si indirizza in prima battuta al controllo degli errori e non più come in precedenza alla ripetizione del giudizio. L'idea che ha guidato il legislatore nell'introdurre questa nuova determinazione di scopo è che un rinnovato accertamento in appello non conduce di regola a risultati più affidabili rispetto a quelli conseguiti in primo grado.*”⁴³

39 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 1, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 167.

40 “Em virtude da necessidade do segundo grau, a causa, em primeiro grau, não está ganha nem perdida; a sentença do juiz, por não ter, em regra, execução imediata, serve para pouco mais do que nada. Como afirma o professor florentino, o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa antessala para se chegar à fase de apelação ou à verdadeira decisão, ao menos para a parte que tem condições econômicas para alcançá-la”. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 318.

41 CAPONI, Remo. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV (Seconda Serie), n 3, Maggio-Giugno 2009, p. 636.

42 “L'analisi della giurisprudenza dimostra che notevole è il margine di apprezzamento che il giudice di appello si concede nel disporre una rinnovazione degli accertamenti compiuti dal giudice di primo grado”. Idem, p. 642.

43 Idem, p. 640. Sobre o direito processual inglês, vide a obra ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais*

Diretamente relacionado à segurança jurídica, o tempo do processo e sua efetividade devem ser uma constante preocupação do Judiciário, das partes e da doutrina. Após avanços teóricos na disciplina, o atual momento do Direito Processual Civil nos permite abrir mão do excesso de formalidades, ritos e barreiras que dificultam a realização do direito no mundo prático.⁴⁴ Nesse sentido, as Cortes deveriam elaborar precedentes idôneos a impulsionar um processo mais efetivo.⁴⁵

É nesse sentido que o sistema de precedente pode contribuir para a efetividade do processo civil. Ao pacificar uma questão fático-jurídica, e ao fazer isso de modo célere com a aplicação do filtro de repercussão geral⁴⁶, a Corte Suprema irá instituir força normativa para determinado caso, de modo que as relações inauguradas no período em que abrange a vinculação do precedente, inclusive aquelas instituídas na sentença judicial, devem necessariamente observar a ordem jurídica estabelecida pela cúpula do Judiciário, independentemente do trânsito em julgado da decisão final.

e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. tradução do autor; orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier, 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

44 “Mas é incontestável que o juiz e, aliás, todos os operadores do processo, devem buscar a abreviação do tempo, opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis, às protelações maliciosas.” Idem, p. 2.

45 Portanto, incompreensível a posição firmada pelo STF no RE 612043: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento”. De acordo com o julgado, a eficácia da ação coletiva restringe-se aos associados residentes no âmbito de órgão julgador, contrariando a lógica do processo coletivo. Notícia veiculada em 10/05/2017, disponível no endereço eletrônico www.stf.jus.br. “Elaine Harzheim Macedo e Marco Félix Jobim alertam para a importância das ações coletivas como meio adequado à efetividade da tutela jurisdicional e à tempestividade o fortalecimento das ações coletivas, ao afirmarem: ‘trata-se de meio hábil a atender tanto a efetividade processual, em especial no que diz com a força de seus comandos sentençiais, como a tempestividade processual, pela concentração em um único ou poucos processos, em flagrante economia de atos, custos e tempo que seriam demandados caso os titulares dos direitos em jogo fossem obrigados a individualmente buscar a prestação jurisdicional’”. MACEDO, Elaine Harzheim; JOBIM, Marco Félix. Ações coletivas x ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: AJURIS, a. 35, n. 112, p. 84, dez. 2008. APUD: JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 153.

46 “Em estudo bastante exaustivo sobre o tema da repercussão geral, Damares Medina teve como problema de pesquisa de seu doutoramento se o filtro referido anuncia um maior acesso à jurisdição constitucional ou o próprio acesso à justiça, como defende José S. Carvalho Filho, evidentemente, como o próprio autor afirma, se levado com a seriedade, e não como tem sido feito, de confirmar a repercussão e deixar de julgar o mérito, levando a uma falsa impressão de estabilidade do sistema. Respeitados os ditames pelos quais o filtro foi criado, fica inequívoco que não se trata ele meramente de se ter uma justiça quantitativa, mas qualitativa de mesma forma. Inevável afirmar, então, que a maximização do alcance das decisões em sede de recurso extraordinário com repercussão geral serve a um sistema mais eficiente, evidentemente, se for feito de modo qualitativo”. JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 159 e 160.

O mesmo pode ser afirmado com relação à jurisprudência de observância obrigatória.⁴⁷

Por último, cabe lembrar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, na linha de conciliar efetividade com a técnica processual, visto que não são valores em oposição. Aliás, “quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades”.⁴⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No embalo da discussão da efetividade do processo e nesse contexto histórico em que o Judiciário reafirma o valor de suas decisões, o presente texto teve como propósito analisar o uso da tutela de evidência na sentença, demonstrando-se a viabilidade e a utilidade dessa técnica processual para o seu imediato cumprimento.

Embora o avanço do Direito Processual, alinhavado com a Constituição Federal, é possível afirmar que ainda há um longo caminho a ser percorrido para um ideal Estado Democrático de Direito. Não apenas por motivos referentes à aplicação da teoria aos casos práticos, mas também por uma questão de posicionamento de valores caros à sociedade. Nesse aspecto, não há uma intenção no texto de desvalorizar determinado princípio constitucional, como o direito de defesa, por exemplo. Muito pelo contrário, este se revela como um pilar da democracia, para que não sejamos personagens de um processo kafkaniano.

Entretanto, considerou-se que é possível ocorrer situações em que o réu ultrapasse o mínimo garantido constitucionalmente, exercendo com abuso seu direito de defesa, limitando com tal conduta, a garantia do exercício de algum outro, como a de ver prevalecer em tempo razoável a tutela jurisdicional. Afinal, o Estado Democrático de Direito nos impõe um diálogo entre os princípios constitucionais, sem que haja a prevalência cega e exacerbada de algum deles.

47 Idem, p. 166 a 168.

48 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Disponível no endereço eletrônico www.ablj.org.br. Acesso em 22/05/2018, p. 206.

Outro aspecto a considerar, principalmente para aqueles mais conservadores quanto à imediata execução da sentença, é que a tutela de evidência com base em matéria pacificada seria uma medida intermediária em relação à supressão definitiva do efeito suspensivo do recurso de apelação⁴⁹. Isso porque a chance de erro do juiz de primeiro grau é bem reduzida em face da questão de direito, objeto do recurso do réu, a qual foi amplamente debatida pelas Cortes.

Também é possível concluir com o presente estudo que a vinculação dos precedentes da Corte Suprema e das jurisprudências das Cortes de Justiça será mais bem trabalhada a partir de uma reorganização estrutural do Judiciário, avaliando-se qual é a função precípua de cada órgão, de forma a promover e aplicar as decisões de suas Cortes.

REFERÊNCIAS

CADIET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAPONI, Remo. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV (Seconda Serie), n 3, Maggio-Giugno 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo Civil Comparado: uma perspectiva evolutiva*. coord. e revisão da tradução: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DOTTI, Rogéria. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela de evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF – Ano XI – nº 21 – Nov 15*, p. 59-75.

49 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

FEIJÓ, Maria Angélica. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão. *A eficácia imediata da sentença no CPC de 2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, volume XIV, disponível no endereço eletrônico www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index, p. 296-330.

_____. *Instituições de Processo Civil. Processo de conhecimento*. Vol. II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O STJ enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; MITIDIERO, Daniel. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, vol. I.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 1, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*, 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. Disponível no endereço eletrônico <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18592>. Acesso em 22/05/2018.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. Disponível no endereço eletrônico www.ablj.org.br. Acesso em 22/05/2018.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil. Tutela de urgência e tutela de evidência*. 3ª edição, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.jus.br.

Ato Processualizado e Ação Anulatória (art. 966, §4º, CPC)

Procedural act and invalidation claim (art. 966, §4º, CPC)

Cássio Benvenutti de Castro

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS

SUMÁRIO: Introdução. 1) A caracterização do ato processualizado no confronto com o ato processual. 2) Os efeitos da processualização e a questão da invalidação do ato processualizado (ação anulatória). Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1) The characterization of the procedural act in relation with the typical procedural act. 2) The effects of procedural colocation and the issue of invalidation of the procedural act (invalidation claim). Conclusion. References.

RESUMO: O Código de Processo Civil previu a ação anulatória de ato processualizado no art. 966, §4º. Logo, é necessário delimitar a estrutura e a funcionalidade dessa espécie jurídica, que está encerrada no texto da lei. A partir dessa precisão dogmática, é possível identificar as implicações processuais da ação anulatória, uma demanda peculiar cuja topologia heterotópica reclama atenção operativa. Ainda mais, tratando-se de uma época em que é crescente o emprego de meios alternativos para a solução de litígios – como a mediação, a conciliação, dentre outros.

ABSTRACT: The Procedural Civil Code established the invalidation action to dispute about a procedural act, in the article 966, 4º. Therefore, it is necessary delimit the structure and functionality of procedural act and this special characteristics, which is on the text of the law. From this

dogmatic precision, it is possible to identify the procedural implications of the invalidation action, a peculiar demand whose demands operational attention. Even more, in a time when there is growing the administrative dispute resolutions - such as mediation, conciliation, among others, the point is the analysis of this issues.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil; ato processualizado; ação anulatória; efeitos.

KEYWORDS: procedure law; procedural act; invalidation claim; effects.

INTRODUÇÃO

O fato jurídico é um acontecimento com aptidão para produzir consequências no mundo jurídico, pois consiste na reunião do “fato sensível + incidência da norma”. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fático, não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fático cria fato jurídico e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico”¹.

Os exemplos de fatos jurídicos, no sentido amplo, podem ser visualizados no nascimento, na morte, no casamento, no contrato e no testamento, entre tantos outros. Um rol a apreender que os fatos jurídicos consistem em fatos da vida nos quais a incidência da norma jurídica implica diferentes consequências. Justamente, o critério que particulariza a classificação está na *maior ou na menor escala* de atuação da vontade humana no preenchimento do suporte fático eleito, abstratamente, pela norma jurídica²³.

1 Prefácio do ensaio *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, de Didier Jr. e de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, p. 12.

2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 184.

3 Impossível, metodologicamente, reexaminar toda uma terminologia utilizada pela teoria geral do direito e, inclusive, pela lógica jurídica. A noção do fato jurídico pertence à propedêutica de qualquer estudo jurídico. Logo, comentar com naturalidade esquemas como o “suporte fático” (conjunto de fatos) ou o “preceito” (programa consequencial da norma) subentende a pré-compreensão e o caldo de cultura do leitor.

A subdivisão do gênero fato jurídico em espécies utiliza o critério da vontade, colocada no núcleo do suporte fático abstrato delimitado pela norma. Daí resultam o fato jurídico no sentido estrito, o ato jurídico no sentido estrito⁴, e o negócio jurídico – as categorias que trafegam da menor à maior influência da vontade humana como elemento-chave no suporte fático em abstrato. Um fenômeno da teoria do direito, que acontece tanto no direito material como no direito processual.

Não por acaso, o CPC estabelece no art. 966, §4º:

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Na espécie *fato jurídico stricto sensu* se localizam os acontecimentos que independem da vontade humana no núcleo do suporte fático, a exemplo da morte e do nascimento⁵. A norma jurídica não permite espaço à vontade humana no cerne do suporte fático abstrato, à medida que, ocorrendo os eventos previstos, automaticamente, incidem a norma e as suas consequências. Nesse ponto, tais fatos não interessam ao estudo.

De maneira diferente acontece no cerne do suporte fático abstrato que a norma estabelece para os *atos jurídicos* e para os *negócios jurídicos*, aos quais o elemento vontade humana é decisivo⁶. Aqui não se trata de eventos alheios à vontade.

Por outro lado, a diferença entre os atos jurídicos e os negócios jurídicos diz respeito ao “espaço de jogo”, ou melhor, à escala de influência que a vontade humana pode preencher – os atos jurídicos constituem atos da vontade humana dirigida à determinada finalidade, na qual não se permite oposição de circunstâncias acidentais (condição, termo, encargo),

4 A categoria do ato jurídico no sentido largo é gênero ao qual pertence o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. De sua feita, o ato-fato jurídico se situa a médio termo entre o fato jurídico e o ato jurídico – como um entre-lugares. Vale dizer que as presentes linhas apenas recapitulam o leitor sobre a matéria, que merece ser pormenorizada na bibliografia citada.

5 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 187.

6 Pontes de Miranda salienta que “os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 446.

uma vez que a própria norma jurídica incidente define todos os efeitos atribuídos; em contrapartida, o negócio jurídico aprofunda o *grau* de intervenção da vontade humana, consoante a previsão abstrata estabelecida pelo sistema normativo⁷, chegando a se permitir que os sujeitos da relação jurídica disponham sobre os efeitos do negócio (as circunstâncias do fato jurídico em sentido amplo) – a condição, o termo e o encargo.

O mistério reside no plano da eficácia. O plano da eficácia dos *atos jurídicos* é pautado totalmente pela norma jurídica, enquanto que o plano da eficácia dos *negócios jurídicos* é pautado parcialmente pela norma jurídica, na medida em que os efeitos dos negócios podem ser de alguma forma manejados pela vontade dos sujeitos.

A doutrina⁸ esclarece que “a distinção básica entre atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos está em que, nestes, a lei deixa à autonomia privada uma margem de liberdade, dentro de cujos limites podem os sujeitos criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões e ações. No negócio jurídico, existe sempre uma margem de autonomia privada que a lei reserva aos particulares, possibilitando-lhes estabelecer uma determinada forma de autorregulamento de seus próprios interesses e ações para o futuro, de tal modo que o ato e suas consequências jurídicas são determinados pela vontade, ou, se nem sempre por um ato volitivo expresso, ao menos em decorrência daquela margem de au-

7 Saliento que tanto os efeitos do ato jurídico como os efeitos do negócio jurídico são oriundos de preceitos pautados pela norma jurídica. Os efeitos dos fatos jurídicos em sentido amplo são determinados pela norma jurídica. Ou seja, não é tecnicamente aconselhável dizer que a vontade humana pode definir os efeitos ou as finalidades de um negócio jurídico. O direito é uma ciência normativa por natureza e, assim, preordena um esquema de normas e de possibilidades nas quais a própria norma proporciona aos sujeitos, como uma discricção, proibição, ou imposição. Pontes de Miranda expressa que no ato jurídico a “vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha e escolhido. Toda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edição de normas jurídicas pelas pessoas”. Ao raciocínio-base pontiano, em poucas palavras, resumo o seguinte elemento de conexão inerente ao mundo jurídico: relação de condicionalidade jurídica. No ato jurídico a condicionalidade chega ao extremo, determinando todas as consequências atribuídas a determinado suporte fático; no negócio jurídico, a condicionalidade permite alguma discricção, de maneira que os sujeitos podem adequar determinados efeitos nos limites à pauta normativa, de antemão colocada como alternativa. Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 447.

8 A doutrina estrangeira também efetua a distinção, apesar de quedar no lapso da “finalidade”: “La moderna dottrina distingue ulteriormente gli atti giuridici in *atti giuridici in senso stretto*, consistenti in mere condotte umane materiali, operanti sul mondo esterno, che i loro autori vogliono in sè e per sè, indipendentemente dagli effetti che il diritto ad esse ricollega; e *negozi giuridici*, consistenti, secondo la prevalente opinione, in manifestazioni di volontà direttamente produttive di conseguenze giuridiche (poichè nel negozio giuridico non sempre l'agente si rappresenta l'effetto previsto dal diritto, sembra essere sufficiente che la volontà si diriga ad un fine pratico). Ver DONDINA, Mario. *Atti processuali (civili e penali)*. *Novissimo digesto italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1519.

tonomia que a lei reserva aos participantes do ato. Nos atos jurídicos *stricto sensu*, ao contrário, os efeitos que os atos humanos hão de produzir estão determinados diretamente pela lei, não obstante possa haver uma classe de atos que não são negociais em que a vontade do agente se manifeste e tenha relevância”⁹.

A lembrança sobre as espécies de fatos jurídicos (sentido amplo) permite sistematizar que, dentre os atos jurídicos *stricto sensu*, temos situações como o casamento, a revogação de um mandato, bem como a aceitação da herança. Nesses casos, a própria norma jurídica define toda a sorte dos efeitos imputados ao suporte fático realizado, sendo inviável sua vinculação a variações eficaciais (vale dizer, é impossível *negociar* sobre esses atos os aspectos como a condição, o termo ou o encargo). Em contrapartida, é aceitável que os sujeitos combinem a colocação de elementos acidentais (circunstâncias) – condição, termo, encargo – no negócio jurídico, qualificando o seu momento eficaz, à medida que o sistema normativo permite verdadeiras faculdades aos negociantes, vide o exemplo do contrato.

A depender do núcleo do suporte fático abstrato, previsto na norma jurídica, segundo o *grau* de valorização do elemento vontade humana¹⁰, é possível identificar as subespécies de fatos jurídicos: o fato jurídico *stricto sensu*, o ato jurídico *stricto sensu* e, para o que interessa no texto, o negócio jurídico. Esses dois últimos são os que agora interessam, porque eles são os que perpassam o plano da validade e da eficácia. Quanto ao fato jurídico no sentido estrito, à medida que este dispensa a vontade humana em seu núcleo, não se fala em plano da validade, apenas no plano da existência, e disso advém um interesse secundário à dissertação.

Uma classificação análoga também pode ser utilizada no processo civil¹¹, desde que adequada às peculiaridades do rigor formal do processo.

9 SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil*, vol. 1, Processo de conhecimento, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196-7.

10 Aqui, a questão do “autorregramento” da vontade, quando os sujeitos podem dispor em maior ou menor autonomia com as alternativas que o plano das normas lhes faculta. Saliente que autorregrear a vontade é a possibilidade de preencher em concreto o conteúdo da norma jurídica, de acordo com o “espaço de jogo” que ela mesma permite à vontade dos sujeitos. Além de a norma permitir contratar, ou não, ela define alguns termos do negócio e deixa em aberto aos interesses dos sujeitos outros tantos interesses. Esse panorama, em sentido amplo, consiste na autonomia da vontade, no autorregramento da vontade. Diferente é a autonomia privada, que significa a produção de efeitos jurídicos a partir do que tenha sido negociado. Pontes de Miranda critica a terminologia “privada”, porque excluiria a autonomia em direito “público” – com efeito, também existem questões autorregráveis e que produzem efeitos no direito público. Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Tomo III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 54 e 56.

11 Com propriedade, a doutrina estrangeira refere que a lógica da teoria do fato jurídico é utilizada no processo, por uma

Basta imaginar, por exemplo, que a morte de uma parte, além de fato jurídico no sentido estrito, da mesma forma é um fato jurídico processual, que acarreta a suspensão do processo e a habilitação da sucessão do falecido. Densificando a linha de visada, segundo o critério da vontade humana como elemento nuclear do suporte fático previsto em abstrato pela norma jurídica, o ato jurídico (sentido largo) processual é a manifestação de vontade humana que tende a criar, a modificar, a conservar ou a extinguir o processo, sejam os atos dos agentes estatais (juiz e auxiliares), como o das partes e dos intervenientes.

Qualquer classificação se arrisca na eleição das próprias prioridades.

– Portanto, a chave desse momento não é elaborar uma sistematização de todos os critérios¹² que levam às diversas classificações dos fatos jurídicos no processo, mas chamar a atenção para o critério que utiliza o *cerne do suporte fático* para dividir os fatos jurídicos, à semelhança do que ocorre no direito material – ou seja, segundo a maior ou menor escala da vontade no suporte fático abstratamente previsto, os fatos processuais em sentido amplo também podem se subdividir nas espécies: (a) fatos jurídicos processuais no sentido estrito, como a morte de uma das partes ou o falecimento do advogado; (b) os atos jurídicos processuais, como a intimação e a penhora; e (c) os negócios¹³ jurídicos processuais, que já

questão de método: “Considerato che la teoria generale degli atti giuridici contiene in definitiva la enunciazione di un metodo, attraverso il quale è dato di procedere ad una più accurata analisi del contenuto di ogni attività lecita od illecita, ne consegue che tale metodo deve essere applicabile ad ogni ramo del diritto, salve le integrazioni e varianti rese indispensabili dalle particolari caratteristiche di ogni singolo ramo”. Ver DONDINA, Mario. *Atti processuali (civili e penali)*. *Novissimo digesto italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1520.

12 A título de exemplo, brevemente, os fatos jurídicos do processo podem ser classificados por *critérios* como o utilizado pelo sujeito que o pratica, pela fase procedimental em que ocorre, ou pela função desempenhada, entre outros. A questão não é qual o melhor ou pior critério, mas a utilização prática que se pode extrair de cada qual. Por isso, explorei o critério da “vontade” no cerne do suporte fático eleito abstratamente pela norma.

13 Em vista do rigor formal do processo, é discutível a possibilidade de existirem negócios jurídicos processuais. A doutrina apresenta divergências. Didier Jr. e Pedro Nogueira o admitem expressamente, classificam os fatos jurídicos processuais em fatos, atos e negócios processuais, chegando a elencar os atos-fatos processuais. Ver DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 61 e seguintes. Contra, rejeitando a categoria de negócio jurídico processual, ver Calmon de Passos (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 69). Dinamarco chega a escrever que o ato processual é voluntário por excelência e que essa vontade antecede o ato concreto externalizado no processo. “Isso não significa que os efeitos do ato processual sejam sempre todos aqueles, apenas aqueles e precisamente aqueles programados pelo sujeito que o realiza. A vinculação entre ato e efeito programado é característica dos *negócios jurídicos* e os atos processuais não tem essa qualificação. Eles produzirão os efeitos desejados pelo agente se assim a lei autorizar e produzirão efeitos não desejados, se isso for disposto pela lei. De todo modo, algum efeito produzem sobre o processo, com ou sem a vontade do agente de produzi-lo. Os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade”. (*Instituições de direito processual civil*, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 472). No mesmo sentido da negativa, ver MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45/6. Particularmente, além dos

existiam no CPC/73, a exemplo do acordo para fixação do foro de eleição (art. 111), da convenção para a redistribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), do negócio para a dilatação de prazo impróprio (art. 181), da convenção para suspensão do processo (arts. 265 e 792), da escolha da liquidação por arbitramento (art. 475C, I), e agora vem expressos no art. 190 do CPC.

Todavia, o ensaio não aprofunda a análise dos atos ou dos negócios processuais no sentido estrito. As reflexões possuem um foco: atos de direito material que são colocados para dentro do processo – daí se falar na categoria de atos processualizados, cujo fundamento positivo está no art. 966, §4, do CPC, e não no art. 190 do CPC.

Com efeito, nem todos os atos praticados *no* processo consistem em atos processuais em sentido estrito. Desde o momento em que inserido *no* processo, pelo simples fato da processualização, um ato jurídico acaba se transformando em um ato *do*¹⁴ processo.

Todavia, o gênero ato *do* processo não quer dizer *ato processual típico* ou *ato processual propriamente dito*.

Um ato processual típico é apenas uma das espécies em que se subdivide o gênero atos *do* processo. A outra espécie, que compõe esse mesmo gênero, é a do ato processualizado.

A distinção é fundamental.

A doutrina consolidou uma série de requisitos que encerra a definição de ato processual típico. O predicado de ato *processual* se especializa por intermédio de um conjunto de características que se coordenam entre si. Em um primeiro momento, é possível admitir que diversas teorias se entremesquem para disputar a prevalência. Acontece que as diferentes cor-

negócios jurídicos do direito material que são internalizados no processo e formam a quintessência do ato processualizado, penso que é possível um negócio jurídico processual propriamente dito – como exemplos, imagino a convenção para estipulação do ônus da prova, o acordo para a fixação do foro de eleição e o pacto para a flexibilização de um prazo processual não peremptório. A título de “ação anulatória”, necessário manter o foco naquilo que comentei na introdução, o dogma da absoluta divisão dualista e a instrumental aproximação entre os planos do direito-processo no atual quadrante constitucional. Com efeito, apesar do rigor formal do processo, o dualismo permite identificar negócios jurídicos processuais. Agora, esses negócios processuais, que são bastante raros e pontuais, não se confundem com um negócio do direito material e que é internalizado no processo para dispensar o processo, o que consiste no ato processualizado. Nesse último, a ponte entre o processo e o direito material é evidente, e o ponto de partida é o direito material – e por isso parece tão difícil ao processualista a visualização, porque apenas como ponto de chegada ocorre o efeito no processo.

14 Levando a extremos científicos, atos “do” processo não seria uma terminologia mais precisa. Como será examinado, o ato processualizado é um conjunto de um ato ou negócio jurídico do direito material que, ocasionalmente, é colocado “no” processo. Ou seja, tal ato ou negócio não pertence “ao” processo, não é “do” processo, mas é apenas emprestado ao seu regime interno do processo, o que consiste na sua processualização. Uma questão meramente acadêmica.

rentes não se excluem reciprocamente, mas possibilitam uma coordenação funcional.

O art. 966, §4º, do CPC permite uma aproximação do tema, que perpassa na caracterização do ato processualizado até culminar na “ação anulatória” do ato processualizado. Daí a necessidade de uma precisa conceituação.

1. A CARACTERIZAÇÃO DO ATO PROCESSUALIZADO NO CONFRONTO COM O ATO PROCESSUAL

As quatro principais orientações sobre a definição de um ato processual típico (ou propriamente dito) são as seguintes: (a) a teoria “eficacial”, que reputa ato processual o que apresenta condições de *produzir efeitos no processo*, ou seja, o que interessa para essa corrente é o valor do ato jurídico para o processo; (b) a teoria “subjettiva”, porque denomina ato processual aquele praticado pelos *sujeitos da relação processual*; (c) a teoria da “sede”, a mais utilizada, que define o ato processual em virtude do local onde tenha sido praticado o ato, uma questão de topologia; (d) e a teoria da “integração”, que entende ser um ato processual o ato jurídico praticado no procedimento pelos sujeitos que atuam no processo. Isoladamente consideradas, cada uma dessas correntes ensejou crítica.

A teoria subjettiva, que define o ato processual como o ato jurídico praticado estritamente pelos sujeitos de uma relação jurídica (item *b*), trabalha com uma metodologia orgânica, pois fundada no dogma do processo enquanto uma “relação jurídica”. Essa corrente, adotada por Chiovenda¹⁵, retira da definição de ato processual alguns dos sujeitos intervenientes que não são as partes: o juiz, ou os atores secundários¹⁶ (auxiliares da justiça e advogados). Por exemplo, um ato jurídico pertinente à intervenção do assistente simples, ou mesmo um ato praticado por ele ou até pelo Ministério Público na condição de fiscal da lei, não consiste em um ato processual. Uma tese que despreza o fato de o processo ser um conjunto de atos interligados, todos conjurados em uma unidade procedimental e direcionados à finalidade do devido processo legal, que é o provimento

15 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. Trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2010, p. 21/2.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198.

que entrega a prestação jurisdicional¹⁷. A teoria subjetiva retorna à estática do processo civil como relação jurídica processual.

Calmon de Passos provoca: “Vincular aos sujeitos da relação processual a processualidade do ato é levar em conta menos do que a realidade impõe que seja considerado. A atividade processual (aquela que se desenvolve no processo e pelo direito processual é regulada) não é atividade apenas dos sujeitos da relação processual, mas sim de todos quantos exercitam no processo, a qualquer título, direitos, poderes, faculdades, funções ou atendem a deveres e obrigações que lhes foram por lei atribuídos”¹⁸.

A teoria da sede, que se utiliza do critério topológico ou geográfico para individualizar o ato processual (item c), por si só, também não resolve plenamente a questão. Existem determinados atos ou negócios jurídicos que, embora *outsiders*, mesmo celebrados fora ou antes de o processo iniciar, produzem *efeitos* diretos no processo. Basta imaginar uma convenção para redistribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único, a contrário senso). Esses atos ou negócios jurídicos possuem significativo valor para o processo, influenciam diretamente o provimento que resulta ao cabo do procedimento, logo, possuem fundamento bastante para afastar uma aceitação completa da teoria da sede.

O critério da “sede” é assaz utilizado como um critério da “processualização”, o que implica uma confusão do ato processual típico com o ato processualizado. Ressalto que se trata de espécies do gênero atos *do* processo, mas que cada qual apresenta uma individualidade deveras particular. É óbvio que a teoria da “sede”, defendida por Satta¹⁹, é a mais persuasiva para caracterizar o ato processual. Por uma lógica fundada na ubiquidade, é muito convincente dizer que tudo o que toca o processo é um ato “processualizado” e que essa “processualização” é sinônima de ato processual.

Uma perigosa falácia.

A nota da “processualidade” não é argumento suficiente para excluir da definição de ato processual a outra espécie – a categoria do ato

17 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44.

18 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 45.

19 SATTA, Salvatore. *Diritto processual civile*, vol. I. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 228/9.

processualizado. A teoria de Satta deixa as coisas sem uma solução. Isso é retrato de não aproximar o direito ao processo, ou melhor, o equívoco talvez seja laborar com um dualismo absoluto e não dissolver uma barreira que por séculos separou o processo do direito material, tudo em prol da tutela.

A teoria da eficácia²⁰ define o ato processual pelo critério da possibilidade de o ato jurídico produzir efeitos imediatos no processo (item *a*). A caracterização não reside somente na localização ou geografia do ato jurídico, mas no seu *valor* para o processo. Portanto, mesmo quando realizado fora do processo, pela relevância dos efeitos dele emanados, um ato jurídico pode ser considerado ato processual, como, por exemplo, a convenção para a eleição do foro e a preclusão lógica do recurso pela aquiescência com o provimento sentencial.

Capitaneada por Carnelutti²¹, essa corrente não explica a diferença entre o ato processual típico e o ato processualizado. Apesar de ocasional ao processo, também é possível dizer que o ato processualizado produza efeitos no processo. Tais efeitos seriam diretos à própria vida do processo. O autor cita como atos *não processuais* a renúncia ao direito e o reconhecimento do pedido, sem, contudo, definir o motivo da diferença entre os efeitos produzidos por esses atos e os efeitos produzidos pelos atos que ele considera processuais. Ou seja, o aspecto da *processualidade*, que ele caracteriza como o “valor para o processo”, não é muito nítido de maneira a permitir uma subdivisão da classe atos *do* processo em ato processual e ato processualizado. Mais um reflexo do dualismo exacerbado inerente à escola sistemática italiana.

Até aqui, quando aplicadas isoladamente, as teorias que definem o ato processual parecem não superar todas as críticas. Um exame coordenado das escolas se torna intuitivo, o que de alguma maneira é a fortuna da teoria da integração.

Em primeiro lugar, é fácil assinalar que um ato processual é dotado de processualidade, pois integra um procedimento. Pelo simples fato dessa inserção, o ato processual produz efeitos sobre o procedimento e sobre

20 Ovidio, *op. cit.*, p. 196.

21 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, vol. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 477.

o processo, e é em função dele que deve ser praticado pelos sujeitos que ocupam as posições jurídicas, exercem direitos, faculdades, cumprem deveres, ou se protegem contra ônus, no decorrer do procedimento.

Calmon de Passos resume: “O ato, para ser entendido como ato processual, não somente deve ser um ato integrante do conjunto de atos que constituem o processo e com eficácia para o processo, mas também uma terceira exigência se deve somar às duas precedentes – sendo ato do processo e com efeitos no ou para o processo, ele também deve ser ato que só no processo pode ser praticado. Donde conceituar o *ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado*”²².

O ato processual no sentido estrito (ou ato processual típico: o ato processual propriamente dito) consiste no ato jurídico regulamentado pelas normas do processo civil, pelo rigor formal do processo e, em linha de princípio dogmático²³, não²⁴ se submete a tratamento especificamente elaborado para outras espécies de atos jurídicos. Assim, a teoria da integração parece ser a mais abrangente, a que resolve a maioria dos problemas, quando considera o ato processual como o ato jurídico praticado pelos sujeitos não de uma relação processual, mas o ato dos sujeitos do processo e que atuam no decorrer do procedimento (item *d*).

A teoria da integração utiliza uma leitura amplificada²⁵, resumida por Fazzalari: “a disciplina de cada um dos atos é assinalada em função do

22 *Op. cit.*, p. 43.

23 O processo civil é um campo do rigor formal. Apesar de seus atos serem colocados no cenário do “tipo” e da “tipicidade”, isso não afasta por completo um espaço de jogo à vontade. Somente ocorre que, a depender do “grau” de formalismo, o espaço de jogo é mais ou menos restrito. A colocação de uma conduta no processo não retira a essência dos atos humanos – a vontade –, uma ideia que consiste em um vetusto dogma. O clássico axioma do liberalismo que, em nome da “garantia da forma”, retirava qualquer lembrança da autonomia da vontade do cenário processual, não merece uma conservação absoluta na atualidade. A mensagem do formalismo ou da tipicidade merece reparos contemporâneos, primeiro, para diferenciar o que é do processo para com o que “está” eventualmente no processo – é o caso do ato processualizado; em segundo lugar, para lembrar que mesmo o que é do processo, como o ato processual típico e, dentre os quais, o ato postulatório, pode apresentar vícios no aspecto da vontade e merece correção, seja no plano eficaz (do provimento final) ou pela via rescisória. O ordenamento oferece medidas para tanto. O tipo e a tipicidade, enfim, o rigor formal não mais possui o argumento de autoridade de afastar por completo a questão da vontade no processo civil.

24 *Idem*, p. 49.

25 Fazzalari não apenas refere que o ato processual seria o ato do procedimento. Isso consistiria interpretar o texto do autor de maneira açodada. Na verdade, Fazzalari agenda o fenômeno ato processual-procedimento como átomo-molécula e, nesses termos, reflete toda a sorte de efeitos, estruturas e fundamentos, que decorrem desse dinamismo. A hermenêutica utilizada é normativa, como assaz ocorre na ciência do direito, mas uma normatividade coetânea ao dinamismo do processo, e não matéria-importação do direito material.

ato enquanto componente de um processo. Ela, por um lado, determina a colocação e o papel de cada ato na série e, por outro lado, disciplina validade e eficácia do ato em conexão com toda a série”²⁶.

Se o ato processual é um partícula (ou um átomo) do procedimento, é coerente dizer que, sem o ato processual, jamais poderia existir um procedimento. Uma questão de antonomásia. Como o processo é uma espécie do gênero procedimento, é óbvio que, sem um ato processual, também não existe um processo jurisdicional. Daí a referência de por que a série de atos processuais de maneira lógica e cronológica é *instrumental* ao procedimento e ao processo. Desde o ato inicial da demanda, ao largo do desenvolvimento do procedimento, até o momento do provimento final, o ato processual consiste em uma figura típica, da essência mesmo dessa sucessividade.

Quando atrela o ato processual ao procedimento, é natural pensar no ato processual como um “ato próprio do processo e com finalidades processuais”²⁷. A definição de Fazzalari, embora tenha sido batizada como a teoria da “integração”²⁸, parece que não se utiliza apenas do critério da mera colocação do ato processual no procedimento, da inserção do ato processual no processo. Uma hermenêutica desse quilate acabaria por equiparar a teoria da integração à teoria da sede, apoucando o sentido multifacetado que Fazzalari subentende.

A definição formulada por Fazzalari, acima transcrita, permite identificar a utilização dos conceitos “função”, “disciplina”, e “validade e eficácia” para caracterizar os atos processuais ligados em série em procedimento. Uma teoria nitidamente normativa. O que isso afirma?

Fazzalari ratifica que o ato processual consiste em um ato jurídico cujo fundamento é extraído das normas do direito processual civil. Logo, a estrutura do ato processual atende à tipicidade que, por sua vez, é inerente ao respectivo efeito que tal ato pretende atingir no processo, ou seja, o ato atende ao rigor formal do processo. Para produzir efeitos no processo (e fora dele, enquanto resultado da atividade), é necessário que o ato processual obedeça à funcionalidade definida pelo formalismo processual. O processo é o local em que o ato processual pode, deve ser, ou em função

26 FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 127.

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 282.

28 SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 171.

do qual é praticado; sendo que assim, desencadeia, impulsiona, instrui, ou de alguma maneira aparece ao largo da série normativamente prevista. Quando de sua reprodução em cadeia, o ato processual é um átomo que possibilita com que o procedimento chegue ao final, seja resultando em um provimento ou na satisfação real do direito. Ou seja, o ato processual pode produzir efeitos “endo” ou “extraprocessualmente”.

A teoria da integração não ostenta uma visão isolada, mas coordena os diversos aspectos de uma dinâmica; na verdade, a teoria normativa que Fazzalari adota predis põe uma sucessão de normas, atos e posições jurídicas, assim consolidando a nota do “movimento” ao processo, como um procedimento em contraditório. O ato processual possui uma finalidade, uma estrutura, e uma fonte normativa peculiares, o que surpreende uma definição tridimensional.

Uma definição que tende a acompanhar dinamicidade do processo.
O quadro salienta:

ato processual no sentido estrito (ou típico)	fonte normativa	direito processual civil
	estrutura	tipicidade inerente ao formalismo processual, nos termos da finalidade principal do efeito que o ato é preordenado a atingir
	finalidade	desencadear, impulsionar, instruir, e, de todas as formas normativamente previstas, preordenar o procedimento para que ele chegue até o ato final, seja com o provimento ou com outra forma para a satisfação material do direito, produzindo efeitos dentro e fora do processo

A definição de Fazzalari não aparece como um hiato doutrinário²⁹.

Embora sem explicitar uma sincera *tridimensionalidade*, Mario Dondina deixa a descoberto a articulação entre fonte, estrutura e funcionalidade,

29 Mario Dondina deixa em aberto a questão do ato processualizado. De outro lado, Vittorio Denti parece não o desconectar da figura dos negócios processuais propriamente ditos, embora utilize uma definição que conjuga fatores, ora denominada definição tridimensional: “Il problema, quindi, si risolve attraverso una corretta ricostruzione della fattispecie dell’atto nei suoi elementi costitutivi, necessari e sufficienti per la produzione dell’effetto”. Ver DENTI, Vittorio. *Negoziato processuale*. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 138.

quando define o ato processual como “*una condotta volontaria, esplicata, secondo le modalità statuite dalla legge processuale, da uno o più soggetti, anche in tempi successivi, nell'esercizio di una potestà, dovere, diritto soggettivo, facoltà o mandato processuali, e diretta ad influire sulla costituzione, svolgimento, modificazione ed estinzione del processo*”³⁰.

A teoria da integração, ou melhor, a coordenação das diversas correntes doutrinárias para definir o ato processual típico oferece uma maior abrangência ao problema. Entretanto, dizer que é aplicável o regime ou os fundamentos de direito público ao ato processual não o afasta completamente do ato processualizado.

A definição do ato processualizado reclama um raciocínio de semelhante envergadura, com um exercício de coordenação das influências que caracterizam tal espécie de ato “do” processo, para assim instrumentalizar uma aproximação entre os planos do direito e do processo, com a superação do dualismo exacerbado. Pensar somente no regime jurídico do direito material como um plano incomunicável ao processo, bem como pensar somente nos efeitos diretos ou secundários³¹ que um ato produz no processo, é mecanismo isolacionista que não permite a diferenciação entre o ato processual e o ato processualizado.

A caracterização do ato processualizado, como também ensejou em relação ao ato processual, implica recortes de complexidade.

Com efeito, está assentado que o processo é o *habitat* do ato processual. Dentre esses atos processuais, o formalismo do processo permite certo espaço de jogo à autonomia da vontade, ou seja, faculta a prática de negócios processuais (art. 190). Para evitar confusão com os atos processualizados, a feição dos negócios processuais propriamente ditos merece uma identificação precisa, e por isso que não se perdeu tempo quando da explicação da teoria do fato jurídico aplicável no processo, mas, sobretudo, pretendi demonstrar que, embora tal caracterização, isso não pode ser confundido como o ato processualizado.

Saliento que os negócios *processuais* permanecem no plano do processo³². Apesar de apresentarem flexibilidade negocial, a sua fonte norma-

30 Mario Dondina, *op. cit.*, p. 1519.

31 REDENTI, Enríco. *Derecho procesal civil*, tomo I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1957, p. 188.

32 O negócio jurídico processual propriamente dito consiste em uma convenção sobre aspectos tipicamente processuais.

tiva é a lei processual; a estrutura atende ao rigor formal do processo, e os efeitos diretos produzidos tocam ao processo civil. Fonte, estrutura e função peculiares, como acontece no acordo para a redistribuição do ônus da prova, no acordo para dilação de prazo processual não peremptório, ou no acordo para eleição de um foro para o julgamento³³. O presente parágrafo requer releitura.

De outro lado, o ato processualizado internaliza ao processo um negócio jurídico, mas *não um negócio jurídico tipicamente processual*.

Está justamente nisso a importância de se identificar o diálogo entre os planos do direito e do processo, o interesse na relação dinâmica entre o dualismo exacerbado e a relativização desse dualismo.

O negócio processual pertence ao processo, é um produto vivo do dualismo, faceta da autonomia do processo civil. Porém, o ato processualizado (seja um ato jurídico ou um negócio – ambos de direito material) refletem a relativização do dualismo, uma instrumentalização na qual um negócio jurídico do direito material efetua um corte entre os planos do direito e do processo, para surtir efeitos, também, nesse último.

Não é a sede do ato processual ou do ato processualizado, ou mesmo uma organização estrutural, que separa as espécies. Não é a *processualização* ou a procedimentalização que diferencia um ato processual de um ato processualizado. A *processualização*, justamente, é o que os aproxima. A diferença entre ato processual e ato processualizado reside em uma convergência multifatorial, pois é necessário visualizar a fonte normativa de onde o negócio jurídico retira a sua força, a funcionalidade desempenhada pelo negócio jurídico e, consequentemente, a estrutura que ele passará a assumir.

Aqui deve ser compreendida a dicotomia entre direito processual e direito material, porque os sujeitos acertam operações estranhas ao estrito objeto do processo, como no exemplo do acordo para eleição do foro competente (art. 111 do CPC), na convenção que disponha sobre o ônus da prova (art. 333, parágrafo único), ou no adiamento de algum prazo não peremptório (art. 181). É evidente que esses negócios jurídicos acarretam consequências instrutórias e motivacionais, temporais, ou até competenciais, ao desdobramento do processo e, de alguma maneira, podem influenciar a sorte ou na maneira como seria decidido o objeto do processo. A condicionalidade não é apenas jurídica, mas uma lei da própria natureza. O problema não é sobre o influenciar ou não, mas o “como” influenciar e o “grau” de influência que o negócio processual pode despertar. Porque uma coisa é dizer que o negócio processual transferiu a demanda para a competência de um juiz que decidirá a questão diferente daqueloutro, ou que o ônus da prova sobrecarregou uma parte negligente, ou que ao tempo da decisão sobreveio um entendimento jurisprudencial que fulminou a pretensão. Outra coisa bem diferente é avistar que o negócio jurídico que toca o objeto do processo altera a margem do decidível – como acontece no ato processualizado e não acontece no ato processual –, à medida que dispensa o próprio julgamento.

33 Os negócios processuais no sentido estrito permitem a colocação de determinações inexas (cláusulas de termo ou condição) para os autorregularem.

Nesses termos, os atos processualizados são os atos ou os negócios jurídicos praticados pelas partes, *nos termos do direito material* (geralmente o direito civil), mas que são colocados para dentro do processo por um ato processual típico e geralmente *transparente*, porque de alguma forma se referem ao desdobramento do objeto do processo.

O *habitat* do ato jurídico ou do negócio jurídico, que está na essência do ato processualizado, é o direito material, e apenas para produzir efeitos no processo é que ele será internalizado *no* processo. Não é a simples processualização³⁴ que se encarrega de qualificar um ato jurídico como ato processual, todavia, uma sorte conjugada de fatores. A processualização (estrutura) é apenas um fator que deve ser somado à fonte normativa (regime) da essência e à função desempenhada.

Um exemplo talvez facilite.

A transação sobre o objeto do processo *não* pode ser considerada um ato ou negócio processual propriamente dito. Para diferenciar a transação de um ato ou negócio processual, no pior das hipóteses, ela pode ser reputada um ato ou fato “extraprocessual”³⁵. Agora, desde que inserida no processo, a transação assume a nota da processualidade, daí fica difícil defender a terminologia “extraprocessual” manuseada por Mario Dondina.

O que deve ser percebido é a natureza jurídica contratual da transação. Na essência, a transação é um contrato do direito civil (arts. 840 e seguintes do CC/02), através do qual, mediante concessões mútuas, a transação termina ou até previne um litígio, assim extinguindo ou evitando o processo jurisdicional³⁶. Ou seja, o contrato transação altera a normalidade do desenrolar da atividade jurisdicional. Na ocasião de ser internalizada ao processo judicial, é certo que a transação passa a ostentar uma executividade análoga à de uma sentença. Em termos satisfativos, de tutela do direito, transação e sentença alcançam efeitos análogos (art. 487 do CPC).

34 *Instituições de direito processual civil*, vol. III. Trad. 2ª ed. Italiana por J. Guimaraes Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 20.

35 Mario Dondina, *op. cit.*, p. 1519.

36 A espécie “processo” não é estritamente da jurisdição, como salienta Fazzalari, com explícita remessa a Benvenuti nos escritos citados. Também existe processo, por exemplo, nos processos administrativos, nos quais o provimento pode surtir efeitos no patrimônio jurídico do sujeito postulante, e a relação para com a Administração, assim, deve ser paritária e simétrica. Da mesma forma que existe processo em relações extrajurisdicionais entre particulares, basta imaginar a hipótese de uma corporação ou sociedade processualizar a exclusão de um integrante ou sócio, permitindo o contraditório e a ampla defesa para tanto. É mais fácil ressaltar que existe processo na jurisdição voluntária, atualmente, essa conclusão parece evidente.

Todavia, em termos normativos, a transação afasta a necessidade de uma decisão, pois, desde o momento em que foi celebrada entre as partes, torna dispensável que um terceiro imparcial julgue a questão. A transação sobre o objeto do processo é antípoda a um julgamento sobre o objeto do processo.

Quando inserida no processo, e se abrangente de todo o objeto do processo, a transação é homologada e, a partir disso, possui a força de um título executivo judicial.

Agora, homologar não é o mesmo que decidir. Uma sentença homologatória somente processualiza, jurisdicionaliza, enfim, judicializa a transação, e lhe confere a nota de imperatividade pela chancela oficial. *No processo*, os efeitos da transação são ratificados pelos efeitos da sentença que a homologa. Daí se falar em processualidade *indireta*³⁷ da transação, que é um ato processualizado: o seu *habitat* normativo, o seu regime jurídico, a sua natureza jurídica é ditada pelo direito material, pois a transação é um contrato; os efeitos produzidos no processo não deixam de ser efeitos diretos, mas em alguma maneira mediatizados pela necessidade do ato processual típico que internaliza a transação no processo.

A questão da processualização dos negócios jurídicos do direito material chega a ser observada pela doutrina³⁸ abalizada sem, contudo, uma plena tomada de diferenças entre o ato processualizado e o ato processual. A teoria da integração é assaz utilizada apenas para justificar uma processualidade “eventual”:

“Outros atos ou fatos jurídicos, não integrantes da cadeia procedimental, podem eventualmente comparecer no processo e nele surtir efeitos. Esses atos ou fatos jurídicos mostram-se, contudo, irrelevantes para o desenvolvimento normal do processo, pois, mesmo que não ocorram, o processo deverá seguir o curso previsto em lei e assim chegar ao seu fim.

37 Não chega a ser completamente correto falar em processualização indireta, reflexa ou mediata. Ora, a colocação do negócio jurídico do direito material no processo ocorre de maneira direta. O negócio é fincado no processo para afastar a necessidade do processo. Ocorre que o negócio existe para tutelar o direito dos sujeitos, e o processo, em sua inteireza, é um instrumento para possibilitar essa missão. Mesmo que para tanto, o melhor que existe para o interesse das partes seja a dispensa do próprio processo, como um efeito da celebração do negócio do direito material. Uma questão de semântica.

38 A doutrina critica a falta de estudos sobre o tema e chega a formular um esboço sobre a vontade nas convenções processuais formuladas pelas partes. Todavia, não acerta uma distinção entre uma convenção processual e um ato processualizado. A ausência de diferenciação se deve ao fato de o autor não reputar o processo um procedimento em contraditório. Tratar o processo como uma relação jurídica coloca todos os atos “do” processo na mesma categoria de ato processual. Não sobra espaço para o ato processualizado. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87 e seguintes.

Não podem, assim, ser considerados estritamente de caráter processual; não são atos processuais, sendo apenas atos ou fatos processualizados. Se esses atos ou fatos são levados ao processo pela parte ou partes, o juiz deve levá-los em consideração, pois passam a ser atos e fatos jurídicos processualizados e se integram ao procedimento”³⁹.

O aspecto de o ato processualizado *não integrar o que de comum acontece na cadeia procedimental*, como se fosse um indesejado parasita, não soluciona o problema. Até poderia parecer que o procedimento seria um feixe de normas, que sempre viria prontinho da fábrica, em *abstrato*, totalmente alheio ao direito material. Uma leitura que distancia o procedimento e a sua espécie, o processo, do direito material que os impregnam.

O processo e o procedimento vivem para o direito material que, sem aqueles, também não sobreviveria. De qualquer maneira, impende ressaltar que o ato processualizado não consiste em um escândalo ao procedimento⁴⁰, em um desvio de rota, pois a processualização do negócio jurídico do direito material acaba por integrar o ato processualizado ao procedimento.

Em analogia, basta imaginar a figura do terceiro (segundo o CPC: denúncia da lide, nomeação à autoria, dentre outros). O que acontece quando um terceiro intervém no processo? A admissão do terceiro, no processo, automaticamente o transforma em parte. O terceiro “toma a parte no processo”. Um fenômeno que também identifique no ato processualizado. À medida que é processualizado, uma vez inserido no processo, o ato ou o negócio do direito material passa a integrar um procedimento, pois adentra na série concatenada de atos, normas e posições jurídicas. É como se fosse retirado o elo de uma corrente – outro elo acaba ocupando o seu lugar. A colocação de uma figura que, inicialmente, não era prevista no procedimento não é motivo suficiente para caracterizar tal ato como sendo um ato processualizado, ao invés de um ato processual típico.

39 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 282-3.

40 A doutrina majoritária acaba vinculando o ato processual ao procedimento, uma influência significativa de Fazzalari. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93. O ensaio salienta o papel da vontade nos atos processuais, inclusive, deixando aparente uma opção por aceitar a espécie dos negócios processuais ou convenções processuais das partes sobre a matéria processual. O que é de grande relevo para a época em que fora escrito, tempos em que predominava um dualismo estrito. Porém, não chega a distinguir o ato processual do ato processualizado.

O procedimento continua sendo praticamente o mesmo quando *adiantado ou quando postergado* o evento “provimento”, quando é colocado um ato processualizado em um “procedimento”. Se o ato inicial (demanda) e o ato final (provimento) integram o procedimento, mudando o interstício ou o tempo entre um e outro, acaba não se alterando a natureza do procedimento em si mesmo, que continua sendo um procedimento, apesar da consorte do ato processualizado⁴¹.

No mesmo sentido, a variação do procedimento por intermédio da prática de inesperados atos processuais – por exemplo, os “não atos” ou “omissões” – não resulta em desnaturar o procedimento.

O novelo normativo que organiza a sequência prevê as consequências, inclusive, para as omissões (como a contumácia, o silêncio, etc), porque a sucessividade dos acontecimentos é implacável na complexidade do procedimento. As técnicas é que variam, como a preclusão. Paula Costa e Silva⁴² afirma que o

“processo chegará sempre ao resultado final, mesmo que, em concreto, os actos pensados pelo legislador não sejam praticados. Na sua expressão mínima, o processo pode ser simplesmente composto por dois actos, quando não haja sequer citação do réu, ou por três actos, sempre que, entre a propositura da acção e a sentença final, o réu seja citado, entrando em revelia absoluta e operante”^{43 44}.

41 Os atos processualizados obstaculizam a rotina do processo (não do procedimento). Com ou sem o ato processualizado, o procedimento chegará até o seu ato final previsível, o provimento judicial. O que se altera, na verdade, é a necessidade ou a qualidade do provimento em si mesma, porque ao invés de um julgamento, haverá uma homologação ou, pelo menos, a retaliação do objeto do processo (independentemente da fase em que esteja, conhecimento ou execução). A alteração acontece sobre a *margem do decidível*.

42 O grande pecado da tese da Paula Costa e Silva, que não a permitiu identificar a diferença entre os negócios processuais (que são espécies de atos processuais típicos) e os negócios do direito material colocados no processo para afetarem o contraditório (atos processualizados) se deve à respectiva compreensão da natureza jurídica do processo. Inicialmente, a autora rejeita a tese da relação jurídica e da situação jurídica, e coloca o processo como um fenômeno dinâmico em sequência de atos. Agora, a autora não diferencia nitidamente o processo do procedimento, praticamente acaba os tratando como sinônimos e, inclusive, chega a dizer que o procedimento administrativo somente não é processo porque não existe a “imparcialidade” – ou seja, ela despreza o modal qualificado pelo contraditório e retorna à velha máxima da estraneidade, quiçá, neutralidade. Deveras, o contraditório é a medida essencial para a definição do processo: o processo é o procedimento em contraditório. Ver SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 126/8.

43 SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 120.

44 Mais adiante, Paula Costa e Silva aparentemente se contradiz, ao dizer que os negócios jurídicos do processo não pertencem à cadeia procedimental: “Não tendo existência necessária, os negócios não podem ser previstos enquanto actos

Na verdade, o ato processualizado altera o esquema básico da dialética abstratamente prevista para garantir o *contraditório*.

O ato processualizado, assim, modifica a estrutura do processo, é *acidental ao processo, e não ao procedimento*. Observe-se que existe uma gançorra: quanto mais cresce a autonomia privada, que pode proporcionar às partes a tutela do direito com base nas normas do direito material, mediante um contrato, em pleno processo, mais acaba diminuindo a necessidade da utilização do processo para, por intermédio da tutela jurisdicional, entregar às partes a tutela do direito.

Um esquema sobre a racionalidade do ato processualizado elabora essa gançorra dialética:

Ato processualizado	
fundamento constitucional está na autonomia privada	fundamento constitucional está no dever de tutela pelo processo jurisdicional
a metodologia da convergência utiliza uma solução prevista pelo direito material para resultar no ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CRFB)	a metodologia do contraditório utiliza os meios preordenados pelo processo para resultar na coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, da CRFB)
quando aumenta o poder da autorregulação ↑	a consequência é a proporcional diminuição da necessidade de heterocomposição ↓
a finalidade de todos os meios jurídicos é a entrega da tutela do direito	

A autonomia privada dispensa o processo, chega a ser um reflexo da maturidade civil de um povo. O processo é necessário para solucionar contendas que exasperam a autorregulação. Portanto, o ato processualizado é *acidental ao processo*, sendo incorreto dizer que é acidental ao procedimento. O procedimento é sucessão de atos concretos e, retirado um ato,

regulares da cadeia paradigmática estabelecida pelo legislador, uma vez que esta apenas prevê a sequência que permitirá chegar à decisão final”. A contradição é apenas aparente. O percuciente leitor não se deixará enganar e identificará o endereço da falta: a autora utiliza o paradigma de que a todo o processo deve haver uma “decisão”, esquecendo que o negócio jurídico internalizado no processo, justamente, dispensa o julgamento ou decisão e reclama, assim, a “homologação”. Essas espécies de sentenças – não de decisões – não acarretam uma quebra do procedimento. O procedimento continua em sua continuidade-padrão, o que se altera é o processo, porque afetado o coeficiente reitor do contraditório substancial. Ver SILVA, Paula Costa e. *Ato e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra, p. 173.

outro aparece em seu lugar nessa série, o que não deixa de ser previsível ao seu fio condutor.

O ato processualizado interfere na força do contraditório, na necessidade do processo enquanto organograma dialético e simétrico. A autonomia privada dos sujeitos parciais, no interior do processo, não violenta o devido processo legal?

Duas ordens de ideias respondem que não.

Em primeiro lugar, assim como qualquer direito fundamental, o contraditório não é uma norma absoluta e irretorquível, pois, no plano concreto, pode ser relativizado quando em confronto com outros direitos de semelhante envergadura. Em segundo lugar (e como decorrência mesmo dessa primeira percepção), os direitos fundamentais merecem uma análise conjunta ou dinâmica, porque salvaguardar um direito ao aniquilamento dos outros direitos é o mesmo que não garantir muita coisa.

O dever de tutela ilustra todo o panorama constitucional. Logo, o contraditório, a coisa julgada, o devido processo legal, entre os demais direitos fundamentais de cunho processual, devem ser interpretados e concretizados com a mesma preocupação que preenche o ato jurídico perfeito, um direito fundamental que aparentemente está esquecido, mas cuja força normativa está bem prevista no art. 5º, XXXVI, da CRFB. A autonomia privada – seja fora ou dentro do processo – não violenta o devido processo legal. Pelo contrário, transforma um processo *tout court* em processo justo, confere-lhe um conteúdo modal qualificado⁴⁵, em concreto, ao que abstratamente era percebido como devido.

Vale dizer que a autonomia privada explicitada pelo ato processualizado não altera o contraditório no sentido abstrato, mas apenas relativiza o contraditório no sentido de movimento, no sentido de combatividade real, porque o ato processualizado subentende a *convergência* – uma antípoda ao litígio. A questão é que o negócio jurídico processualizado retira o litígio, o fundamento para o contraditório.

A importância jurídica do ato processualizado, para o processo, é produzir efeitos diretos sobre a *necessidade do contraditório*. A relativização da dialética simétrica e paritária organizada pelo contraditório, na prática, pode ser de alguma forma mitigada pela *convergência* das partes, por inter-

45 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela*, cit., p. 131.

médio da autonomia privada. Em decorrência, o ato processualizado afeta a sobrevivência do processo, da decisão e da própria coisa julgada material.

O sentido *dinâmico* da norma do contraditório⁴⁶ é que pode ser relativizado, quando o processo experimenta os argumentos e contra-argumentos dos sujeitos parciais. O contraditório-movimento é que realmente pode ser elástico na prática da intersubjetividade do processo, um contraditório que denomino “substantial ou real”⁴⁷, por questão de fundamento dele mesmo. Melhor dizer que é a falta de fundamento, então, por ocasião da convergência entre as vontades. O esquema dialético permanece assegurado em sua latência, o que pertence à base democrática do direito processual civil.

É imperioso constatar que é a *quantidade* do contraditório, o seu coeficiente de combatividade real, que se torna relativizável pela autonomia privada. Não é a *qualidade* ou o *ser* do contraditório que se altera⁴⁸, não é o esquema do processo como um ambiente dialético, quando analisado o

46 O contraditório é uma metodologia de duas frentes: uma frente que coloca em contraposição as partes reciprocamente, permitindo um diálogo franco e paritário para que cada qual defenda seu interesse; e outra frente que coloca ambas as partes em posição de direcionar seus argumentos perante o órgão julgador, promovendo de maneira persuasiva e demonstrativa aquilo que elas reputam verídico, na tentativa de fazer valer a sua verdade para o terceiro imparcial. Um princípio cujo motor é uma metodologia multifuncional.

47 Todo o processo estabelece em abstrato um esquema dialético, que consiste no contraditório formal. Por “formal”, não subentendo um predicado equivalente à igualdade formal do liberalismo clássico, mas um contraditório fundado em uma paridade de armas que contemple mesmo a realidade social e os fatores concretos dos sujeitos em possível debate. Agora, o contraditório formal atua no plano das normas, no plano deontológico, do que é ideal para a manutenção da justiça, do que é previsto em abstrato. Densificando esse arquétipo, é necessário o contraditório real ou substancial, que repercuta os termos daquéloutro, só que no plano da combatividade, na própria dinâmica ínsita ao processo civil. Esse contraditório substancial pode ser mitigado ou relativizado, de alguma forma modificado, oportunidade em que diminui a nota da litigiosidade ou da necessidade do processo para crescer a influência da autonomia privada, todas as quais direcionadas à tutela do direito: tudo reflexo do processo justo no plano da vida das pessoas, ora elástico pelo ato jurídico perfeito. Uma percepção dos esquemas do processo em abstrato e em concreto não causa surpresa, basta ver FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 821 e seguintes.

48 Fazzalari deixa implícita essa categorização de “grau” de contraditório, quando comenta que o esquema dialético está sempre presente no processo de jurisdição voluntária: “Il conflitto di interessi (o sul modo di valutare un interesse) potrà costituire la ragione per cui la norma fa sorgere un’attività mediante processo, ma, intanto si può parlare di processo, in quanto si Constantino, ex positivo iure, la struttura e lo svolgimento dialettico sopra illustrati. In assenza di tale struttura, è vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto d’interessi: dov’è assente il contraddittorio, cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi, ivi non c’è processo. Così, mentre è di certo possibile cogliere l’impiego del processo nella giurisdizione volontaria quante volte la norma disponga il contraddittorio, non sembra, invece, teoricamente lecito configurare un processo di volontaria giurisdizione senza contraddittorio”. A porta do contraditório e do esquema dialético-formal que o garante no sentido forte está aberta na jurisdição voluntária, em maior ou menor “grau”, nos termos da elasticidade das normas que regulamentam esse quadro da jurisdição. O teor da litigiosidade, o princípio da demanda, o comportamento das partes, e a cognição exigida do juiz como terceiro imparcial, são fatores que influenciarão a “medição” desse contraditório, para a estabilização da matéria colocada em juízo através de duas formas: como um ato jurídico perfeito ou como uma coisa julgada – hipótese em que existe a homologação ou o julgamento. Situações que serão aprofundadas abaixo. Ver FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1073.

processo em termos abstratos.

A formidável heureka do ato processualizado é compreender que a sua colocação no processo altera a *margem do decidível*. O ato processualizado de alguma forma modifica a própria *necessidade de uma decisão*. Deveras, quando é necessária uma decisão?

A decisão é imprescindível nas ocasiões em que existem litígios latentes ou evidentes e, para os resolver, como o provimento interferirá no patrimônio jurídico de um dos sujeitos, é necessário um contraditório real e combativo, com a ampla defesa, para a solução do debate por intermédio da heterocomposição. A letra da Constituição subentende que o contraditório requer um litígio, quando estabelece que “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” (art. 5º, LV).

O dinamismo do processo enseja a definição do ato processualizado com o norte em sua funcionalidade, na medida em que a autonomia privada afeta o coeficiente do contraditório e a decorrente desnecessidade de uma decisão. A dialética que estrutura o procedimento para se transformar em um processo, segundo Fazzalari, consiste

“nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati”⁴⁹.

A convergência é antípoda ao contraditório e torna dispensável o processo mesmo.

Não defendo um apequenamento do contraditório *abstrato* tampouco da ampla defesa, pois se trata de preciosas salvaguardas do devido processo legal, hoje compreendido como direito fundamental que principia e enfeixa os demais princípios processuais previstos na Constituição⁵⁰. Ninguém pode ser privado da liberdade e de seus bens sem um processo justo

49 FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

50 MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 196.

e adequado, e o processo justo⁵¹ é uma “condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça”⁵², cuja *margem do decidível* se reforça valorativamente com esboço no *background* axiológico da Constituição, mormente na dignidade da pessoa humana.

Todavia, pensar em dignidade remete à civilidade das pessoas, o que implica um diálogo pendular entre o *contraditório-litígio* e a *autonomia privada-negócio*. Ao invés do debate entre as partes, o debate é entre a maneira de as partes exercerem o seu direito. Nesses termos, quanto mais autonomia as pessoas tiverem para celebrar acordos, quanto maior a real força normativa da autonomia privada, menor é a necessidade da intervenção da jurisdição para resolver litígios, pelo instrumento de uma decisão que se imutabiliza na coisa julgada. A gangorra do raciocínio trafega entre o seguinte: litígio supõe disputa e o acordo subentende convergência, duas *metodologias* antípodas. Ambas devem conduzir para o norte verticalizado pela tutela do direito.

A questão que remanesce é até que ponto o contraditório pode ser relativizado? Qual o limite da flexibilização do contraditório por ocasião do acordo das partes?

Tal medida é diretamente proporcional à igualdade material das partes, à natureza do objeto do processo e o seu caráter social. É necessário atentar à verificação da natureza social ou meramente privada do seu objeto em análise (antigamente se denominava interesse “público” ou “privado”).

No atual quadrante, todos os direitos tutelados possuem uma conotação de “público”, do contrário, não seriam sequer tutelados. O que os diferencia é o “grau” de importância entre o que se denomina “público e privado”, na verdade, o *grau de disponibilidade*.

Mesmo em se tratando de *coisa pública*, pode haver disposição.

Por exemplo, a Administração pode até dispor do seu patrimônio,

51 A justiça do processo exige uma coloração axiológica, com o reencontro das finalidades constitucionalmente válidas e o reforço da estrutura que reforça deontologicamente a colaboração dos sujeitos na dialética policêntrica. Não basta um processo, mas que ele seja um processo justo, “con il richiamo alla <giustizia> del processo si intende sottolineare che non è sufficiente l'osservanza formale delle regole processuali, ma occorre recuperare l'aspetto etico, oltre che logico, del processo, a cominciare dal comportamento leale delle parti”. Ver PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 235.

52 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 201.

desde que exista uma previsão legal específica para tanto (art. 17 e seguintes da Lei 8.666/93). Em contrapartida, no direito privado, uma doação sem encargos dispensa formalidades, na hipótese de beneficiar um incapaz (art. 543 do CC). Seja o regime do direito público ou o regime do direito privado, existem requisitos para a disponibilidade em diferentes “graus”⁵³, fatores que acabam por modificar as formas dos negócios. O rigor formal é uma predisposição que o direito coloca para sopesar a situação de paridade ou simetria que os sujeitos ostentem, a fim de poderem negociar o patrimônio com uma suficiência ética e equilíbrio que preencha os objetivos sociais da Constituição (art. 3º).

A forma deve atender a um valor.

A disposição de direitos, a celebração de convenções sobre o objeto do processo, o que resulta na desnecessidade do contraditório e do processo, não obedece a uma formal nota do público-privado. Sejam os sujeitos de relações em direito público, ou sejam os sujeitos de relações em direito privado, o que vai influenciar é o “grau” de disponibilidade que afeta a forma para negociar os interesses ou o patrimônio. Em um sistema normativo como o jurídico, existem diferenças entre os compartimentos (entre direito administrativo e direito civil), bem como ocorrem diversidades dentro de uma mesma disciplina do direito (quando comparados diversos contratos ou diversas situações que um mesmo contrato pode assumir, como no caso da doação do direito civil). Realidade que denota a definição do antigo “caráter público” ou “indisponível” ser um aspecto normativamente pautado pelo “grau” de disposição em um ambiente ético e obediente ao *background* constitucional (a questão da igualdade substancial).

O mesmo se reflete no contraditório: não é o caráter público do processo que o torna imutável, mas o *grau* de variação da disponibilidade do objeto do processo, colorido pela natureza social da questão e que

53 O regime de imputação utilizado pela ciência jurídica dispõe as suas matérias-primas sobre diferentes “graus” de organizabilidade. Expressamente, Kelsen rejeita (p. 402, nota de rodapé da *Teoria pura do direito*) a ideia de uma “graduação” da coisa jurídica, todavia, implicitamente, ele trabalha com exemplos e agenda referências que denotam um acerto da tese de um escalonamento em “graus”. Basta observar quando o autor comenta a teoria do órgão para com a pessoa jurídica e os “graus” da violação “ultra vires”, bem como na oportunidade em que relaciona a representação legal e a voluntária (em especial, p. 180 e 205/7, do *Teoria pura do direito*). Ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

depende da isonomia material⁵⁴ dos sujeitos que, realmente, pautam a possibilidade da disposição. Quanto maior a disparidade jurídica dos sujeitos (porque reúne aspectos econômicos, sociais, e que de alguma forma tocam ao ambiente do processo), menor a possibilidade da disposição do contraditório e da margem do decidível. Um regime de compensação⁵⁵ que instrumentaliza o contraditório pela lente da igualdade material e pelo caráter social do direito em análise. Isso tudo porque, como será visto, a homologação do acordo não julga nada; quem julga não homologa, quem homologa não julga.

No entanto, existe uma questão de direito *prévia* à homologação. *Antes de homologar, o juiz deve analisar a igualdade material dos sujeitos e o caráter social do objeto do processo.* Um aporte ressaltado até para o negócio processual típico (art. 190, parágrafo único, CPC).

Isso não consiste em julgar, mas sim ponderar os interesses em momento *precedente* à concessão de eficácia processual à convenção das partes sobre o objeto do processo. Todo juízo supõe uma pré-compreensão. O ato de homologar, embora não julgue o objeto do processo, possui um juízo, que está presente nessa questão prévia à homologação propriamente dita. A interpretação é sempre devedora da compreensão, logo, antes de homologar, o juiz deve compreender ou ponderar a paridade substancial da convergência.

A proposta não fere a perspectiva vertical ou assimétrica do processo civil, apenas lhe ratifica um matiz colaboracionista. Quando as partes negociam sobre o objeto do processo, o negócio jurídico do direito material, que é inserido no processo civil, apenas afeta a posição que elas, ao mesmo tempo, ocupam em relação ao julgador. Entre as partes, o contraditório está sempre presente, ou melhor, o *contraditório se transforma em uma*

54 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 209 e seguintes.

55 Esse regime de compensação é de maneira implícita avistada por Nicola Picardi, quando comenta a necessidade do contraditório forte – uma “força” que não possui dimensão exata –, mas que possui uma função de manutenção da igualdade das partes, uma razão social qualificada. “Il contraddittorio in senso forte ha un funzione compensativa delle ineguaglianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed uguaglianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato l’<ordine isonômico>”. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 234.

convergência, porque as partes estão mais próximas do que nunca, através da bem-sucedida negociação intersubjetiva. Um fenômeno que empresta solução de civilidade e não despreza a jurisdição ou o processo, tampouco os remete à natureza de remédios de segunda ordem, mas preserva a feição específica da tutela do direito.

Pelo exposto, os atos processualizados possuem uma existência “acidental”⁵⁶ ao *processo*, no sentido de não serem necessários ao deslinde natural até ao advento da decisão. O mais correto seria os denominar ato “procedimentalizado”⁵⁷, porque eles se inserem no procedimento e produzem o efeito de retirar a necessidade de um processo e de uma decisão.

O ato processualizado aparece para, de alguma forma, barrar, frenar, ou obstaculizar o contraditório, que qualifica o procedimento como um processo. Assim, afeta a necessidade de uma decisão e retira, consequentemente, a imutabilização pela coisa julgada (o diálogo que resulta em decisão é o que se imutabilizaria, dispensado o primeiro, queda o consequente).

É intuitivo concluir que o processo jurisdicional sobrevive sem os atos processualizados. O trâmite natural de um processo inicia com uma demanda, trafega no desenvolvimento com o contraditório e culmina na decisão. Essa é a regra geral das coisas. O ato processualizado aparece no processo para trazer convergência e retirar o seu antípoda, a necessidade do contraditório, o que na prática pode ser compreendido como a disposição do objeto⁵⁸ do processo – porque não existe processo sem o contraditório.

De outro lado, se o processo sobrevive sem o ato processualizado

56 Sem utilizar a denominação “ato processualizado”, considerando-o como um negócio processual (o que é um equívoco), Vittorio Denti chega a referir uma transação ou uma conciliação (negócios jurídicos processualizados) não produzem efeitos para o processo, mas são relevantes para o processo. Ver DENTI, Vittorio. *Negozió processuale. Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 141.

57 Por questão de fixação do conteúdo, o texto permanece utilizando a terminologia “ato processualizado”, apesar de tecnicamente ser mais correto o nome “ato procedimentalizado”.

58 Na prática, o ato processualizado retira o processo de cena. Academicamente, é questionável se a disposição recai sobre o processo mesmo, sua estrutura qualificada pelo contraditório, ou sobre o objeto do processo. Particularmente, é mais palatável falar que os sujeitos disponham de um objeto. Um objeto consistiria em uma coisa passível de disposição. Nossa lente kantiana indicaria tal raciocínio. No entanto, geralmente, a convenção sequer toca no objeto do processo, mas de alguma forma altera a necessidade do contraditório. A questão é das mais complexas. É tênue e, certamente, despertará profícua discussão.

– que lhe é *acidental* –, o processo não subsiste sem a prática dos atos processuais típicos, que atuam como verdadeiros átomos daquele *habitat* ou todo maior.

Para o estudo da “ação anulatória” não interessam os atos processuais típicos. Sua análise é de *obiter dictum*. O art. 966, §4º, CPC, reclama a compreensão do ato processualizado, porquanto observa a essência do ato ou negócio jurídico do direito material, cotejando-o perante o sistema de nulidades do direito material.

O ato processualizado é o *objeto*⁵⁹ da “ação anulatória”.

A internalização de um ato ou negócio do direito material no procedimento é efetuada por um ato processual típico, um ato de “processualização” (procedimentalização). Geralmente, esse ato processual de internalização apenas encobre negócio jurídico do direito material e o conjunto disso resulta no ato processualizado – ato ou negócio subjacente + ato processual típico –, e assim retira a necessidade do contraditório e abrevia ou elastece a solução da causa⁶⁰.

O ato processualizado encerra uma solução do objeto do processo por intermédio da autocomposição. Até certo ponto é verídica a regra geral que identifica o ato processualizado com a disposição do direito, o que está muito bem estabelecido no art. 966, §4º, do CPC. À doutrina, cabe sedimentar os contornos do ato processualizado, sua fonte normativa, es-

59 A noção é fundamental: no plano do direito material, são analisados os atos e negócios jurídicos praticados pelas partes. Tais fenômenos de direito material, pela função que desempenham no processo, são trazidos para o interior do procedimento. O *link* de conexão entre o plano material e o processo se realiza por um ato processual típico e geralmente transparente, responsável pela colocação daqueles atos e negócios no interior do processo. Daí resulta a aparente confusão: sempre haverá um ato processual típico – seja ele bem visível, ou transparente em termos de efeitos, como na grande maioria das hipóteses, porque esses últimos possuem a singela finalidade de internalizar o ato ou o negócio jurídico praticado pelas partes no plano do direito material.

60 Serem “irrelevantes ao atingimento da eventual atividade decisória” significa que os atos processualizados abreviam o processo. O ato processualizado abrevia uma latente ou evidente litigiosidade, que seria pressuposta da decisão, do julgamento, consoante será analisado. Daí referir que a essência do objeto da ação anulatória é um ato regulamentado pelo direito material: basta observar a transação, a renúncia o direito, o reconhecimento do pedido – situações que extinguem o processo, mas não exigem o julgamento do mérito, apesar de “resolverem” o mérito. Parece acoitada a referência de José Rubens Costa quando escreve que “atos da parte expostos à ação anulatória serão todos os que não conduzam à solução de qualquer conflito, os praticados na jurisdição voluntária, no processo cautelar, os de desistência da ação de conhecimento ou de execução, os de substituição de tutores, curadores, arrematação, adjudicação, remição, etc.” Com efeito, diz o ditado que “o que não tem solução, solucionado está” – ou seja, o ato processualizado não retira a solução do processo, entretanto, abrevia a solução, arrefecendo o contraditório e de alguma forma, na prática, correspondendo a uma disposição do processo e da necessidade de uma decisão e da coisa julgada. Afinal, o ato processualizado é um “ato jurídico perfeito” e isso tem a mesma envergadura de direito fundamental equivalente à coisa julgada. Ver Ação desconstitutiva de ato processual, *Revista Forense*, n. 383, p. 194.

estrutura e funcionalidade, para afastar reducionismos pragmáticos.

2. OS EFEITOS DA PROCESSUALIZAÇÃO E A QUESTÃO DA INVALIDAÇÃO DO ATO PROCESSUALIZADO (AÇÃO ANULATÓRIA)

O ato processualizado possui uma função específica no processo, porquanto limitando o coeficiente do contraditório em virtude da convergência dos sujeitos parciais. O ato processualizado é expressão da autonomia privada no ambiente processual.

A tutela do direito agradece – a tutela não trata de meros “direitos subjetivos”, antes, considera o “interesse” como produto de posições jurídicas que refletem uma multifatorialidade de possibilidades satisfativas.

O ato processualizado possui uma funcionalidade, uma estrutura, e uma forma de execução ou cumprimento do ato ou negócio subjacente, totalmente diversa da realidade conceitual do título executivo extrajudicial. A função, para o processo, é *quebrar* o contraditório e, em decorrência, arrefecer o litígio processual, mesmo; a estrutura consiste em um ato ou negócio jurídico do direito material + o ato institucional; e a modalidade legislativamente eleita para a execução do ato processualizado é como se fosse um título executivo judicial (art. 487), porque foi celebrado no interior do processo.

Com a lente focada na possibilidade de instrumentalizar as relações entre direito e processo, por intermédio do dualismo moderado, é de se ressaltar que a (a) fonte normativa do ato processualizado é o direito material. Através de um corte longitudinal na essência do ato processualizado, observa-se que a sua (b) estrutura é complexa, porque reúne um ato ou negócio jurídico do direito material + um ato processual geralmente invisível. Tudo isso – fonte normativa e estrutura – é muito mais consequência do que pressuposto da (c) finalidade ou função desempenhada pelo ato processualizado, que é a função de realizar a tutela do direito dos sujeitos parciais do processo, com a força da autonomia privada, e, por decorrência, dispensar a necessidade do contraditório e do processo, enquanto métodos para resolver um litígio e se recrudescer pelo método da coisa julgada.

A transição lógica e cronológica entre o plano do direito material e o plano processual formula a síntese do ato processualizado:

ato processualizado	fonte normativa	direito material
	estrutura	ato ou negócio jurídico do direito material + ato processual típico (geralmente invisível, mas que, às vezes, produz efeito aparentemente típico da tutela jurisdicional)
	finalidade	a tutela dos direitos dos sujeitos parciais do processo que, por atingirem tal escopo por intermédio da convergência, passam a dispensar o contraditório e o processo (métodos para a solução de litígio)

Os fatores se coordenam mutuamente para formar o ato processualizado, uma *quintessência*, com efeitos sobre o *direito material e sobre o processo*.

A lente da interpretação é o instrumentalismo entre o plano do direito material e o plano processual. É um dualismo denominado moderado.

A teoria geral do direito e o seu capítulo da teoria do fato jurídico implicam efeitos no plano do direito processual civil. Os fatos, atos⁶¹ e negócios jurídicos processuais, todos no sentido estrito, são realidades conceituais que também ultrapassam os planos da existência, da validade e da eficácia na ciência do processo.

A nota diferencial é que o processo civil se organiza por intermédio de um qualificado formalismo de direito público, sobremaneira precavido da eventualidade do arbítrio, ao mesmo tempo em que garante a liberdade aos sujeitos processuais. Disso advém a necessidade de o fato processual *típico* obedecer a requisitos específicos: sujeito, objeto e formas definidas pelas regras próprias do processo civil.

A diferenciação entre o fato ou ato processual e o ato processualizado é fundamental para que seja estabelecido, por consequência, os diferentes regimes de invalidade aplicados a cada espécie desses atos *do* processo.

61 Inclusive, existe a defesa dos atos-fatos jurídicos no certame processual, consoante Didier Jr. e Pedro Nogueira, *op. cit., passim*.

Com efeito, se, na essência, o ato processualizado é preenchido por um ato ou negócio jurídico praticado pelos sujeitos, *nos termos do direito material* chega a ser intuitivo que o regime de invalidades do ato processualizado também obedece aos ditames do direito material. A internalização ou a processualização do ato ou negócio das partes é acidental ao processo, ocorre para transformar o contraditório em contingência de convergência (e vice-versa).

Portanto, a origem jurídica do ato processualizado não permite que o direito processual paute a respectiva motivação de invalidade⁶². Em outras palavras, *o ato processualizado perpassa pelos planos da existência, da validade e da eficácia regrados pelo direito material, e não pela existência, validade e eficácia com referência às normas do processo civil*.

Por outro lado, é fácil constatar que o direito processual civil rege os planos de existência, da validade e da eficácia, então aplicáveis ao ato processual, o que é inerente à tipicidade desses atos. *O problema da invalidade do ato processual é de outra natureza*, bem diferente do *problema trabalhado quando se fala na invalidade do ato processualizado* – invalidades tipicamente processuais estão previstas nos arts. 246 e seguintes, além de normas esparsas, mas que são normas tipicamente processuais.

É juridicamente inaceitável⁶³ a aplicação de um sistema de nulidades por outro, porque são regidos por princípios específicos. A dinâmica do processo enseja o império do princípio do prejuízo, apenas para citar um aspecto peculiar.

A diferença entre ato processual e ato processualizado permite separar os regimes de invalidade no seguinte esquema:

62 O ato processualizado não prescinde do ato processual típico, ou melhor, depende de um ato processual típico e geralmente transparente para se internalizar no processo. Todavia, para a finalidade demonstrativa, é interessante tratar as duas realidades como se antípodas o fossem: ato processual típico *versus* ato processualizado.

63 TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista dialética de direito processual*, n. 29, p. 41.

Ato processual (típico)	Ato processualizado (ato ou negócio jurídico do direito material, praticado pelos sujeitos processuais e internalizado ao processo)
ato jurídico com caracteres qualificados: sede, sujeitos praticantes, efeitos imediatos no procedimento, e <i>habitat</i> essencialmente processual	ato ou negócio jurídico de direito material + ato processual típico, que insere aquele primeiro no <i>locus</i> processual
essencial e instrumental ao processo (imediata ou diretamente processual)	funcional, porém, ocasional ao processo (existência mediata ou indiretamente processual)
regime de invalidades: arts. 276 e seguintes do Código de Processo Civil	regime de invalidez: art. 966, §4º, CPC

O ato processualizado está para o regime de nulidades do direito material (normas do direito civil, administrativo e demais categorias pertinentes) assim como o ato processual típico atende ao regime de nulidades pertinente ao direito processual (regulado pelas normas do Código de Processo Civil e legislação afim).

Calmon de Passos resume:

“Somente os atos jurídicos de direito material comportam o exame da conformidade ou não entre a vontade interna e a vontade manifestada, entre a intenção e a declaração. Os atos que no processo parecem permitir tal exame, como a transação, em verdade são atos de direito material, com efeitos nitidamente substanciais, comportando a invalidação por ação direta e pelos meio próprios à invalidação dos atos jurídicos em geral. Eles são invalidados fora do processo, como atos de direito material, nos seus efeitos de direito material. Tais atos não são processuais, sim conteúdo de atos processuais”⁶⁴.

É imperioso atentar que o ato processualizado se internaliza no processo por intermédio de um ato processual típico, e que *geralmente* é

64 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

transparente. Contudo, existem hipóteses em que esse ato processual de internalização possui efeito e eficácia típicas⁶⁵ da jurisdição, como no caso de um acordo sobre a separação entre os cônjuges que possuem um filho menor de idade⁶⁶. Por sobre a convenção das partes, deve haver um provimento jurisdicional que *decreta* a separação ou o divórcio do casal. Saliento que as partes concordam sobre o valor jurídico perseguido, isto é, concordam sobre os termos da tutela do direito e, por questão de política institucional, a ruptura da sociedade conjugal (separação) ou a ruptura do vínculo matrimonial (divórcio) reclama a chancela eficaz da tutela jurisdicional, pois o “decreto” da separação ou do divórcio depende de um ato de autoridade. Um ponto assaz desprezado pelos comentadores.

Por isso a tautologia ao frisar que, apenas “geralmente”, o ato processual típico que efetua a internalização do ato ou negócio jurídico das partes é *transparente ou invisível*, tendo em vista que existem hipóteses nas quais tal ato não é invisível porque empresta a força da tutela jurisdicional para que seja juridicamente possível a tutela do direito.

De qualquer maneira, vale dizer que o ato processual e o ato processualizado não se confundem. Cada uma dessas espécies de atos *do* processo reclama um peculiar regime de invalidades.

Ato processual típico *versus* ato processualizado.

Ambos possuem uma característica fundamental que os aproximam pela superfície sensível – a nota da processualidade.

Qualquer semelhança não é mera coincidência. Daí a importância da vivificação das premissas metodológicas de análise para uma compreensão dos institutos do processo e do respectivo regime de invalidades, seja o aplicável aos atos processuais típicos (arts. 276 e seguintes do CPC), seja o aplicável aos atos processualizados (art. 966, §4º, do CPC).

65 Recordo que o dispositivo permite uma dupla ordem de interpretação. Primeiro, que sobre a tutela do direito providenciada pelas próprias partes seja somado o efeito da tutela jurisdicional que, assim, “decreta” a desconstituição da sociedade conjugal ou o vínculo matrimonial. De outro lado, o sistema normativo permite interpretar que por sobre a tutela do direito acertada pelas partes, a jurisdição apenas promove a “publicização” da ruptura da relação jurídica, da mesma sorte que ocorre no registro de uma escritura pública para adquirir um imóvel. Tanto que, no caso de o casal não possuir filhos menores, a separação ou divórcio é celebrada diretamente em cartório extrajudicial. Isso não é mera coincidência, mas o sistema normativo preordenando meios para o atingimento de uma mesma finalidade. A diversidade de interpretações, na prática, não altera a questão do problema da “ação anulatória” e de seu objeto. Agora, é interessantíssima questão, quiçá, não meramente acadêmica.

66 Vide art. 1.124A do CPC.

CONCLUSÃO

O ato processualizado consiste em um ato ou negócio tipicamente do direito material que é internalizado ao processo. Assim, ele repercute efeitos inerentes ao direito material, e somente pode ser desconstituído consoante as normas do direito material (art. 966, §4º, do CPC).

O Código de Processo Civil modificou a topologia do instituto, porém, manteve a essência, apenas elencando, expressamente, a figura do negócio jurídico processual – que é fenômeno diverso.

Tudo sopesado, é necessária a expressa menção normativa sobre o ato processualizado e sobre a ação anulatória, nos termos do direito material, embora tal categorização seja heterotópica – norma de direito material colocada no bojo do CPC.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, vol. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. Trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2010.

COSTA, José Rubens. Ação desconstitutiva de ato processual, *Revista Forense*, n. 383.

DENTI, Vittorio. Negozio processuale. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978.

DIDIER JR., Fredie Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003,

DONDINA, Mario. Atti processuali (civili e penali). *Novissimo digesto italiano*, I. Torino: UTET, 1957.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

_____. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MATOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.

REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*, tomo I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1957.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*, vol. I. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de processo civil*, vol. 1, Processo de conhecimento, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista dialética de direito processual*, n. 29.

Imagem Corporal: a Perspectiva do Direito à Saúde na Diferença Funcional. Brevíssimo Panorama da Legislação Portuguesa

Reinaldo Cavalcanti da Silva Alvarenga

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes - UCAM.

RESUMO: Análise circunscrita à pessoa com deficiência física e à forma como a identidade com o corpo tido ineficiente acarreta a limitação social. Propõe-se novel expressão designativa (diferente funcional) com fito de albergar a promoção e tutela da personalidade inerente à condição de pessoa humana. Lança mão ao breve panorama histórico-evolutivo do fenômeno social e jurídico deficiência. Abordagem da tratativa normativa portuguesa em lacônico panorama.

ABSTRACT: A circumscribed analysis of the person with physical disability and the way in which the identity with the body had inefficient causes the social limitation. It proposes novel designative expression (different functional) in order to host the promotion and protection of the personality inherent to the condition of human person. It draws to the brief historical-evolutionary panorama of the social phenomenon and legal disability. Approach of the Portuguese normative policy in a laconic panorama.

Uma vetusta narração imputada a Marco Túlio Cícero¹, em *De Officiis*, pontua que o vocábulo latino *persona* designa originalmente a máscara usada pelos atores durante as representações teatrais. Os gregos, também, possuíam igual apetrecho em sua arte teatral, nomeando-a *prosopon* (“rosto”), afixada sobre a face do ator, substituía-o pela face desejada para o personagem.

1 CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

A máscara romana, ao contrário, buscava favorecer a passagem do som do ator, e nesse sentido, *per sonare*, não se voltava para escondê-lo ou mesmo substituir, mas sim para isolar a emoção, o sentimento, os desejos, ambições, intenções, colocações, a própria singularidade do ser que se transmitia por uma narrativa, ainda que fictícia, revestida de verdade emanada da alma, transmitindo a própria subjetividade do ator.

Nesse vértice, o significado que passou do teatro ao Direito romano seria de uma parte, ainda que abstratamente considerada, a quem se atribui direitos e deveres². A essa parte, guardiã do âmago do indivíduo e portanto de sua singularidade, devotamos a presente análise e optamos pela utilização da palavra pessoa pluralizada, dotados do entendimento compartilhado dentre os italianos por Pietro Perlingieri³.

Não obstante, clama-nos atentar que o arquétipo do sujeito abstrato considerava as pessoas formalmente iguais, ao não considerar as circunstâncias substanciais da realidade social na qual o indivíduo está imerso, desconsiderando sexo, cor, raça, profissão, condição econômica – arca-bouços que dão sustância à hierarquização e desigualdade sociais. Observa Stefano Rodotà que a concepção do “sujeito abstrato mantém sua função, mas não está mais em condições de envolver na sua integridade as realidades às quais faz referência, uma realidade fragmentada e móvel”⁴⁵.

Necessário, desta feita, lançarmo-nos a consideração da pessoa em ponderação aos “dados da realidade”⁵, fazendo-se pertinente conhecer, ainda que por um brevíssimo panorama, a percepção social da deficiência física. Principalmente a partir da segunda metade do século XX, intensificou-se em diversos setores da sociedade o interesse acerca da deficiência, em certa medida por decorrência dos sobreviventes da Segunda Guerras Mundial, muitos dos retornantes do conflito com corpos mutilados que reclamaram novas demandas nos campos da saúde pública, da seguridade social e de políticas públicas, somados a exponenciais avanços angariados

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processos, 2016. p. 77.

3 A “pessoa” – entendida como conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de conexão de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 460.

4 RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Scientifica, 2007. p. 18.

5 TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18.

pelas ciências médicas que contribuíram para o aumento da saúde e da qualidade de vida das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, pode-se constatar que a deficiência mostra-se objeto de preocupação – e por que não desconforto? – desde onde se pode voltar, seja na seara política, social, médica, religiosa ou mesmo familiar que variou ao longo da história humana, mas que em certa medida caracterizou em todo tempo uma latente discriminação. Destarte, sem o intento de esgotar o assunto, passemos a um panorama histórico descritivo sobre a forma como a deficiência fora percebida e tratada ao longo dos séculos.

De introito, consignável que cada cultura em cada época, a partir de um conjunto de representações compatíveis com a sociedade, concebeu à sua maneira a pessoa com deficiência, produzindo crenças ou mitos que explicavam a causa e razão de ser daquela condição e as formas como lidar, tratar e conviver, determinando uma grande variação de posicionamentos no enfrentamento da questão.

Acredita-se que nas mais remotas épocas, cujas datas apresentariam-se obscuras, ocorresse a deficiência que por característica básica desses primeiros agrupamentos – o nomadismo –, sendo a deficiência uma contingência humana, dificultaria a integração social, determinando o abandono frente à ingerência com as peripécias do meio ambiente.

Muitos autores, dentre os quais pontuamos Lucídio Bianchetti⁶, sustentam que na antiguidade, especialmente na Grécia, havia a eliminação sumária de pessoas com deficiência - mencionando que se as crianças ao nascimento apresentassem alguma malformação física, eram consideradas sub-humanas e o descarte era prática comum. No antigo clássico *Política*, de Aristóteles, podemos observar um dos mais antigos relatos acerca da prática mencionada, sugerindo o heleno que “com respeito a conhecer quais filhos devem ser abandonados ou educados, precisa existir uma lei que proíba nutrir toda criança disforme”⁷.

No período da Era Cristã, um dualismo antagônico sucedeu-se à medida que surgiam iniciativas de acolhimento⁸ para substituir a eli-

6 BIANCHETTI, Lucídio. *Aspectos históricos da apreensão e da educação dos considerados deficientes*. Campinas: Papiros, 1998. p. 28.

7 ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Martins Claret, 2003. p. 148.

8 Durante esse período, vários mosteiros e hospitais cristãos primitivos mostraram uma certa preocupação com os cegos. Sugere-se que o provável primeiro abrigo nesses termos tivesse sido criado por São Basílio de Cesaréia, remontando ao século IV. Instalações com a mesma atribuição foram criadas no século V em locais como Síria, Jerusalém, França, Itália e Alemanha. Sublinhe-se que, quanto aos cegos, a postura mostrava-se diferenciada, porquanto se via utilidade em sua

minação sumária de pessoas com deficiência, ainda que prevalecesse a relação entre pecado e deficiência. Durante a Idade Média, o recurso às explicações religiosas tornou-se mais relevante e tomou força. No período áureo do poder da Igreja, as imposições de seus dogmas não se adstringia apenas a persuasão, não raro fazendo-se por intermédio da força física.

Mantendo o caráter de fenômeno metafísico ou espiritual, durante a Inquisição, a partir do século XIII, lastreando-se na ideia de que os sinais de malformações físicas e de deficiência mental eram resultado da união entre mulher e o demônio, passando a ser considerados como “bestas demoníacas”⁹, crianças e mulheres foram vitimados por açoites, por algemas e pela fogueira.

Com o advento da Revolução Burguesa, no final do século XV e início do século XVI, propiciou-se uma mudança na concepção de homem, de sociedade e do mundo, e também de deficiência, que passou a ter uma conotação mais estreitada com o mundo que se construía voltado para a produção e o capital, em vinculação direta ao sistema econômico, passando a avaliar as pessoas com deficiência de acordo com a capacidade produtiva que o indivíduo demonstrasse¹⁰.

No cavalgar do século XVI, ensina-nos Raimundo José Pereira¹¹ que a deficiência clamou atenção daqueles que se colocaram a pensá-la para além das justificativas sobrenaturais, influenciados pelas ideias de Isaac Newton e uma visão mecanicista de universo. Passou-se a entender o corpo como uma máquina, e a deficiência, assim como uma excepcionalidade ou diferença, era entendida como uma disfunção num componente dessa máquina. Assenta-se que desde então a deficiência tem sido entendida,

deficiência assim como revestia-se de misticidade, encampavam papéis úteis, como os de servir como guia na escuridão e como memorizadores e transmissores de tradições tribais e religiosas, sendo ainda reverenciados como profetas e adivinhos. In: TELFORD, Charles; SAWREY, JAMES. *O indivíduo excepcional*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1977. p. 467-8.

9 CAVALCANTE, Fátima. *Pessoas muito especiais: a construção social do portador de deficiência e a reinvenção da família*. Rio de Janeiro. 2002. 393 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz. p. 144.

10 SIVA, Nara Liana Pereira; DESSEN, Maria Auxiliadora. *Deficiência Mental e Família: implicações para o desenvolvimento da criança*. Psicologia: Teoria e Pesquisa. v. 17, n. 2, p. 133-141, mai./ago. 2001. p. 134.

11 PEREIRA, Raimundo José. *Anatomia da diferença: uma investigação teórico-descritiva da deficiência à luz do cotidiano*. Rio de Janeiro. 2006. 174 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz. p. 20.

enquadrada e visualizada como uma disfuncionalidade, um desvio, uma anormalidade¹².

Com o advento da Revolução Industrial, no século XVIII, e todos os desdobramentos sociais delas decorrentes, as concepções em torno da deficiência alteraram-se, voltando-se para a ideia de produtividade¹³, que deveria ser atendida pelos trabalhadores, invocando um reconhecimento e valorização social oriundos daquilo que o indivíduo pudesse produzir. Noutro plano, além de discriminar pessoas com deficiência, a Revolução Industrial propiciou pessoas com deficiência, já que as condições de trabalho eram muito precárias, em virtude da ausência de legislação protetiva dos obreiros e das péssimas condições de trabalho daí decorrentes.

No século XX, a percepção da deficiência alterar-se para uma ideia integrativa mais ampla, muito por contrapartida de um movimento assistencialista e paternalista iniciado no século anterior, com uma tímida abertura educacional às pessoas com deficiência e o início da ciência reabilitadora¹⁴. A partir da segunda metade do século, evidencia-se paulatinamente um processo tendente a aceitar as pessoas com deficiência e a integrá-las no ambiente social. Nesse vértice, a Organização das Nações Unidas (ONU), após proclamar o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes e tendo aprovado no ano seguinte o Programa de Ação Mundial para as pessoas com Deficiência –, decretou, em 1983, a década das pessoas com Deficiência (1983-1992)¹⁵.

12 SIVA, Nara Liana Pereira; DESSEN, Maria Auxiliadora. *Deficiência Mental e Família: implicações para o desenvolvimento da criança*. Psicologia: Teoria e Pesquisa. v. 17, n. 2, p. 133-141, mai./ago. 2001. p. 134.

13 Em relação ao ideário que se exsurge, e corroborando a ideia de primazia a autonomia patrimonial, em detrimento das demandas da existencialidade, como estrutura paradigmática das legislações civilistas, que concentravam a patrimonialidade como base dos institutos interprivados preponderantes, mencione-se a autonomia negocial invocada e defendida por Adam Smith para quem esta caracterizaria “um direito sobre si mesmo ou a propriedade originária”. In: SMITH, Adam *apud* PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 9.

14 Naquele período, verifica-se a catalogação das anormalidades consideradas como deficiência e um esforço científico no inventariar e medicalizar os deficientes, com vias em reabilitação, cujo pressuposto seria sempre as pessoas sem deficiência, sendo o alvo curar a deficiência ou fazer a pessoa deficiente encampar-se como que se pessoa sem deficiência fosse. Outro objetivo seria proteger os não deficientes, para que a deficiência não os alcançasse, mencionando que “o surgimento de uma esfera separada de tratamento médico, focado em pessoas com “problemas físicos” distintos, é parte dos mesmíssimos processos que criaram outras organizações carcerárias”. In: GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2002. p. 150. Em relação a tímida abertura educacional, destaque-se que naquele tempo surgiram as primeiras iniciativas de Educação Especial, a primeira escola para crianças surdas teria sido criada por Abbé de L'Épée (1710-1790), na França. In: PEREIRA, Raimundo José. *Anatomia da diferença: uma investigação teórico-descritiva da deficiência à luz do cotidiano*. Rio de Janeiro. 2006. 174 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz. p. 25.

15 O decênio foi aprovado pela Resolução 37/53, na sessão de 3 de Dezembro de 1982. Na mesma sessão já referida, fora também aprovado o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, pela Resolução 37/52, com o

No Brasil, até a década de setenta, as posturas frente à deficiência eram encabeçadas pela área médica, que condensava as diretivas relacionadas a essas pessoas, manuseando o assistencialismo por intermédio de instituições, não raro dotadas de finalidade filantrópica, e sempre pautadas por uma política paternalista, tendo em vista a deficiência no lugar da pessoa¹⁶.

A origem da palavra estigma é atribuída aos gregos, perseguidores da estética, dotados de grandes conhecimentos sobre recursos visuais, que cunharam o termo para referirem-se a “sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mal sobre o status moral de quem os apresentava”¹⁷. De acordo com Erving Goffman¹⁸, utilizavam-se para a feitura dos sinais cortes ou mesmo fogo diretamente no corpo, visando dar vista da condição do possuidor da marca, fosse ela de escravo, criminoso ou traidor – uma pessoa marcada e, portanto, ritualisticamente poluída, que deveria ser evitada, especialmente em lugares públicos.

Para além da marca estampada no corpo, a pessoa deficiente viu-se estigmatizada ao longo do tempo pela imputação de vocábulos com alto poder depreciativo, reduzindo-a à atribuição a quem da singular condição de pessoa – notório que por intermédio da linguagem expressa-se, voluntária ou involuntariamente, respeito ou discriminação, estigma ou integração¹⁹.

propósito de promover medidas eficazes para a prevenção da deficiência e para a reabilitação e a realização dos objetivos de igualdade e de participação plena das pessoas com deficiência na vida social e no desenvolvimento. Apontável, ainda, que o ano de 1981 fora proclamado pelas Nações Unidas como o Ano internacional das Pessoas Deficientes. Disponível em: <http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/publicacoesdeficiente/programadeacaomundia_lparaaspcd-onu.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

16 SAETA, Beatriz Regina Pereira. *O contexto social e a deficiência*. Psicologia: Teoria e Prática, v. 1, n.1, p.51.55. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Editoria/Revista_Psicologia/Teoria_e_Pratica_Volume_1_Numero_1/artigo7.PDF>. Acesso em 14 set. 2017.

17 GOFFMAN, Erving. *Estigmas*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução: Mathias Lambert. Obra digitalizada, 2004. p. 05. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707001.pdf>>. Acesso em 20 set. 2017.

18 Ibid. p. 05.

19 Optaremos por trabalhar a lógica da integração social, em contrapartida à inclusão social. Explica-se: entendemos que no cenário atual, o arcabouço legislativo não permite se não a ideia de integração, já que se busca a materialização de uma igualdade substancial, a incansável obstinação por uma igualdade no mundo fático tal qual a igualdade formal consubstanciada nos documentos legislativos que estabelecem o compromisso do Estado de remover as condições de fato que obstaculizam o desenvolvimento da pessoa. Nesse passo, necessário colacionar o esteio constitucional a opção aqui adotada, observando que a manifestação do legislador originário deu-se pela sistemática integrativa, consubstanciando a assertiva defendida, remetendo-nos a dicção dos artigos 24 inciso XIV, 203 inciso IV e 227 parágrafo 1º inciso I, todos fazendo referência a um movimento de integração social, não existindo no Texto Magno dispositivo que implique pensar diferente. Ainda, nesse sentido, o artigo 1º da Lei nº 7.853 de 24 de Outubro de 1989. Para mais sobre esse assunto,

Longe de esgotar o desenvolvimento terminológico das expressões que sucederam-se ao longo do tempo para designar a deficiência, basta que salientemos a utilização, mormente até a década de 1980, de termos grosseiramente depreciativos, tais como: aleijado, ceguinho, anormal, defeituoso, incapacitado e inválido – cabal falha para designar, propiciando embaraços e constrangimentos que se dão não pela falta de palavras.

Com o advento do Ano Internacional das Pessoas Deficientes²⁰, buscou-se um vocábulo menos desdenhoso, invocando a expressão “portador de deficiência”, utilizada abertamente até meados da década de 1990²¹, todavia, pondera-se que as pessoas não portam a deficiência como se essa fosse uma coisa, exurgindo dentre essas pessoas a preferência pelo termo “pessoa com deficiência”²². Nesse vértice, necessária uma reflexão.

Destarte, seriam essas pessoas ineficientes, ou mesmo dotadas de uma capacidade aquém do esperado para uma pessoa, e assim inferiores, menores, inábeis, ineficazes ou ainda inúteis? Estar-se-ia diante de uma lógica tão depreciativa quanto àquela que se buscava combater? A integração desejada, promovida e estatuída, alcançar-se-á atestando e vocalizando uma lógica reducionista da pessoa?

A linguagem produz, modifica e orienta o pensamento – e, nessa toada, algumas organizações e pessoas que se veem no bojo da situação existencial “deficiência” buscam implantar uma nova concepção para designar o que torpe e costumeiramente chamamos de ineficiente, com norte em realmente permitir crível integração social. Apresentou-se no Fórum de Vida Independente²³, na Espanha, em 2005, a proposição “diversidade funcional” em substituição a “pessoa com deficiência” e seus correlatos.

Com proeminência, ensina-nos Georges Ganguilhem²⁴ que anomalia é fato biológico, acrescentando Ray Pereira que “a condição que costumamos

ver. PERLIGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 475. Em sentido contrário, defendendo a utilização do termo “inclusão”, vide: BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor de Azevedo Almeida. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 13, jul/set. 2017. p. 17-37.

²⁰ Ver Nota 22.

²¹ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Terminologia sobre Deficiência na Era da Inclusão*. *Revista Nacional de Reabilitação*, v. 5, n. 25, p. 05-14, mar/abr. 2002. p. 9.

²² *Ibid.* p. 12.

²³ PEREIRA, Ray. *Diversidade Funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão*. *Revista História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, v.16, n. 3, p. 715-728, jul/set. 2009. P 716.

²⁴ GUANGUILHEM, Georges apud PEREIRA, Ray. *Diversidade Funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão*. *Revista História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, v.16, n. 3, p. 715-728, jul/set. 2009. P 716.

chamar de deficiência também o é. Ou seja, a deficiência, qualquer que seja, é fato biológico de diferenciação física, sensorial, orgânica ou intelectual”²⁵.

Acrescenta ainda, a partir da caracterização proposta por Georges Ganguilhem, que “É pertinente mesmo em relação à deficiência adquirida (essa caracterização), cujas delimitações decorrentes são contornadas pela reabilitação, pelo reaprendizado das funções alteradas ou perdidas, pelo uso de próteses ou por alguma adaptação desencadeada no próprio organismo. (...) O fato biológico presente na deficiência produz, em algum grau, uma diferença funcional. Dessa forma, em vez de ineficiência e incapacidade – sentido literal de deficiência – a condição deficiência é, de fato, uma diferença funcional”²⁶.

Ao longo do caminhar da vida, essa diferenciação ocorre naturalmente na senescência da pessoa imposta pelo envelhecimento, impingindo a todos nós a redução das faculdades motoras, revelando-se em verdadeira diferenciação funcional que indiscriminadamente atinge quem se envereda no desafio do tempo. Simone de Beauvoir narra um dos mais complexos ensaios sobre a velhice, no qual aponta aspectos biológicos e sociológicos do envelhecimento²⁷.

O transcorrer natural da vida impõe por si só uma diferenciação que ninguém gostaria de ter-lhe imputada reducionista. Parece-nos que o caminho rumo à ampla integração social não poderia passar despercebendo vocativos que se voltem às demandas existenciais por aceitação, respeito, cidadania, entrosamento, e em última e primordial análise, igualdade. Tratando, portanto, de fato biológico, seja ele anômalo ou não, é questão comum a todos nós, e peculiar em cada um de nós, como sujeitos singulares que somos, elevando-se a pluralidade de pessoas como baluarte do desenvolvimento evolutivo de sociedade. Em posse desse entendimento e em consonância com uma efetiva modificação na “cultura de deficiência”, adotamos essa nomenclatura, que passará ser usada nesse texto.

25 PEREIRA, Ray. *Diversidade Funcional*: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. Revista História, Ciência, Saúde – Manguinhos, v.16, n. 3, p. 715-728, jul/set. 2009. p. 716.

26 Ibid. p. 716.

27 Segundo a autora Os discos da coluna vertebral empilham-se e os corpos vertebrais vergam: entre 45 e 85 anos o busto diminui dez centímetro nos homens e quinze nas mulheres. A largura dos ombros se reduz e bacia aumenta; o tórax tende a tornar uma forma sagital, sobretudo nas mulheres. A atrofia muscular e a esclerose das articulações acarretam problemas de locomoção. O esqueleto sofre de osteoporose: a substância compacta do osso torna-se esponjosa e frágil; é por este motivo que a ruptura do colo do fêmur, que suporta o peso do corpo, é um acidente frequente. DE BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p.33.

No hodierno arcabouço constitucional brasileiro sobrepõe o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República, a orientar todo o ordenamento com a inderrogável função de interpretação, integração e limitação de todas as normas. O posicionamento central da pessoa, naquela forma entendida, como epicentro axiológico da ordem constitucional²⁸, verdadeira razão de existência e manutenção dessa, exsurge no limiar do fracasso do sistema jurídico de cunho liberal burguês²⁹, notadamente oitocentista, que ingente à autonomia patrimonial, impunha a preponderância dos institutos interprivados baseados primordialmente na prevalência da propriedade – a superação de tal individualismo, paulatinamente apresentou-se por meio da repersonalização ou despatrimonialização³⁰.

Destarte, pode-se dizer que a antropologia jurídica baseada no individualismo, consubstanciada em regime positivista, cuja ideia de liberdade adstringia-se a autonomia patrimonial frutificou as ignomínias³¹ advindas dos postulados que se consagraram como manifestação jurídica do racionalismo moderno, infligindo a oxigenação e o renovo desses conceitos clássicos, e mormente da autonomia, calcorreando decididamente no estabelecimento do cânone da dignidade da pessoa humana³² como baluarte de proteção integral do indivíduo.

28 SAMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59-60.

29 “Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 40.

30 “Despatrimonializar não significa esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais, mas sim, funcionalizá-la de modo que sejam asseguradas as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo*. Revista Pensar, v.19, n.3, p. 779-818, set./dez. 2014. p. 788-793.

31 A insuficiência da teoria positivista quando passamos do terreno das abstrações para o da práxis materializou-se, no que se pode mencionar os mais vultosos eventos, duas guerras de ordem global, assim como levou a cabo regimes totalitários, nos quais os homens são instrumentos para atender aos fins do Estado. In: KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, v.15, p.41-71, jul./set. 2003. p. 54.

32 Em que pese a utilização da expressão já consagrada, explica-nos Rodrigo Pereira que a expressão é uma criação da tradição doutrinária kantiana produzida no século XX, sem, todavia, ter sido exatamente produzida pelo prussiano que em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* utilizou o epíteto “dignidade da natureza humana”. Em passo seguinte, Pereira assevera ser mais adequada a expressão utilizada pelo filósofo por indicar “o que se esta em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza do ser humano”, refletindo a essência humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96.

Esclarece-nos Maria Celina Bodin de Moraes³³ que “Em primeiro lugar o mundo da segurança do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas; em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela à liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana”.

Necessário pontuar que da repersonalização do Direito, adveio do desenvolvimento de uma cultura pós-positivista³⁴ que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, reduzindo a separação imposta pelo positivismo normativista, passando a dignidade da pessoa humana³⁵ a irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, alcançando todos os campos do Direito e todos os âmbitos da vida (natureza aberta). Nos últimos tempos, tornou-se um consenso ético do mundo ocidental³⁶.

33 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 47.

34 Dentre nós, Paulo Bonavides, denominou “pós-positivismo” a criação de um sistema que funciona não apenas como operações lógicas e procedimentais, e por isso tendentes ao engessamento, a inamovibilidade, próprias de um contexto fechado e formalista, mas sim, de um sistema aberto que invoca como eixo normativo central o Texto Magno, cujos princípios consubstanciam os valores não passíveis de interpretação puramente lógico-formal, necessitando afora, interação entre o sistema jurídico e a ambiência social. Nesse sentido, *Ibid.*, p. 27.

35 A dignidade da pessoa humana tem origem religiosa, e estava ligada a ideia de que o homem é imagem e semelhança de Deus. Passou ao campo filosófico, tendo por supedâneo a razão, a capacidade de valoração moral e a autodeterminação do indivíduo. No decorrer do século XX, tornou-se um objetivo político, fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, permeou-se para o âmbito jurídico por meio de dois movimentos, o amadurecimento da doutrina pós-positivista e a primavera de constitucionalização no mundo ocidental. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-9.

36 No limiar da segunda década do século XX, a dignidade passou a figurar em diversos documentos eminentemente jurídicos, cita-se: a Constituição do México (1917 – artigo 3º), a da Alemanha de Weimar (1919), o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940 – França), Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945 – Espanha) – esses dois últimos, em regimes autocratas o que só resplandece a ideário uníssono a ser buscado pelos Estados e pelas sociedades ocidentais; No Pós-Segunda Guerra Mundial, a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e mais recentemente a Carta Europeia de Direitos Fundamentais(2000) e no Projeto de Constituição Europeia (2004). Destaca-se um processo de constitucionalização em todo o mundo ocidental, e a tutela da dignidade da pessoa humana no corpo constitucional, inventariam-se: a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn – 1949 – artigo 1º), a Constituição do Japão (1946 – artigo 24), da Itália (1947 – artigo 3º), da Espanha (1978 – artigo 10, n1), de Portugal (1976 e revisão de 2004 – artigo 1º), da África do Sul (1996 – 1 alínea a), do Brasil (artigo 1º inciso III), do Peru (1993 – artigo 1º), da Venezuela (2000 – artigo 3º), de Israel (1958 – alteração de 2013- 1A), da Hungria (2011 – Preâmbulo), da Suécia (1974 – artigo 2º), do Canadá (1982 - Preâmbulo); Em Estados do leste europeu, após o fim do socialismo real, observamos o mesmo movimento, destacando exemplificativamente, as Constituições da Croácia (1990 – artigo 25), da Rússia (1993 – artigo 21), da Romênia (1991 – artigo 1º), da Bulgária (1991 – Preâmbulo). Ressalta-se, ainda, com base em pesquisa realizada pelo Constitutional Desing Group, no período anterior à Segunda Guerra, constituições menos conhecidas já haviam feito menção à dignidade humana em seus textos, como Estônia (1937), Irlanda (1937), Nicarágua (1939), Equador (1929). V. Constitutional Desing Group (Human dignity), 2016. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

Entrementes, à luz dos esclarecimentos de Stefano Rodotà clarificados por Heloisa Helena Babosa e Vitor Almeida³⁷, “para que haja efetivo respeito a esse princípio fundante, é indispensável perceber, numa compreensão evolutiva, que a própria noção de dignidade ganha nova dimensão quando se consideram as ‘formações sociais’ que integram a construção da pessoa como um ser real, corporificado, que não mais se esgota na concepção abstrata de sujeito de direito, nem é apenas unidade biológica. Nesse processo de passagem da abstração do sujeito ‘de direito’ para a realidade da pessoa, a dignidade deve ser qualificada como ‘social’, para não abranger não somente suas condições materiais de existência, mas, principalmente, o sistema global de relações onde se constrói e desenvolve a pessoa, como ser social e biológico”.

À acepção filosófica de imagem, somam-se diversas inquietações quando se volta às considerações sobre a imagem do corpo – esse que se projeta como elemento da organização do sujeito psíquico, constituindo-se em campo em que a imagem de si é inaugurada, tornando possível a relação consigo e com o outro³⁸.

Dentre muitas formulações que nos vêm à mente, pode-se pontuar os seguintes desassossegos, elucubrados por Deise Matos do Amparo, Ana Cláudia Reis de Magalhães e Daniela Scheinkman Chatelard³⁹: “Trata-se de uma imagem inconsciente, pré-consciente ou consciente? É algo que é constituinte ou constituído? Implica num dado de estrutura ou é um elemento relacional? É igual ao corpo representado? Está articulado ao Eu, ao desenvolvimento libidinal ou a ambos? Imagem e esquema corporal são sinônimos? Como pode ser apreendido no discurso do sujeito?”

A teorização da imagem corporal⁴⁰ tem expoente em Paul Schilder,

37 BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIRA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

38 AMPARO, Deise Matos do; MAGALHÃES, Ana Cláudia Reis de; CHATELARD, Daniela Chatelard. *O Corpo: identidades e Imagem*. Revista Mal-Estar e Subjetividade, v. 13, n. 3-4, p. 499-520, set./dez. 2013. p. 503.

39 Ibid. p. 509.

40 De acordo com Daniela Dias Barros, pode-se identificar o surgimento da ideia de imagem corporal no século XVI, com o médico e cirurgião Ambroise Paré, que observando a existência do membro fantasma, firmou a alucinação presente do membro ausente. No século XIX, na Filadélfia, Weir Mitchell, demonstrou que a imagem corporal, sem entretanto, usar essa terminologia, poderia ser alterada usando-se de terapêuticas. Em 1905, a escola francesa, na pessoa de Bonier, descreveu o distúrbio da imagem corporal caracterizado pela distorção do tamanho das áreas corpóreas (esquematisia). Da escola britânica vieram uma das maiores contribuições, nos postulados do neurologista Henry Head, constituindo teoria pela qual cada indivíduo constrói um modelo ou figura de si mesmo que cria um padrão contra julgamentos da postura

médico neurologista e psicanalista, que inaugurou novel perspectiva na associação dos conhecimentos fisiológicos, psicanalíticos e sociológicos traçando pontes entre contribuições específicas desses campos de estudo, considerando a imagem corporal um fenômeno multifacetado, em seus estudos sustenta que “a imagem corporal não é só uma construção cognitiva, mas também uma reflexão dos desejos, atitudes emocionais e interação com os outros”⁴¹.

Paul Schilder conceitua a imagem (esquema) corporal⁴² afirmando que se entende por imagem do corpo humano a figuração de nossos corpos formada em nossa mente, isto é, o modo pelo qual o corpo se apresenta para nós. Poder-se-ia dizer que se concebe a imagem corporal como representação do corpo, sendo o modelo pelo qual o corpo se apresenta para a pessoa em uma construção multifatorial que envolve percepção, afeto e componentes cognitivos⁴³.

Aprofundando tais considerações, Paul Schilder, constata que a imagem corporal caracteriza-se por três dimensões que se relacionam entre si, são elas a base fisiológica, a estrutura libidinal e os aspectos sociais imanentes à construção da imagem corporal⁴⁴. O aspecto social da imagem corporal perpassa pela ideia de identidade corporal nascente da intercomunicação e das trocas recíprocas entre os indivíduos, no que se pode consignar que “o ‘eu’ é uma estrutura social que se desenvolve inteiramente numa experiência de comunicação. O afastamento social dificulta sobremaneira a progressão da imagem corporal”⁴⁵.

e dos movimentos corporais. Sendo certo que a maior contribuição na área deve-se a Paul Schilder. BARROS, Daniela Dias. *Imagem Corporal: a descoberta de si mesmo*. Revista História, Ciência e Saúde – Maguinhos. v. 12, n. 2. p. 547-54, mai./ago. 2005. p. 548.

41 FISHER, Seymour. *Body images: Development, deviance, and change*. Nova Iorque: The Guilford Press, p.08.

42 Alguns autores, deferente de Paul Schilder, traçam distinção entre imagem e esquema corporal. David Rodrigues baseia a distinção na conotação estrutural neuromotora que permitiria ao indivíduo estar consciente de seu corpo anatómico, ajustando-a às solicitações de situações novas, e desenvolvendo ações de forma adequada. Noutra posição, Giovanina Oliver endossa tal assertiva acrescentando que a imagem do corpo constrói-se sobre o esquema corporal. Com sentido próximo a Schilder, que não faz distinção, Le Boulch afirma que dupla terminologia criaria a impressão de que corpo neurológico e espiritual são dimensões separadas cuja aproximação faz-se forçosamente, o que não se figura crível, pelo que se entende ser esquema corporal e imagem corporal, diante o fator uno da condição humana, dimensões que se inter põem constituindo faces do mesmo prisma. BARROS, Daniela Dias. *Imagem Corporal: a descoberta de si mesmo*. Revista História, Ciência e Saúde – Maguinhos. v. 12, n. 2. p. 547-54, mai./ago. 2005. p. 549.

43 MARCUZZO, Miquela. *A construção da imagem corporal de sujeitos obesos e sua relação com os imperativos contemporâneos de embelezamento corporal*. Itajaí. 2011. 160 p. Dissertação (Mestrado em Saúde da Família) – Universidade do Vale do Itajaí. p. 21.

44 Ibid. p. 22.

45 Ibid. p. 950.

Os indivíduos constroem sua imagem corporal em contato com os outros, com o mundo, em uma troca contínua que especificamente no caso dos diferentes funcionais pode apresentar-se oblatada pelas barreiras subjetivas, que limitando a capacidade do outro, diferente este que é, o reduzem enquanto pessoa humana a uma condição aquém da sua peculiar personalidade e as possibilidades que o livre desenvolvimento e manifestação dessa são capazes de produzir.

Em breve relato, observe⁴⁶: “Na recepção de um consultório médico, de uma empresa, uma escola ou ambientes congêneres, onde se busca informação ou se resolvem questões burocráticas, é muito comum a recepção abordar um ‘suposto’ acompanhante, e não a pessoa com deficiência. É como se a pessoa que acompanha – que pode ser amigo(a), parente, esposa(o) – estivesse ‘tomando conta’, ou ‘ajudando’ a pessoa com deficiência a resolver algo que, sozinha, ela teria dificuldades”.

Enquanto a imagem corporal continuar a ser “alterada pela doença orgânica”⁴⁷, discriminando e impossibilitando sentir-se reconhecido e valorizado em sua singularidade, fatores esses inderrogáveis para a integridade da identidade corporal, dificultar-se-á a efetiva materialização da dignidade dessas pessoas, consubstanciada na promoção da saúde, porquanto tal valorização do indivíduo demonstra-se como “o ponto de partida para o desenvolvimento de uma imagem corporal integrada e positiva”⁴⁸.

A forma como a imagem corporal construir-se-á, relacionar-se-á com o próprio indivíduo, e permitirá que venha a se relacionar com o outro, inevitavelmente deságua na condição/qualidade de saúde, e na dimensão humana, cuja tutela indeclinável advém do império da dignidade que se reconhece às pessoas naturais, e da integridade psicofísica, esta que é um dos substratos, ou subprincípios, da dignidade da pessoa humana.

Ensina-nos o douto italiano Pietro Perlingieri⁴⁹ que “A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, pois único é o bem ou interesse protegido. Tanto o perfil físico quanto aquele psíquico constituem compo-

46 PEREIRA, Raimundo José. *Anatomia da diferença: uma investigação teórico-descritiva da deficiência à luz do cotidiano*. Rio de Janeiro. 2006. 174 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz. p. 149.

47 CASTRO, Marcela Rodrigues de. et al. *Função e Imagem Corporal: uma análise a partir do discurso de mulheres submetidas à cirurgia bariátrica*. Revista Brasileira de Ciência e Esporte. v. 32. n. 2-4. p. 167- 83. Dez. 2010. p. 173.

48 Ibid. p. 174.

49 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 776.

nentes indivisíveis da estrutura humana (v. o art. 3º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia): a tutela de um desses perfis se traduz naquela da pessoa no seu todo, a disciplina na qual consiste essa tutela é, de regra, útil também para cada um de seus aspectos”.

Destarte, quando está a se falar de integridade, isto é, incolumidade da pessoa humana, não se abarca somente a intangibilidade do corpo, carreando a integridade física à tutela da integridade psíquica e a personalidade moral. A determinabilidade do comando reconhecedor do direito à saúde resta de inquestionável fundamentabilidade⁵⁰ reconhecida e assegurada constitucionalmente⁵¹.

A prognose legislativa impôs uma mudança no cenário social apenas no que tange às barreiras objetivas de cunho físico, aspecto visível e palpável, caminhando aquém do desejado em relação às demandas subjetivas⁵², deixando em segundo plano a tratativa das barreiras subjetivas apenas tangencialmente observadas. A norma encerra a deficiência conceitualmente como as impossibilidades frente às barreiras da interação social, consequentemente exsurge a necessidade de arrefecimento contínuo dos impedimentos existentes. No que tange aos obstáculos objetivos, existe forte arcabouço normativo impositivo de tal dever ao Estado.

50 Nesse sentido, nobre colacionar tese defendida por Virgílio Afonso da Silva tratando do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sistematizando um suporte fático amplo, pelo qual qualquer situação jurídica que isoladamente considerada possa ser subsumida no âmbito temático de um direito fundamental, *a priori*, seria protegida. Devendo o conceito de intervenção estatal revestido de interpretação ampla, em tais direitos, possuir um interpretação constitucional autorizadora da intervenção, que pode perfazer uma restrição constitucional ao direito fundamental. Para mais esclarecimento, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. n. 4. 2016. p. 23-51.

51 O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Com esteio na jurisprudência da Suprema Corte Constitucional: AI 734.487AgR, relatoria da Ministra Ellen Gracie, j. 3 ago. 2010, 2ª Turma, DJE 02 ago. 2010; RE 463.996AgR, relatoria do Ministro Celso de Mello, j. 22 nov. 2005, 2ª Turma, DJ 03 nov. 2005.

52 Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (ou ainda, Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015, atendeu à Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº 189/2008 – internalizou a primeira Convenção Internacional sobre Direitos Humanos de acordo com o procedimento do artigo 5º parágrafo 3º da CRFB/88, equivalendo-a às Emendas Constitucionais, e portanto, letra constitucional. Assegurou, assim, modificações valorosas no estatuto da vida civil para as pessoas diferentes funcionais, especialmente no que tange a capacidade civil, reconhecendo a igualdade perante a lei e resguardando o direito a tomadas de decisões existenciais. Em passos salutares, institui o Cadastro Nacional da Pessoa com Deficiência que visa manter banco de dados mapeador das principais barreiras a integração (nascido do comando do parágrafo 1º do artigo 35 da citada Convenção). Nesse sentido: BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/1313146.htm#art127>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Não apenas as barreiras objetivas devem ser afastadas, mas decorre da análise dos princípios e regras constitucionais a atenção a superação das barreiras subjetivas. No que a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet denominou “direitos derivados a prestações”⁵³, consubstancia o direito expresso a uma prestação positiva do Estado estampado na legislação. Nesse vértice, não se pode olvidar os axiomas trabalhados pela Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, norma com status de emenda à Constituição, que impõe o fomento por parte do Estado de uma mentalidade integrativa em relação à pessoas com diferença funcional.

A professora e jusfilósofa Hannah Arendt, no texto *Verdade e Política*, de 1968, escreveu que “Os factos e os acontecimentos são coisas infinitamente mais frágeis que os axiomas, as descobertas e as teorias – mesmo as mais loucamente especulativas – produzidas pelos espírito humanos”⁵⁴.

A legislação brasileira aborda timidamente o combate às barreiras subjetivas, a primeira ação nesse sentido deu-se pela instituição da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência⁵⁵, competindo a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) a sua execução, na forma estatuída na Lei nº 7.853/89, estabelecendo como competência deste, no artigo 12, inciso VIII, “promover e incentivar a divulgação e o debate das questões concernentes à pessoa portadora de deficiência, visando à conscientização da sociedade”⁵⁶.

A referida lei seria regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, que alberga o estímulo constitucional de abertura conferida à participação popular na elaboração, gestão e fiscalização de políticas públicas, cria no âmbito

53 Para lições mais detalhadas: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 302.

54 ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Lisboa: Relógio d'água, 1995. p. 15.

55 Destacamos que atualmente o CORDE possui o status de Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência: Departamento de Políticas Temáticas dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 9.122/17). Para um histórico evolutivo do desenvolvimento da executivo da estruturação da referida política, disponível: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sobre-a-secretaria/historico>>. Acesso em 29 nov. 2017.

56 BRASIL. Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em 29 nov. 2017.

do Ministério da Justiça⁵⁷, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE) para o qual, de acordo com artigo 12, inciso VII da referida lei, cabe “promover e incentivar a realização da campanhas visando à prevenção de deficiências e à promoção dos direitos da pessoa portadora de deficiência”.

Conquanto a Constituição de 1988 não tenha dado atenção específica aos diferentes funcionais – diferentemente da Portuguesa, como será visto mais adiante – contemplando apenas algumas situações de feição assistencialista voltadas ao trabalho; a incorporação à ordem constitucional⁵⁸ brasileira da Convenção Internacional sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, por intermédio do Decreto nº 6.949/2009, gerou profunda modificação na tratativa da questão⁵⁹, agora alçada ao patamar dos direitos fundamentais em um modelo social “deficiência”.

Destarte, diante de todo o sólido arcabouço normativo construído ao longo desses anos, diga-se desnecessário fomento legislativo⁶⁰, a realização de um indivíduo só pode ser empreendida na possibilidade da realização de todos, em deferência ao projeto solidarista constitucional, que permitiria dizer “o meu bem-estar começa no bem-estar do outro”,

57 De acordo com artigo 2º inciso III alínea “e” do Decreto nº 9.122/17., atualmente o CONADE é órgão consultivo que integra o Ministério dos Direitos Humanos. Nesse sentido: BRASIL. Decreto nº 9.122 de 09 de agosto de 2017. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 ago. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9122.htm#art11 >. Acesso em 29 nov. 2017.

58 A referida convenção internacional sobre direitos humanos fora aprovada de acordo com o procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988. Destarte, possui o valor de emenda à Constituição, integrando o chamado Bloco de Constitucionalidade.

59 Antes e depois da incorporação da Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência Física, o ordenamento pátrio mostra profusão de normas que gradualmente voltavam-se tratativa da questão, mesmo que quase silente quanto às barreiras subjetivas. Destacamos que pelo modelo desse escrito por necessária parcimônia limitamos o histórico legislativo, valendo-nos primordialmente da base jusfilosófica conceitual porquanto se pretende sustentar a aproximação dos ordenamentos brasileiro e lusitano propiciando um intercâmbio experiencial em tempo futuro.

60 Dissemos desnecessário fomento legislativo, porquanto em última análise basta a centralidade da pessoa na tabua axiológica, para que, sistematizando-a como vértice normativo, chegássemos a conclusões de promoção e tutela efetivamente estabelecidas, na forma que as legislações infraconstitucionais propuseram-se fazer. Não fechamos os olhos para não concretização dos anseios constitucionais pelo executivo, e talvez seja essa a maior justificativa para a ampla legislação do que já está consignado no Texto Magno, tampouco deixamos de considerar que as legislações que se seguiram visaram ampliar a tutela já consagrada constitucionalmente, em certa monta ampliando a sistemática de direitos, como se visualiza nos Estatutos (do Consumidor, da Criança e do Adolescente, da Idoso, e mais recentemente da Pessoa com Deficiência). Entretanto, bastaria que nos curvássemos a realizar o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que diz “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Sistematizações são bem-vindas, excesso de legislações não, à medida que tolgem a segurança jurídica. Para acesso a Declaração, disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 29 nov. 2017.

impondo-me a consideração da manifestação da personalidade desse outro, e propiciando o convite a tentar experimentar e apreciar a forma de olhar o mundo a partir dos olhos desse outrem.

Em meio a tantas vicissitudes humanas, construir uma plural e rica sociedade, na qual todos teremos espaços para sermos e desenvolvermos livremente as nossas subjetividades, caminha necessariamente pela desconstituição de barreiras, pelo entendimento e ponderação da imagem corporal e pela efetiva integração social. Não persiste razão lúcida para seguir noutra direção.

Recorre-se a brevíssimo intercâmbio panorâmico com a legislação portuguesa, exordialmente clarificando que não há pretensão de estabelecer postulados de Direito Comparado, pelo contrário, quer-se incendiar o debate a partir das experiências de ambos ordenamentos, ainda que nos limitemos nesses escritos a tratar apenas do aspecto calcorreado pela legislação em pontos específicos.

A Constituição da República Portuguesa⁶¹, em semelhança ao Magno Texto brasileiro, estabeleceu como princípio fundamental, em seu artigo 1º, no qual se baseia a República Soberana, o princípio da dignidade da pessoa humana – e nesse vértice particular, caminho traçado unissomamente nos ordenamentos de tradição romano-germânica especialmente no pós Segunda Grande Guerra, eleva-se a promoção e tutela da personalidade humana para centro axiológico do arcabouço normativo, conforme já destacado.

Ainda em alçada constitucional, consubstanciando linha de argumentação jurídica análoga à arguta sustentada por nós no supedâneo do ordenamento brasileiro, o constituinte português assevera no artigo 9º as tarefas fundamentais do Estado, consubstanciando portando direitos fundamentais dos administrados, a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais.

Não obstante, o artigo 13º expressamente garante que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, em passo dos mais salutaros que infelizmente o constituinte brasileiro não teve a felicidade de consignar destacadamente no texto constitucional a reflexão

61 PORTUGUAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 25 jul. 2018.

pela qual a dignidade da pessoa humana apenas pode ser manifesta quando em ponderação ao contexto social, construção que ficou à cargo da doutrina⁶².

Não se olvide, porquanto pertinente a lógica sustentada, a proteção legal conta quaisquer tipos de discriminações postulada no artigo 26 do Texto Constitucional português, e nesse particular nossas atenções orbitam. O n.º 1 do seu artigo 71º da Constituição Portuguesa expressa que “os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontram incapacitados”.

Destacamos duas ordens de barreiras, objetivas e subjetivas, de defecção obrigatória para garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos diferentes funcionais. O ordenamento português estabelece as bases conceituais de “deficiência física”, na Lei nº 38/2004 de 18 de agosto, estabelecendo em seu artigo 3º, alínea “d” o objetivo de promoção de uma sociedade para todos através da eliminação de barreiras e da adoção de medidas que visem à plena participação da pessoa com deficiência”⁶³.

O Estado português subscreveu integralmente Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência⁶⁴. A Convenção caracteriza a deficiência como uma “patologia da sociedade”, que resulta sobretudo de falhas da própria sociedade em ser inclusiva e acomodar quem é diferente. Nesse estio, mencione-se que o Estado Português já havia editado a norma de não discriminação Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto que abrange a discriminação, quer direta, quer indireta. Estabelecendo, inclusive, em seu artigo 7º, que “A prática de qualquer ato discriminatório contra pessoa com deficiência confere-lhe o direito a uma indenização, por danos patrimoniais e não patrimoniais”⁶⁵.

62 Nesse sentido, consulte nota de rodapé nº 37.

63 PORTUGUAL. Lei nº 38/2004 de 18 de Agosto. *Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência*. Disponível em: < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/?search/480708/details/normal?q=+Lei+n.º%2038%2F2004%2C%20de+18+de+agosto%2C>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

64 Assinatura em 30 de Março de 2007, e confirmação formal/ratificação em 23 de Setembro de 2009. Disponível em: < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en>. Acesso em 14 de mai. 2018.

65 PORTUGUAL. Lei 46/2006, 28 de Agosto. *Lei que proíbe e pune a discriminação em razão da Deficiência e da existência de risco agravado de saúde*. Disponível em: < http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm>. Acesso em 21 abr. 2018.

Em direção ao arrefecimento de barreiras de ordem objetiva, menciona-se o Decreto-Lei nº 163/2006, de 8 de agosto, que estabelece o regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais⁶⁶. Cite-se, ainda, a existência de centros de serviço e informação voltados para as pessoas com diferenças funcionais que buscam prestar informações sobre direitos, serviços, benefícios e recursos pertinentes (SIMPDP).

Não obstante, coetâneo programa com imperativo de uma sociedade que pretende realizar todo o seu potencial aprovou o programa “Modelo de Apoio à Vida Independente” (MAVI), que visa contribuir para a efetivação do direito, das pessoas com deficiência ou incapacidade, a viverem de forma independente, visando à participação nos diversos contextos de vida, em igualdade com os e as demais cidadãos e cidadãs⁶⁷.

Ordenamentos jurídicos com semelhanças, Brasil e Portugal apresentam apesar de suas proximidades formações sociais diametralmente opostas. Não se busca traçar diferenças e muito menos comparações, mas abrir o diálogo acerca de demandas existenciais e portanto não limitadas a fronteiras jurídicas, territoriais e quiçá culturais. A opção pela diferença é a que mais enriquece aquele que se permite contagiar pelo óbvio e derregado notório humano: somos muito iguais em nossas grandes diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. Verdade e Política. Lisboa: Relógio d'água, 1995.
ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Editora Martins Claret, 2003.

AMPARO, Deise Matos do; MAGALHÃES, Ana Cláudia Reis de; CHATELARD, Daniela Chatelard. O Corpo: identificações e Imagem. Revista Mal-Estar e Subjetividade, v. 13, n. 3-4, p. 499-520, set./dez. 2013.

BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor de Azevedo Almeida. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. Revista Brasileira de Direito Civil. v. 13, jul/set. 2017. p. 17-37.

66 PORTUGUAL. Decreto-Lei nº 163/2006 de 8 de Agosto. *Regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais*. Disponível em: < http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl_163_2006.htm>. Acesso em 21 abr. 2018.

67 PORTUGUAL. Decreto-Lei nº 129/2017 de 09 de Outubro. *Institui o programa Modelo de Apoio à Vida Independente*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/108265124/details/maximized?p_auth=n8NGKjof>. Acesso em 24 de jul. 2018.

_____. (Des)Igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIRA, Vitor (Coords.). O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROS, Daniela Dias. Imagem Corporal: a descoberta de si mesmo. Revista História, Ciência e Saúde – Maguinhos. v. 12, n. 2. p. 547-54, mai./ago. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-9.

BIACHETTI, Lucídio. Aspectos históricos da apreensão e da educação dos considerados deficientes. Campinas: Papiros, 1998.

CASTRO, Marcela Rodrigues de. et al. Função e Imagem Corporal: uma análise a partir do discurso de mulheres submetidas à cirurgia bariátrica. Revista Brasileira de Ciência e Esporte. v. 32. n. 2-4. p. 167-83. Dez. 2010.

CAVALCANTE, Fátima. Pessoas muito especiais: a construção social do portador de deficiência e a reinvenção da família. Rio de Janeiro. 2002. 393 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz.

CÍCERO, Marco Túlio. Dos Deveres. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. DE BEAUVOIR, Simone. A velhice. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

FISHER, Seymour. Body images: Development, deviance, and change. Nova Iorque: The Guilford Press, p.08.

GIDDENS, Anthony. Modernidade e identidade. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2002.

GOFFMAN, Erving. Estigmas: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução: Mathias Lambert. Obra digitalizada, 2004.

MARCUZZO, Miquela. A construção da imagem corporal de sujeitos obesos e sua relação com os imperativos contemporâneos de embeleza-

mento corporal. Itajaí. 2011. 160 p. Dissertação (Mestrado em Saúde da Família) – Universidade do Vale do Itajaí.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bondin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, v.19, n.3, p. 779-818, set./dez. 2014.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v.15, p.41-71, jul./set. 2003.

PEREIRA, Raimundo José. Anatomia da diferença: uma investigação teórico-descritiva da deficiência à luz do cotidiano. Rio de Janeiro. 2006. 174 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública/Fundação Oswaldo Cruz.

_____. Diversidade Funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. *Revista História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, v.16, n. 3, p. 715-728, jul/set. 2009. P 716.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 460.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982. RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. Napoli: Scientífica, 2007.

SAETA, Beatriz Regina Pereira. O contexto social e a deficiência. *Psicologia: Teoria e Prática*, v. 1, n.1,p.51.55.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre Deficiência na Era da Inclusão. *Revista Nacional de Reabilitação*, v. 5, n. 25, p. 05-14, mar/abr. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 302.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. 2016. p. 23-51.

SIVA, Nara Liana Pereira; DESSEN, Maria Auxiliadora. Deficiência Mental e Família: implicações para o desenvolvimento da criança. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*. v. 17, n. 2, p. 133-141, mai./ago. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TELFORD, Charles; SAWREY, JAMES. O indivíduo excepcional. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1977.

Improbidade Administrativa e Implementação de Políticas Públicas: a Omissão do Administrador como Ofensa à Dignidade

Thalles Passos de Oliveira

Pós-graduando em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O estudo tem como objetivo avaliar a prática do ato de improbidade administrativa na elaboração e realização de políticas públicas por desrespeito aos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, nos moldes do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Aponta-se como problema a conduta do administrador público, ao sustentar que a não realização das políticas públicas ofende a dignidade da pessoa do paciente, usuário do serviço de saúde, e representa desrespeito aos princípios constitucionais da Administração, principalmente à eficiência e à moralidade. Como consequência, haverá a aplicação das sanções, de modo que cabe ao magistrado, com base na ponderação, levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; princípios; políticas públicas; dignidade.

ABSTRACT: The purpose of this study is to evaluate the practice of administrative improbity in the elaboration and implementation of public policies due to the disregard of constitutional principles that guide the

public administration, according to article 11 of Law 8.429/92 (Administrative Improbability Law). It is pointed out as a problem the conduct of the public administrator, stating that the failure to carry out public policies offends the dignity of the patient, a user of the health service, and represents a disrespect to the constitutional principles of Administration, especially efficiency and morality. Therefore, sanctions will be applied according to legal provisions, so that it is for the magistrate, based on the weighting, to take into account the principles of reasonableness and proportionality in this case.

KEYWORDS: administrative improbity; principles; public policy; dignity.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o mundo concentra seus olhares nos administradores públicos. Com grande influência sobre os cidadãos, a Administração Pública toma decisões capazes de afetar diretamente a vida das pessoas objeto de suas políticas. Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade é reconhecida como o centro do ordenamento e impõe ações e abstenções ao Estado ao redirecionar todas as normas infraconstitucionais para a concretização de direitos fundamentais. A legalidade passa a corresponder à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a Carta Magna e nasce uma nova relação entre Estado e cidadão, baseada na centralidade do indivíduo e no exercício pleno de direitos.

Diante dessa realidade, os princípios da Administração Pública, em especial os da boa administração, da eficiência e da moralidade, ganham destaque, pois, no plano das políticas públicas, estas estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos e demandam do Estado a efetivação de direitos, em especial, do direito à saúde. Os chefes de governo são os responsáveis pela tomada de decisões derivada da função política que exercem dentro do Estado Democrático de Direito e devem respeitar certos limites legalmente previstos.

No âmbito das políticas públicas, propõe-se a eliminação dos riscos causados à vida de inúmeros cidadãos em razão da má qualidade dos serviços prestados. Isso se dá através do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, na medida em que o agente público que elege as políticas públicas com desobediência à lei, ou quando deixa de observá-las,

omite-se diante dos anseios da coletividade e quebra o dever de probidade administrativa, destacando-se, no plano normativo, o mecanismo de controle da gestão pública estabelecido pela Lei nº 8.429/1992.

Trata-se de um novo conceito de improbidade baseado na hermenêutica jurídica, mais justo e igualitário, que não se apegua ao puro rigor da lei e evidencia a relação direta entre a conduta do administrador e a concretização de direitos fundamentais. No ano em que a Lei nº 8.429/92 completa seus 27 anos de vigência, e coincide com o estado de ebulição político-jurídica desencadeado por recentes acontecimentos, busca-se uma percepção contemporânea do tema improbidade. Com escopo na tutela de direitos fundamentais e na dignidade da pessoa, as páginas que se seguem pretendem expor a possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade ao administrador público que impõe óbice às necessidades vitais dos cidadãos e afronta os princípios da administração pública, escusando-se do dever inerente ao cargo que lhe foi concedido em um Estado Democrático de Direito.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE ENQUANTO AXIOMA DO ORDENAMENTO

O Estado Democrático de Direito afirma os direitos fundamentais como núcleo essencial da proteção dos direitos e garantias e reflete a percepção de que os valores mais preciosos da existência do homem necessitam estar contidos em um local apropriado e imune aos momentos adversos enfrentados pela sociedade que, porventura, representem ameaças aos cidadãos¹.

A Constituição abriga o compromisso de conferir unidade de sentido e de valores para a prática dos direitos fundamentais. Nesse plano ético, sua grandiosidade é destacada ao conceber a dignidade da pessoa como o filtro de todo um sistema², isto é, o princípio matriz em que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado. O reconhecimento e a proteção por parte da ordem jurídica torna-a legítima, a ponto de se afirmar que uma Constituição que não reconhece e garante a dignidade da pessoa não é uma Constituição.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

2 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p.92.

É no tocante aos direitos fundamentais que se insere a dignidade da pessoa, atributo essencial do ser humano que condiz com a própria *ratio iuris* e independe de sexo, cor, religião e situação econômica. Na linguagem filosófica, sabe-se que é atribuída a primeira enunciação do princípio da dignidade humana a Immanuel Kant como “[...] algo que está acima de todo o preço, pois, quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalência, então ela tem dignidade”³.

No pensamento kantiano, a dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autonomia do indivíduo. Para o filósofo, a dignidade é uma qualidade inerente a todos os seres humanos, enquanto entes morais, e apenas a estes, por ser totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. À medida que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades, cada uma absolutamente individual e insubstituível.

Assim, o constituinte de 1988 toma a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico em seu art. 3º⁴. Fundamento para todos os direitos e garantias fundamentais, a dignidade humana é uma categoria jurídica de difícil conceituação, tendo em vista seu alto grau de abstração. Destaca-se o conceito dado por Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]”, o que implica um complexo de direitos e deveres fundamentais, capazes de assegurar a pessoa contra qualquer ato desumano, garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁵.

Infere-se que a noção de dignidade está voltada para a proteção e desenvolvimento das pessoas. É por tal razão que o princípio tem função

3 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

4 Artigo 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

instrumental e hermenêutica, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração do ordenamento. Admite-se, então, que o princípio é capaz de se vincular com o restante das normas de tal forma que a noção de dignidade pode estar mais evidenciada de acordo com o direito que estamos lidando, isto é, é tamanha a vinculação que a ofensa de determinado direito corresponde de imediato à ofensa à dignidade.

Considerando que os direitos fundamentais consagrados pelos Estados e pela comunidade internacional são inerentes à pessoa, negar-lhes é também negar a própria dignidade. No entanto, a necessidade de se produzir um conceito universal de dignidade deve levar em conta seu conceito aberto e em constante transformação, capaz de lidar com o contexto histórico, religioso e político. Nesse sentido, destaca o autor Luís Roberto Barroso a necessidade de a dignidade ser delineada de forma a conferir-lhe unidade, sob o risco de se transformar em um produto manipulável, eis que ela se caracteriza pela plasticidade e universalidade, sendo invocada em inúmeros cenários.⁶ Percebe-se que, dentro dessa concepção de unidade, a dignidade da pessoa é colocada como a máxima do ordenamento e permite a todos os cidadãos cobrar do Estado a realização de ações que assegurem o efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais.

O autor adota a teoria de que a dignidade da pessoa humana estaria compreendida em três conteúdos⁷, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa humana, o seu valor social e a autonomia. Nota-se que esta divisão que não implica necessariamente incompatibilidade entre seus componentes, mas almeja alcançar uma compreensão abrangente e operacional do conceito no ordenamento jurídico. Desse modo, o princípio axioma do

6 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 19. Defende o autor que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, necessitando, portanto, dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação sob o risco de se transformar em uma embalagem para qualquer produto sujeito a manipulações diversas.

7 O autor afirma que o primeiro é o seu valor intrínseco, elemento ontológico porque compreendido como comum e inerente aos seres humanos. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre o entendimento do homem como fim em si mesmo (Kant) e não como um meio para a realização de metas. Ainda, desse elemento extrai-se a ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. Na esfera jurídica, assinala o autor que tal conteúdo estabelece que inviolabilidade da dignidade está na origem dos direitos fundamentais como o direito à vida, o direito à igualdade, o direito à integridade física, o direito à integridade moral ou psíquica. O segundo conteúdo/elemento é a autonomia entendida como o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. O terceiro abriga o seu elemento social, o indivíduo em relação ao grupo, seu valor comunitário destinado a promover a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes, de direitos de terceiros e de valores sociais, inclusive a solidariedade. (*A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 20 – 33).

ordenamento jurídico encontra seu fundamento no segundo elemento, a autonomia⁸. Neste estudo, a autonomia ocupa posição estratégica quando se fala do tratamento fornecido ao usuário do serviço de saúde, visto que a assistência a estes pacientes está pautada na implementação de ações terapêuticas e de reabilitação, direcionadas à ideia de promoção à saúde e qualidade de vida, com o objetivo de incentivar e ampliar a independência dos sujeitos na gestão da vida e no resgate da cidadania.

2.1 A autonomia enquanto direito fundamental

Grandes filósofos como John Locke, Immanuel Kant e Stuart Mill destacam a importância da liberdade para a vida política e o crescimento pessoal. Desse ideal surgiu o princípio da autonomia, baseado no respeito às pessoas, o qual parte da liberdade que exige que aceitemos que elas se autogovernem e sejam autônomas nas suas escolhas e nos seus atos. Kant coloca a autonomia como fundamento da dignidade da pessoa humana, ao dizer que “[...] os seres racionais chamam-se pessoas porque a sua natureza os diferencia como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado somente como meio, e, portanto, limita nesse sentido todo capricho e é objeto de respeito”.

Se o Estado de Direito e a democracia dizem respeito à compreensão da liberdade, este valor, visto sob a dimensão que se relaciona ao *status* das pessoas,⁹ deve ser avaliado sob a perspectiva da liberdade-autonomia. No Estado Democrático de Direito, o direito à autonomia deve oferecer ao indivíduo o reconhecimento do domínio sobre a sua própria vida, permitindo-o buscar o seu ideal de viver bem e de ter uma vida boa¹⁰. Dessa ideia, preserva-se o respeito à intimidade, de modo a limitar a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja ou não sob cuidados, preservando sua própria saúde e seu poder de escolha, devendo suas

8 As principais dificuldades dos pacientes estão relacionadas com a perda da autonomia para a vida cotidiana, a ausência de rede social de apoio, alta dependência de outras pessoas, sobrecarga familiar, dificuldades laborais, problemas relacionados com estigma e dependência econômica. A implementação desses serviços traça uma trajetória preparando o paciente para ir avançando em sua autonomia e independência até lograr sua inserção comunitária.

9 PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 135-138. O autor, ao dizer que igualdade e liberdade não se compreendem separadas, sustenta que a liberdade tem duas grandes dimensões: organizativa e outra que se relaciona ao *status* das pessoas na organização social.

10 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 81.

decisões e vontades ser levadas em consideração como expressão, de fato, dos direitos fundamentais do cidadão contra os poderes do Estado.

Percebe-se que a dignidade é totalmente inseparável da autonomia¹¹ para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. Para Kant, todos os seres humanos gozam dessa autonomia, uma vez que a condição de ser humano é suporte necessário e sustentáculo da dignidade, ou seja, o que faz do homem um fim em si mesmo. Diante disso, em uma análise mais concreta, há que se considerar a variação da noção de cada indivíduo para uma vida digna, suscetível às mudanças, de acordo com suas necessidades e desejos. Na situação do usuário de qualquer serviço de saúde, as máximas de liberdade e autonomia fazem com que a pessoa possa e deva questionar métodos e motivos dos tratamentos aos quais é submetida, além de poder optar pela forma como acontecerá seu atendimento.

É verdade que a autonomia encontrará seus limites. A circunstância em que se encontra o indivíduo, por exemplo, em caso de ameaça ou coação, deve ser avaliada de modo a verificar se a sua vontade está impregnada de vício. A pessoa que procura o serviço de saúde o faz desejando que seu elemento de vontade, elemento este subjetivo, seja o núcleo sob o qual gira em torno todo o seu tratamento. Estamos falando da autonomia pessoal que, sem dúvidas, para sua efetivação, depende de elementos externos e alheios à vontade do indivíduo. Nesse contexto, diversas situações podem impedir o indivíduo inserido na sociedade de exercer sua autonomia em plenitude. Nasce o conflito quando o Poder Público deixa de promover ações capazes de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais de modo a não infringi-los.

Destarte, quando se trata da violação à autonomia pessoal, esta pode não ser percebida aos olhos da sociedade e do Poder Público, uma vez que estamos lidando com a esfera subjetiva do indivíduo, seus desejos mais íntimos, que nem sempre são compreendidos pelas pessoas que o cercam. De outro lado, há que se considerar que é gritante, não passa despercebida e exige uma resposta imediata do Poder Público, a violação à autonomia física do paciente inserido em um contexto onde não se aplicam da melhor forma os recursos destinados à saúde por parte do

11 KANT, Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

administrador, omitindo-se este diante da ausência da estrutura necessária e essencial à recuperação de indivíduos inaptos a exercerem de forma plena a sua capacidade. Como consequência, e será melhor explicado oportunamente, há a submissão desses indivíduos a situações degradantes diretamente violadoras do princípio matriz da Carta Magna, filtro do ordenamento jurídico e alicerce do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a Lei nº 13.146/2015 representa uma mudança de paradigmas ao regulamentar os princípios e direitos trazidos pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o que vale enquanto norma constitucional, por força do Decreto nº 6.949/2009, ao reafirmar que não se pode mais usar o modelo médico para definir a deficiência, e sim o modelo psicossocial. Consequentemente, tal previsão exige uma percepção sobre a pessoa além das características que tornam sua vida difícil.

Na medida em que se trata de um problema estrutural, é responsabilidade do Estado e de toda a sociedade eliminar os obstáculos existentes para que pessoas com limitações funcionais participem ativamente da vida em sociedade. Fica claro que a intenção da lei é viabilizar uma prestação de serviços diferenciada e especializada, incumbindo à pessoa do agente público possibilitar todo o tipo de soluções para eliminar as barreiras que tornam esses indivíduos inaptos. Agindo de forma contrária, haverá privação de uma vida social, familiar e comunitária plena, tolhendo toda possibilidade de evolução e de constituição de vínculos, que certamente auxiliariam o indivíduo por toda a vida.

Logo, considerando que ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos, inclusive o direito ao trabalho, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico, compete à Administração Pública criar novos padrões de consumo e produção, além de contribuir para a construção de uma sociedade mais inclusiva. Por essa razão, a Administração Pública detém a capacidade e o dever de potencializar, estimular e multiplicar a utilização de recursos e tecnologias assistivas, com vistas à garantia plena da acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência física ou mental, respeitando suas trajetórias na luta por direitos.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em razão da expressa menção Constitucional, o *caput* do art. 37 expõe as diretrizes fundamentais da Administração Pública, compreendida como “[...] todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas¹²”. Com o advento do Estado liberal de Direito, a legalidade tornou-se postulado fundamental do Direito Público, vinculando o agir estatal à legislação emanada do poder competente, segundo as prescrições formais, de modo que a Administração Pública permanece em grau inferior, adstrita à legislação, não podendo desvincular a sua atuação para além dos domínios da lei ou, eventualmente, contrária às suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional.

Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. Posto dessa forma, quando se fala em implementação de políticas públicas, a esta se relaciona com tais princípios, vez que derivada do elemento subjetivo da vontade do administrador ao praticar atos em nome do Poder Público. Dessa forma, o modo de atuar dos agentes aos quais são conferidas as competências para executar as políticas pode ocorrer de forma a não respeitar os preceitos legais e constitucionais, incorrendo, portanto, nas sanções previstas em lei, especialmente, no caso deste estudo, àquelas previstas na lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

A formulação de políticas públicas constitui-se na fase em que os governos democráticos transformam seus propósitos em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real¹³. Resume-se política pública como o conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público, atuando e influenciando sobre a realidade econômica, social e ambiental. Variam de acordo com o grau de diversificação da economia, com a natureza do regime social, com a visão que os governantes têm do papel do Estado

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 65.

13 SOUZA, C. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. *Sociologias*, ano 8, n.16, 2006, p. 20-45.

no conjunto da sociedade, e com o nível de atuação dos diferentes grupos sociais (partidos, sindicatos, associações de classe e outras formas de organização da sociedade).

A temática das políticas públicas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador. Contudo, antes de serem executadas, devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição. Isso porque é a Constituição que deve nortear a escolha dos interesses coletivos essenciais que deverão ser concretizados para a satisfação social. No processo de formação da política pública é preciso sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa. O conceito de discricionariedade é considerado um dos mais difíceis e com maior número de significados da teoria do Direito. Engich¹⁴ traz um interessante conceito em que o agente público poderia optar por uma ou outra possibilidade sem contrariar a regra jurídica. “[...] Logo, o que marca a existência da discricionariedade é a presença da possibilidade de escolha, prevista na lei, não apenas uma possibilidade de fato, mas também de direito”¹⁵.

Para o aperfeiçoamento da atuação governamental e definição das políticas públicas é importante conhecer a população, a fim de permitir o estabelecimento de prioridades e a adoção de medidas estratégicas, sobretudo para sanar problemas em áreas sensíveis, como saúde e educação. É importante também a consideração desses dados para que se possa ter noção sobre a perspectiva de aumento populacional de grupos sociais vulneráveis e minorias, como, por exemplo, idosos e pessoas com deficiência, a fim de que sejam tomadas medidas preventivas em relação à acomodação desses grupos na sociedade conforme a demanda de crescimento.

Logo, fica claro que a formulação e a execução das políticas públicas é um processo político decisório, ensejando a escolha de prioridades e dos meios para realizá-las. Dessa forma, o sucesso está relacionado à qualidade do processo administrativo que precede a realização e implementação da política pública em espécie. No entanto, a experiência revela que nem sempre a vontade popular norteia o Poder Executivo na definição das políticas públicas.

14 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Editora Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2001, p. 214-224.

15 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 371.

3.1 Controle das Políticas Públicas e o papel do Ministério Público

O controle social durante a execução da política pública é fundamental, a fim de assegurar que não ocorra o desvirtuamento dos propósitos que motivaram a criação do programa de governo. Tais circunstâncias justificam o exercício de controles externos sobre as políticas públicas, seja diretamente pela sociedade, mediante mecanismos de participação popular, seja por meio Poder Judiciário ou da atuação extrajudicial do Ministério Público.

A participação popular representa instrumento de controle da atividade administrativa, principalmente no que se refere ao direcionamento dos recursos para que estes possam ser aplicados em maior conformidade com as necessidades dos cidadãos. Sendo estes os mais atingidos pelos erros cometidos pela Administração, representam grande contribuição para a efetivação das políticas públicas, de modo a garantir os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública¹⁶.

Em relação à intervenção judicial no controle de políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover¹⁷ estabelece como primeiro limite a garantia do mínimo existencial¹⁸. Segundo a autora, o mínimo existencial autoriza a imediata judicialização da questão, “[...] independentemente de existência de lei ou atuação administrativa, constituindo mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei”.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a ideia de mínimo existencial não se resume ao mínimo para a sobrevivência, que significaria ter onde habitar, o que comer e o que vestir, mas sim ao direito ao mínimo necessário para uma vida digna, com todos os atributos a ela

16 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionabilidade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 371. Nesse mesmo sentido, a autora destaca que a ausência desse controle tem demonstrado na prática a má aplicação de recursos públicos.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

18 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 70. A questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias, dentre elas a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna. Nas palavras do autor: “Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

inerentes, incluindo-se, além do direito à saúde e educação, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do meio ambiente e acesso à Justiça, entre outros. Ocorre que a Administração, para tentar justificar suas omissões, faz uso recorrente da reserva do possível¹⁹, e esta *não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*²⁰.

Nesse contexto, com a Constituição de 1988, o Ministério Público teve suas atribuições no âmbito da tutela coletiva definidas e, ao mesmo tempo, ampliadas, competindo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, entre outras funções elencadas no art. 129 da CF/1988, com vistas à consecução dos objetivos que justificaram a sua atual posição constitucional²¹.

A atuação do *Parquet* se tornou muito mais democrática. Por meio dos instrumentos que lhe foram postos à disposição (poder requisitório e de notificação, expedição de recomendação, celebração de acordos extrajudiciais, de termos de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas), ampliou-se a própria forma de acesso à Justiça pelos cidadãos.

No âmbito da Política Nacional de Saúde Mental, apoiada na Lei n. 10.216/01, preconiza-se um modelo que inclui um tratamento aberto com base comunitária. No contexto desta lei, foram editadas inúmeras portarias pelo Ministério da Saúde, para a criação e aperfeiçoamento de equipamentos que pudessem proporcionar um novo modelo de atenção, sempre de forma descentralizada, diante da atribuição de competências aos Estados e Municípios na implantação da política.

19 PERLINGEIRO, Ricardo. *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (December 1, 2013). Scientia Iuridica, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333, p. 519-539. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2363398>>. “[...] A reserva do possível não se refere à falta de recursos materiais ou financeiros; ela tampouco se confunde com a simples falta de orçamento público. Com efeito, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada com a prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso, entretanto, implique limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes e exigíveis. Portanto, não se cogita da reserva do possível em face de um mínimo existencial e tampouco de direitos instituídos por lei. Nestes casos, é zero a margem de discricionariedade do legislador, inclusive o orçamentário, sob pena de ofensa ao Princípio do Estado de Direito.”

20 STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2011, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires, *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo:Saraiva, 2015. p. 1027-1028.

Na prática, essa política implicou a restrição de indicações de novas internações em hospitais psiquiátricos, a extinção de leitos e a desinstitucionalização de inúmeros pacientes. Por conseguinte, tornou premente a necessidade de participação efetiva da família e da comunidade na prevenção e tratamento dos males que acometem a saúde mental das pessoas e do uso abusivo de álcool e outras drogas. Nesse sentido, o Ministério Público deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional. Frente ao panorama do processo de desinstitucionalização de pacientes de longa permanência, bem como da restrição de leitos e novas internações, deve o Ministério Público atuar no resgate da cidadania, servindo, muitas vezes, como interlocutor ou mediador na implantação de políticas públicas de reinserção social e também junto às famílias.

Para exercer o controle sobre políticas públicas, antes de ingressar judicialmente, o Ministério Público poderá utilizar-se dos meios extrajudiciais de que dispõe, quais sejam, instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, expedição de recomendação, celebração de termo de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas. Todavia, o caminho judicial se mostra o mais adequado quando as medidas extrajudiciais se mostrarem infrutíferas para garantir o efetivo exercício do direito fundamental suprimido. Em alguns casos as tratativas para um consenso ou ajuste com o Poder Público se tornam desgastadas em razão do longo período de violação do direito, ou de sucessivos compromissos descumpridos perante os órgãos de defesa da cidadania e da própria população. Assim, o ajuizamento da ação civil pública representa um instrumento de pressão sobre o ente público em defasagem com o seus deveres constitucionais. Por tal razão, em algumas situações a judicialização parece ser a única alternativa para aplacar o anseio do corpo social pela implementação efetiva de seus direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à autonomia.

Como exemplo, no contexto das políticas públicas de saúde mental, a Política Nacional de Saúde Mental, baseada na Lei nº 10.216/2001, busca um novo modelo de prevenção e tratamento em saúde mental, a fim de resgatar a cidadania do portador de transtornos mentais e dos dependentes do uso de álcool e de outras drogas, através da inclusão social, reinserção familiar e respeito aos seus direitos e liberdade, garantindo-lhe a livre circulação e a interação com a comunidade. Para isso, estabeleceu-se

um modelo de atenção integral fundada na redução pactuada e programada dos leitos psiquiátricos, contando com uma rede de serviços e equipamentos, estrategicamente organizados em torno dos Centros de Atenção Psicossociais – CAPS.

Dessa forma, coloca-se em destaque a conduta do administrador diante da lei de improbidade administrativa frente à política de prestação de serviços de saúde mental, em especial, o processo de busca de autonomia pelo usuário dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), dois equipamentos basilares da Rede de Atenção Psicossocial previstos nos incisos II, alínea a, e VI, alínea a, do art. 5º da Portaria MS 2.088 de 23 de dezembro de 2011. Estes serviços são os mais importantes dispositivos de saúde mental assistencial sob a competência material dos municípios, e suas deficiências afetam o fluxo de toda a rede, exigindo uma atenção especial do Poder Público, sobretudo porque tais unidades são fundamentais para o processo de desinstitucionalização, estratégia prevista no *caput* do art. 11 da Portaria citada, e essenciais ao resgate da dignidade dos administrados.

A implantação da política pública de saúde mental é processo crucial para a consolidação democrática no Brasil, pois objetiva o resgate da dignidade da pessoa humana, rompendo, assim, com a institucionalização de pacientes de longa permanência, brutalmente alijados da convivência com a comunidade por razões mais ligadas à higienização social do que a propriamente dar vida a projetos terapêuticos racionais e eficientes. Importa ressaltar que tais dispositivos e serviços não esgotam o conjunto da Política de Saúde Mental, uma vez que são compostos por outras iniciativas, as quais visam à construção de estratégias efetivas de cidadania.

Desse modo, a Administração Pública, na pessoa do administrador, está vinculada à concretização dos direitos fundamentais²² e deve despende esforços para oferecer os bens e serviços necessários à fruição dos interesses dos cidadãos. Isso implica discutir as prioridades públicas para que as políticas estatais correspondam às necessidades dos administrados.

22 Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. p. 37. 2006.

O próximo capítulo busca trazer uma nova perspectiva de revisão, pelo controle judicial, de atos considerados inalcançáveis, impondo ao poder público o dever de realizar ações necessárias ao desenvolvimento humano que encerrem valores como a dignidade da pessoa, caso contrário, o eventual cargo ocupado pelo administrador será atingido.

4. CONDUTA ÍMPROBA E OFENSA DIRETA À DIGNIDADE

Considerando a eficiência como componente da atividade do agente público, de modo que seus atos, além de legais, morais e imparciais, devem, ainda, ser eficientes, ao elaborar o planejamento da aplicação dos recursos públicos o administrador deve estar consciente de sua capacidade para esse tipo de decisão. Uma negligência no momento de decidir sobre o destino dos investimentos públicos pode provocar efeitos altamente danosos às comunidades administradas, o mesmo ocorrendo quando, mesmo que devidamente definidas, as políticas públicas são mal implementadas, com deficiências técnicas, desvios de curso, entre outras falhas, que podem caracterizar, igualmente, ineficiência e, até mesmo, imoralidade.

A prática de um ato ímprobo não se restringe à ideia de corrupção, eis que o extenso significado do termo transborda o âmbito do inadequado e afronta os princípios que regem a esfera pública. Nesse contexto, não basta anular um ato administrativo que repercutiu na sociedade. Uma decisão razoável deveria cumprir com as exigências de controle efetivo da atividade administrativa, aplicando-se os princípios orientadores da Administração, especialmente os da moralidade e da eficiência, levando-se em conta a obrigatoriedade do agente público de realizar uma boa administração.

No contexto das políticas públicas de saúde, em especial a saúde mental, recorte escolhido para este estudo, o cumprimento da lei que impõe a implementação, estruturação e manutenção de serviços essenciais busca mais do que prestar auxílio a uma população que está marginalizada, trata-se de resgatar a dignidade da pessoa de pacientes com transtornos mentais em condições de desinstitucionalização.

O gestor tem como atribuição a participação no processo de formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Nesse ponto, pode-se destacar que, do ponto de vista estrutural, a Reforma Psiquiátrica Nacional, ao estabelecer metas, fixar o alcance de seus objetivos, bem como ao

trazer, intrinsecamente, a definição das responsabilidades de cada um dos profissionais de saúde, bem como aqueles que possuem atuação direta ou indireta com a saúde mental, exigiu que não só fossem implantados os dispositivos essenciais da política pública, mas também que houvesse a garantia permanente da tarefa de promover os cuidados que os pacientes psiquiátricos efetivamente necessitem²³. Partindo-se dessa perspectiva, fica claro que as secretarias municipais de saúde, que representam o Poder Executivo, além de serem os únicos atores cujas prerrogativas e obrigações legais exigem a participação em todas as etapas do processo decisório, são responsáveis por promover condições adequadas no que toca à infraestrutura, recursos humanos e financeiros.

Ocorre que, muitas vezes, os recursos destinados especificamente para a finalidade aqui tratada têm caminho diverso, deixando de ampliar e qualificar as unidades de tratamento mental e indo na contramão da política de saúde mental. Indivíduos sofrem com a ausência ou a ineficiência de equipamentos de saúde mental mal conservados e carentes de recursos materiais e humanos. Parece haver verdadeira institucionalização dos pacientes nos denominados manicômios asilares, em que os indivíduos ingressam para nunca mais sair.

Esse cenário representa uma violência jurídica, que desafia frontalmente normas de diversos patamares hierárquicos, e uma violência real aos pacientes por destruir-lhes a liberdade, a dignidade e submetê-los a condições desumanas de existência. Nesse contexto, o secretário municipal de saúde cumulando o cargo de gestor do fundo municipal de saúde é o responsável direto por essa estruturação que, a depender da legislação específica de cada município, é encargo dividido com o chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, uma política de governo pode ser viabilizada ou inviabilizada conforme as decisões administrativas que realizem os seus objetivos ou não. O governo possui o poder de iniciativa e influência da sua própria ação. Não há que se falar em uma Administração inerte, uma vez que o panorama de determinada política depende do conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, de um conjunto de elementos que não pode, sozinho, desencadear a ação.

23 TENÓRIO, F. Por uma assistência psiquiátrica em transformação: conhecer para cuidar. UFRJ: n° 3 e 4. *Cadernos IPUB*, 1999.

Em ocorrendo omissão do administrador, o qual, devendo atuar conforme a norma em prol do interesse público, deixa de fazê-lo, haverá violação dos princípios administrativos da legalidade, da finalidade e, definitivamente, do princípio da moralidade administrativa. Toda vez que há dano à moralidade administrativa, há dano à coletividade em geral, pela situação de insegurança, de desordem administrativa, contaminação da essência do Estado e lesão aos seus valores fundamentais. É de interesse geral da coletividade que a Administração funcione de forma regular, por isso é válido dizer que sempre que o administrador não se conduz a perseguir a solução contida na norma como de interesse público, existe dano à moralidade administrativa, passível de responsabilização de quem lhe deu causa. Não se trata de legalidade estrita, mas de desvio de interesse público.

Os princípios têm função instrumental e hermenêutica e são capazes de se vincular ao restante das normas e, no caso, a conduta do administrador omissor vincula-se diretamente à dignidade das pessoas com transtornos mentais. Dessa forma, é possível identificar os sujeitos que adotaram comportamento contrário à vocação do cargo que ocupam, estruturando-se a responsabilidade do agente público ímprobo, não apenas porque deixou de fazer o que a lei determinou, mas porque também, ao deixar de agir, ofendeu a dignidade dos cidadãos.

4.1 Prova do elemento subjetivo

A essência da administração da coisa pública está no fato de que o seu administrador atua em conformidade com a lei, para o melhor uso da sociedade, e sua função é interpor a relação entre Estado e cidadão, permitindo a concretização dos anseios sociais. Nesse contexto, a interpretação de qualquer dispositivo deve ser feita de forma sistemática e conforme a Constituição, em especial de acordo com as normas consagradas como Direitos Fundamentais, cujo escopo é a dignidade da pessoa, de modo que a atuação administrativa deficitária, que não esteja voltada ao cumprimento do dever Estatal, deve ser passível de sanção.

O dever de legalidade consiste na obrigação do agente de agir dentro dos preceitos legais. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ ensina que a mais grave forma de violação da legalidade é aquela que fere um princípio jurídi-

24 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.

co, na medida em que aparece como uma insurgência contra todo o sistema e uma subversão de seus valores fundamentais, capaz de corroer a estrutura mestra do sistema. Logo, a gestão pública exercida que não cumpre a prestação de um serviço público de natureza essencial que visa a concretizar o direito à saúde provoca maiores impactos diretos na sociedade, porque versa sobre serviços exigidos todos os dias pela população, de modo que sua inadequada prestação viola diretamente direitos fundamentais.

No âmbito deste artigo, é polêmica e suscita grande relevância a questão da presença do dolo e da culpa nos fatos típicos previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92. A maioria dos autores considera que é necessário o dolo para caracterizar o tipo, ante a ausência de previsão da culpa. Sob esse aspecto, a interpretação da Lei de Improbidade deve ser feita aos olhos da Constituição que, como ensina Canotilho,²⁵ é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais, impondo, assim, recorrer ao texto constitucional em busca da determinação e apreciação do conteúdo intrínseco da lei. Dessa forma, diante de normas polissêmicas ou plurissignificativas, a preferência é para aquela interpretação que ofereça à norma um sentido que tenha conformidade com a Constituição.

A Constituição de 1988 está voltada, em todos os seus aspectos, para a implementação dos direitos fundamentais. É impossível permitir que a legislação infraconstitucional venha admitir lesão grave à dignidade dos administrados dada a prática impune de más administrações, oriundas da incompetência de seus agentes, “[...] de sua negligência contumaz para com as atividades de atendimento às prioridades básicas dos administrados, como são as definições de políticas públicas em áreas como saúde e assistência social”²⁶.

Ainda que os tribunais superiores e a doutrina majoritária²⁷ entendam que não há espaço no art. 11 da Lei de Improbidade para considerações de negligência, imperícia ou imprudência, tendo em vista que todos

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1.151.

26 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 207 p. 432.

27 Nesse sentido, entre outros autores: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 147; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 166; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1127.

os atos descritos são essencialmente dolosos²⁸, deve-se observar que esse ato de vontade consciente materializa-se através da reiterada conduta culposa, isto é, de uma omissão reiterada. A apuração dessa reiterada conduta culposa que resultou dolosa constituirá prova a ser utilizada pelo Ministério Público que, utilizando-se dos instrumentos existentes na legislação vigente na defesa dos interesses metaindividuais, como o inquérito civil público, iniciará uma investigação acerca da omissão do ente em executar os programas de saúde mental nacional, de acordo com sua respectiva demanda social.

Nesse sentido, ainda que o enquadramento na lei de improbidade exija culpa ou dolo por parte do sujeito ativo, quando o administrador deixa de implementar e manter os serviços de saúde mental em condições dignas, deste ato praticado já é possível verificar se, dentro de um juízo de reprovabilidade, a situação fática chegou ao conhecimento do agente e se este, desonestamente ou por intolerável incompetência, deixou de atuar dentro da vocação destinada a seu cargo, ferindo em consequência, os direitos dos pacientes administrados.

Frise-se que a aplicação da lei de improbidade exige bom senso acerca da real intenção do agente. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham o mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para os cidadãos. No caso, deve haver observância ao princípio da razoabilidade sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins²⁹. Para isso, não basta o julgador aplicar a sanção legal, mas

28 Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. PREFEITO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULAS 283 E 284/STF (...). 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 5. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 7. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5.3.2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2014. (STJ, REsp 1.660.398/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/06/2017).

29 Sobre tais princípios, leciona Carvalho Filho: “No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode

deve adotar uma postura que seja capaz de proporcionar punição aplicada aos objetivos buscados pela Constituição. Com esse raciocínio, objetiva-se acabar com a limitação da punibilidade de agentes públicos omissos, isto porque a Lei nº 8.429/1992 é um regime legal diferenciado, que se orienta por princípios constitucionais.

Há que se considerar que, por vezes, a lei regula determinadas situações em termos das quais resulta discricionariedade ao agente público, e isso ocorre porque, nessas situações, não é possível predeterminar de forma rígida a conduta ideal para atender ao interesse público. Sob esse aspecto, não se confunde discricionariedade com o arbítrio, pois entre as opções dadas ao administrador por margem de escolha, este somente poderá adotar o comportamento específico que melhor atenda o interesse público. É que a norma, nesses casos, prevendo a possibilidade de mais de uma opção numa determinada situação, prefere impor ao administrador o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

A partir desse raciocínio, restringir o elemento subjetivo da conduta exclusivamente ao dolo em hipótese de ofensa direta à dignidade da pessoa do paciente com deficiência mental, princípio matriz do ordenamento, é permitir que o administrador encontre respaldo na lei para descumprir direito fundamental e justifique sua conduta lesiva, escusando-se do dever de implantar o mínimo existencial. Este não é o espírito do Estado Democrático de Direito, com escopo na tutela de direitos fundamentais. Logo, a não efetivação da política pública de saúde mental em escala municipal por parte do agente político demanda análise do elemento subjetivo, uma vez que a referida conduta implicará, necessariamente, restrição do direito fundamental à autonomia, restrição da dignidade de indivíduos que, na maioria das vezes, desprovidos de familiares, são submetidos a longo período de internação em razão do prejuízo à estratégia de desinstitucionalização.

afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, ‘confluem ambos, pois, rumo ao (super)princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo’). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: 2009. p. 44.)

Em outras palavras, há direta e flagrante violação à dignidade da pessoa do paciente perpetrada pelo descaso do administrador frente à violação aos princípios da administração, em especial, o da eficiência e moralidade. A gravidade dessa ofensa não passa despercebida aos olhos desse, isto porque, *se podem os agentes políticos* “[...] ter consciência das condutas proibidas no que se refere a usufruir das benesses do poder [...] é evidente que podem, também, ter a clareza de que suas atitudes, ou a falta delas, no caso da omissão, causam graves danos à população”³⁰.

Portanto, impõe-se o enquadramento do tipo previsto no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, incorrendo em improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais o agente público que se omite no seu dever de zelar pelo direito fundamental à saúde, revelando uma conduta dolosa mascarada pela perpetuidade de sua inércia. Verifica-se, claramente, que o prejuízo aos administrados e, em consequência, ao interesse público encontra-se na própria conduta omissiva reiterada que submete o cidadão a uma situação de insegurança.

A omissão reiterada é brutal empecilho que inviabiliza a desinstitucionalização traçada pela Lei nº 10.216/2001 e ofende aos ditames da Lei nº 13.146/15, impondo nítido obstáculo ao pleno exercício, pelo paciente, do direito à autonomia, com verdadeira afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apesar de seus interesses estarem protegidos pela lei, na prática, o administrado somente conseguirá o reconhecimento desta proteção através de decisão judicial, isso se já não houver dano irreparável ou de difícil reparação ao cidadão, que tem, de pronto, direito a esta proteção.

Caracterizada a omissão do poder público no cumprimento do seu dever constitucional de garantir saúde aos governados, tal fato não pode passar despercebido pelo Poder Judiciário, que tem a função social e constitucional de assegurar o direito a quem é de direito quando a Administração Pública não atende às finalidades para as quais foi criada. Não se trata de invasão da esfera de competência do administrador quando se almeja efetivar através da tutela jurisdicional os direitos constitucionais dos cidadãos, dever do ente público. A possibilidade de controle pelo Judiciário se dá, na hipótese, através de ação iniciada pelo Ministério Público que enseja, na prática, a responsabilização do agente público através de condenação judicial.

30 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em Políticas Públicas*. Curitiba: Jurua, 207 p. 430.

5. CONCLUSÃO

Após a análise de todo o conteúdo desenvolvido neste trabalho, cumpre destacar as principais ideias que norteiam a improbidade administrativa na implementação de políticas públicas, de forma a dar efetividade à lei e à Constituição Federal no que se refere aos atos do administrador público. Nesse contexto, propõe-se a contribuição, no âmbito do controle da atividade administrativa, a redução de graves danos causados ao Erário, especialmente, quando os cidadãos são privados do exercício de direitos fundamentais não realizados pelo Estado através de prestações públicas.

O plano das políticas públicas é de grande relevância, porque está ligado ao resguardo dos direitos sociais e políticos e demandam do Estado a efetivação de direitos. Nesse sentido, a formulação e a execução de políticas públicas dependem de opções políticas daqueles legalmente investidos de representação popular, e a liberdade de atuação destes encontra limites na lei e na própria Constituição. Dessa forma, o administrador público que elege políticas públicas em desobediência à lei e à Constituição Federal omite-se diante dos anseios da coletividade e quebra o dever de probidade administrativa, atentando contra os princípios da Administração Pública, em especial, os da boa administração, da eficiência e da moralidade. Como consequência, no mecanismo de controle da gestão pública, a inobservância a esses preceitos, por dolo ou culpa, coloca em destaque o plano normativo estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

Na esfera de discricionariedade, não há que se falar em margem de liberdade do administrador quando se está diante da tutela do direito à saúde e à vida das pessoas, direitos fundamentais indisponíveis e de tutela obrigatória por parte do Poder Público. É inconcebível imaginar que ao poder público cabe escolher se vela pela saúde de sua população ou se a mantém em risco. Ademais, parece que os entes municipais não se preparam para cumprir sua destinação constitucional, resistindo o mais que podem em tornar efetivos os direitos sociais.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas para que o ente municipal cumpra com os seus deveres, atuando dentro dos limites de suas competências constitucionalmente impostas na prestação do serviço de

saúde pública, dando efetividade ao Plano de Desinstitucionalização, que reconhece a extrema vulnerabilidade das pessoas portadoras de doenças mentais, e a essencialidade da implementação de prestações positivas tendentes à proteção dessas pessoas. Trata-se de um dever do exercício da função jurisdicional para garantia de tal direito subjetivo, descrito na Lei nº 10.216/01 e detalhado nas Portarias do Ministério da Saúde, que tratam dos Serviços Residenciais Terapêuticos e dos Centros de Atenção Psicossocial, de exercer a guarda da Constituição e conferir efetividade aos direitos lesionados ou ameaçados de lesão.

Nesse contexto, é inadmissível relativizar a obrigação do Poder Público, na pessoa do administrador, de responder como qualquer outra pessoa titular de direitos e obrigações por suas ações e omissões, sendo fundamental a atuação do Poder Judiciário em alcançar a conduta típica do administrador, enquadrada no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92, através da apuração em inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, proporcionando a satisfação do direito violado.

Os 27 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa demonstram avanços inegáveis, porém, não pode a alegação de indeterminabilidade da norma servir de obstáculo para invalidar atos e punir agentes que não cumpram adequadamente os fins constitucionais voltados à aplicabilidade dos postulados e princípios da lei fundamental. O administrador público que reitera sua omissão manifesta verdadeira preferência à situação degradante vivenciada por seus administrados e expõe absoluta ausência de vontade política. Sua conduta transborda a esfera da culpa e reveste-se de dolo mascarado, moldando-se, perfeitamente, na delimitação conceitual de improbidade caracterizada pela conduta desonesta.

Portanto, em razão do atentado contra os princípios da Administração Pública, em especial, a eficiência e a moralidade, impõe-se o enquadramento no tipo previsto no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92. Sem prejuízo das demais sanções, é necessário promover, nos moldes do art. 12, inciso III, do mesmo diploma a perda do cargo do administrador que impôs óbice à liberdade dos administrados e deixou de atender as necessidades vitais destes. Ao Ministério Público, atento à realidade social, cabe a iniciativa da ação de improbidade em face daquele que se escusou do dever inerente ao cargo que lhe foi concedido como forma de afirmação do Estado Democrático de Direito, com escopo na tutela de direitos fundamentais e na dignidade da pessoa.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. In: *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Editora Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei 8.429/92 e do DL 201/67*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo:Saraiva, 2015.

PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (December 1, 2013). Scientia Iuridica, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2363398>> Acesso em: 17 Ago 17.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, C. 2006. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, ano 8, n.16.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TENÓRIO, F. Por uma assistência psiquiátrica em transformação: conhecer para cuidar. UFRJ: n° 3 e 4. *Cadernos IPUB*, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A Necessária Releitura da Súmula 444 do STJ à Luz da Concepção Atual do Princípio da Presunção de Inocência

Anderson de Paiva Gabriel

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito 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). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC).

RESUMO: A concepção atual do princípio da presunção de inocência, ratificada pela recente jurisprudência do STF, bem como o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88), ensejam a reinterpretação da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos, afastando-se tão somente a utilização de inquéritos policiais e ações penais deflagradas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional. Igualdade substancial. Presunção de inocência. Individualização da pena.

ABSTRACT: The current conception of the principle of the presumption of innocence, ratified by the recent jurisprudence of the STF, as well as the fundamental right of substantial equality (article 5, CRFB / 88) and the constitutional guarantee of adequate individualization of the sentence (article 5, XLVI, CRFB / 88), lead to the reinterpretation of STJ's Judicial Precedent 444, allowing criminal convictions, even in the first degree, to be valued in the dosimetry of other proceedings, with only the use of police investigations and criminal proceedings being refuted.

KEYWORDS: Constitutional right. Substantial equality. Presumption of innocence. Individualization of the sanction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Súmula 444 do STJ e seus precedentes. 3. A recente jurisprudência do STF e a concepção atual da presunção de inocência. 4. A presunção de inocência, o princípio da isonomia na vertente substancial e a devida individualização da pena. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, cumpre salientar que a tese ora apresentada foi debatida e aprovada na plenária do XXXIII Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado entre os dias 24 e 26 de junho. Destaque-se, ainda, o endosso e apoio do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC').

Eis a proposição:

“A concepção atual do princípio da presunção de inocência, ratificada pela recente jurisprudência do STF, bem como o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88), ensejam a reinterpretação da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos, afastando-se tão somente a utilização de inquéritos policiais e ações penais deflagradas”.

1 <https://fonajuc.com.br/>

2. A SÚMULA 444 DO STJ E SEUS PRECEDENTES

Passamos a esclarecer as razões que impelem a releitura sumular:

O Superior Tribunal de Justiça publicou, no ano de 2010, a Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)”.

Nesse sentido, cabe trazer à baila alguns dos precedentes que deram origem à referida súmula:

“Consta da sentença [...]: existência de antecedentes criminais do réu, sem, contudo, configurar reincidência, vez que sua folha de antecedentes consigna anotação relativa ao delito de tráfico ilícito de entorpecente [...] fixo sua pena-base acima do mínimo legal’. Tal entendimento, todavia, está em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual ‘Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo’[...]” (HC 142241 RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

“[...], considerou-se em seu desfavor os antecedentes, em virtude da existência de um outro processo em andamento; ... Entretanto, equivocou-se o ilustre sentenciante ao considerar que o réu registra outra incidência, ao que parece processo em andamento, pelo crime de receptação, circunstância que não pode ser sopesada como antecedentes. Após a Constituição da República de 1988, antecedentes devem resultar de decisão condenatória transitada em julgado, sendo que processos em andamento, ou inquéritos não podem servir para agravar a pena do réu, nem mesmo para se considerar que ele possui má conduta social, ou personalidade deformada, porquanto poderá, no final dos processos, ser absolvido. A condenação só produz qualquer efeito, em relação ao apenado, após o seu trânsito em julgado, sendo abundante a jurisprudência neste sentido, tanto do Supremo

Tribunal Federal, como deste Sodalício: ‘O ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar elevo jurídico-legal a circunstância que meramente evidencie haver sido, o réu, submetido a procedimento penal persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado qualquer título penal executório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (Cf.art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento - a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído. (STF- HC 68465-3. Rel. Ministro Celso Mello. DJU de 21.02.1992, p. 1694).’ PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Ressalvado o ponto de vista deste relator, manifestado nos autos do HC 39.515/SP, cujo acórdão foi publicado em 9/5/2005, a *contrario sensu*, resta assentada a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que ‘viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do

regime prisional’ (REsp 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13/12/2004, p. 454), e que, ‘Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial’ (HC 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 6/12/2004, p. 368). ... (HC 81866 DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 325)

Com efeito, o entendimento foi reiterado, em dezembro de 2014, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 591.054 - 6 votos a 4)², decorrendo da concepção hipertrofiada de presunção de inocência que prevalecia na época.

No entanto, a questão nunca foi devidamente sepultada, e o próprio Pleno do STF, durante o julgamento do HC 94.620 e HC 94.680 (realizado em 24/06/2015)³, já havia aventado a possibilidade de virada jurisprudencial e superação do entendimento fixado em repercussão geral no bojo do RE 591.054.

2 RE 591.054. Na ocasião, por 6 votos a 4, o plenário do STF entendeu que “[...] ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”.

3 Conforme publicado no Informativo 791 do STF: “Princípio da não-culpabilidade: processos em curso e maus antecedentes. O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu, em parte, a ordem em dois “habeas corpus”, para determinar ao juízo das execuções penais que proceda ao novo cálculo da pena imposta aos pacientes, devendo considerar como circunstâncias negativas, na primeira fase da dosimetria, somente a culpabilidade e as consequências do crime. Em ambos os casos, discutia-se a possibilidade de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado poderem ser considerados como elementos caracterizadores de maus antecedentes — v. Informativo 538. Prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki. Salientou recente posicionamento do STF a respeito do tema, firmado no julgamento do RE 591.054/SC (DJe de 25.2.2015), com repercussão geral, no sentido da impossibilidade de se considerar esses elementos como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Salientou, ainda, que no HC 94.620/MS, também haveria outra discussão, a respeito da admissibilidade de alegações genéricas — de que o agente possuiria conduta inadaptada ao convívio social e personalidade voltada para o crime, e de que as circunstâncias e motivos seriam deploráveis — embasarem a reprimenda do paciente. Reputou que essa fundamentação genérica também não poderia ser considerada para esse fim. Os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente e relator) — que reajustou seu voto —, Teori Zavascki, Edson Fachin e Rosa Weber, embora ressaltassem seu entendimento pessoal, acompanharam a orientação firmada no recurso com repercussão geral, em respeito ao princípio da colegialidade. Vencidos a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, que denegavam a ordem em ambos os casos. Por fim, o Tribunal, tendo em conta as manifestações proferidas e o fato de se tratar de “habeas corpus”, pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no precedente em repercussão geral, em recurso extraordinário a ser oportunamente submetido à apreciação da Corte. HC 94620/MS rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. (HC-94620); HC 94680/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. (HC-94680)”.

3. A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF E A CONCEPÇÃO ATUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Compulsando a recente jurisprudência do STF⁴, todavia, já se mostra imperiosa a reinterpretação da Súmula 444 do STJ para considerar que

4 “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado” (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016).

“MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o princípio de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida” (ADC 43-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 05/10/2016).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria” (ARE 964.246, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016).

apenas as ações penais em que ainda não tenha sido proferida sentença condenatória não se mostram hábeis a forjar antecedentes.

Não pode a magistratura, atenta à criminalidade profissional que assola a pátria, equiparar pessoas que nunca responderam e não respondem a nenhum processo criminal a outros que registram condenação, ainda que em 1º grau, em sua folha de antecedentes criminais, sob pena de se vili-pendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88).

Afinal, se igualdade é tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na célebre definição de Aristóteles, nada mais injusto que se considerar merecedores de uma mesma pena-base um cidadão que nunca sequer foi parar em uma Delegacia ou Juízo Criminal e outro que já tenha sofrido condenação.

Aliás, essa concepção de igualdade já é muito defendida pelo STF:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1... 7. ... Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. ... 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (Processo ADI 3330 - Relator(a) AYRES BRITTO - Plenário, 03.05.2012)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. AUSÊNCIA DE REGRAS DE TRANSIÇÃO DESTINADAS A SOLUCIONAR SITUAÇÕES LÍMITROFES NÃO ABRANGIDAS PELOS NOVOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. MINIS-

TÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INGRESSO NA CARREIRA. INSCRIÇÃO DEFINITIVA NO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE, EMBORA NÃO POSSUÍSSE OS TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA EXIGIDOS PELO ART. 129, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, ERA PROMOTORA DE JUSTIÇA DE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO [ART. 128, I e II, DA CB/88]. PRINCÍPIO DA IGUALDADE [ART. 5º DA CB/88]. A IGUALDADE CONSISTE EM TRATAR-SE DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS. ORDEM DEFERIDA. 1. ... 5. **A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (Processo MS 26690 - Relator(a) EROS GRAU – STF - Plenário, 03.09.2008).**

Cumpra salientar que não se está a sustentar que o fato de determinado indivíduo já ter sido indiciado, ainda que em vários inquéritos, ou ter contra si deflagradas várias ações penais, conforme compreensão majoritária, seja usado como motivo para aumentar a pena-base a título de antecedentes, ante o princípio constitucional da não culpabilidade.

Mas sim a possibilidade de que, a partir da condenação em 1º grau, resem configurados os antecedentes, com aptidão para serem valorados na dosimetria de outro processo. Posição esta que inclusive se alinha com várias das manifestações dos ministros da Suprema Corte no julgamento do HC 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Ora, se é possível executar a pena a partir da condenação em segundo grau, por certo se mostra imperioso reconhecê-la em outro processo a título de antecedentes. No entanto, à luz do entendimento preconizado, já se mostra razoável e adequado que a condenação em 1º grau se mostre suficiente para tal valoração, ainda que não possibilite a execução imediata da pena.

Consoante trechos da notícia publicada no próprio site do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>):

“A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, ministro Edson Fachin, no sentido da ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento da pena após confirmação da condenação em segunda instância⁵.

O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator. Segundo seu voto, em quase 30 anos desde a edição da Constituição Federal de 1988, apenas durante sete anos, entre 2009 e 2016, o STF teve entendimento contrário à prisão em segunda instância. “Não há nenhuma ilegalidade ou abuso de poder que permitiria a concessão do habeas corpus”, afirmou. “A decisão do STJ, ao acompanhar e aplicar a decisão do Supremo, agiu com total acerto. A presunção de inocência, todos sabemos, é uma presunção relativa”.

Seguindo os fundamentos do relator, o ministro Roberto Barroso destacou os efeitos negativos trazidos pela posição contrária, adotada pelo STF entre 2009 até 2016, sobre o tema da prisão provisória, que, a seu ver, incentivou a interposição infundável de recursos protelatórios para gerar prescrição, impôs a seletividade do sistema ao dificultar a punição dos condenados mais ricos e gerou descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. Barroso citou números segundo os quais a reversão do resultado em favor do réu em recursos interpostos nos tribunais superiores chega a pouco mais de 1% do total. “É ilógico, a meu ver, moldar o sistema com relação à exceção e não à regra”, afirmou.

*Também para o ministro Luiz Fux, a presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não impede a execução provisória da pena. “**A presunção de inocência cessa a partir do momento em que, por decisão judicial, se considera o réu culpado**”, disse. A necessidade de trânsito em julgado para que se possa efetivar uma prisão, segundo Fux, não está contemplada na Constituição. “Interpretar de forma literal o dispositivo é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal”.*

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>, último acesso em 06/05/2018, e <https://veja.abril.com.br/politica/ao-vivo-stf-julga-habeas-corpus-contra-prisao-de-lula/>, último acesso em 06/05/2018.

A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, manteve a posição que manifestou em 2009, quando o Tribunal mudou seu entendimento para adotar a necessidade de trânsito em julgado para se admitir a execução da pena. Segundo ela, o que se discute nesse tema é a chamada antecipação da execução penal quando já esgotados os recursos ordinários. “O processo penal possui fases, e o que se admite no caso é que haja também uma gradação na forma de execução”, observou.

O cumprimento da pena após o duplo grau de jurisdição não representa, no seu entendimento, ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade, uma vez que atende ao desafio de não criar um déficit judicial sem prejudicar as garantias da ampla defesa. “Admitir que a não culpabilidade impossibilita qualquer atuação do Estado pode levar à impunidade”, afirmou, observando que se, por um lado, a Constituição Federal assegura direitos fundamentais, por outro garante a efetividade do direito penal e da aplicação da pena de prisão.

Assim, a nosso sentir, a existência de condenação não definitiva importa em maus antecedentes, sem que isso importe em afronta ao princípio da presunção da inocência. Com efeito, o agravamento da pena em virtude de condenação anterior é uma das mais efetivas maneiras de se aplicar o princípio constitucional da individualização das penas, consubstanciando a isonomia na dimensão material e, portanto, Justiça.

Justifica-se essa assertiva na medida em que nenhum direito fundamental é absoluto. Tampouco são absolutos os princípios constitucionais.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA VERTENTE SUBSTANCIAL E A DEVIDA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na *vexata quaestio* posta, ao princípio da presunção da inocência se opõe o princípio da isonomia, na medida em que não se pode dedicar ao sujeito que já foi objeto de uma sentença penal condenatória, ainda que sujeita a reexame por força de recurso voluntário, o mesmo tratamento dispensado ao réu que ostenta uma FAC imaculada.

Neste ponto, impõe-se tecer breves considerações a respeito da ponderação dos valores e princípios constitucionais em colisão.

Em sede de colisão de direitos fundamentais, podemos nos deparar com duas situações:

(a) colidência entre direitos fundamentais diversos exercitados por titulares diferentes (colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito) e;

(b) colisão entre interesses individuais tutelados como direitos fundamentais e outros valores e interesses comunitários igualmente abrigados na Constituição.

A solução desses conflitos pode processar-se de duas formas:

(a) através da atuação do legislador infraconstitucional, impondo previamente restrição a um dos direitos fundamentais, desde que a Lei Fundamental contemple expressa ou tacitamente autorização (reserva legal) e seja preservado o núcleo essencial do direito limitado e;

(b) uma vez ausente a restrição legislativa prévia, pela interveniência do Poder Judiciário, mediante balanceamento, no caso concreto (peso específico), dos direitos fundamentais que se apresentam em discrepância, já que estes, em regra, são outorgados por normas jurídicas com características de princípios.

Ao ponderar direitos fundamentais em colisão, o intérprete-aplicador deverá, inicialmente, atentar para o *Tatbestand* (âmbito de proteção)⁶ dos direitos envolvidos, pois pode acontecer que a forma de exercício de determinado direito fundamental se encontre fora de seus limites imanescentes, hipótese em que o confronto será apenas aparente.

Superado esse exame preliminar, na eventualidade de persistir o confronto, então, deverá o intérprete-aplicador lançar mão, dentre outros, dos princípios doutrinários da unidade da constituição (enfoque contextualizado das normas em discrepância, considerando que a Constituição existe como um todo), da concordância prática (harmonização dos direitos fundamentais e valores constitucionais através de um juízo de ponderação voltado para a concretização e preservação máxima dos mesmos) e da proporcionalidade (efetivação, no caso concreto, do princípio da concordância prática).

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.

Àqueles que opõem objeções à ponderação dos valores e princípios constitucionais em colisão, alegando que se acha adstrita ao arbítrio do sujeito que a realiza, dando margem ao subjetivismo e ao decisionismo judicial, Robert Alexy⁷ contra-argumenta com argúcia: “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente”.

Assim, de fato, à luz da jurisprudência atual, quando o réu está simplesmente respondendo a outro inquérito ou processo, deve assumir um “peso” maior o princípio da presunção da inocência (presunção de não culpabilidade). É que neste caso, eventual juízo negativo dos seus antecedentes restará ancorado em elementos de convicção precários.

Contudo, emerge imperiosa convicção de que o princípio da isonomia deve prevalecer sobre o princípio da presunção da inocência na hipótese da prolação de sentença penal condenatória recorrível. Afinal, já há uma manifestação do Poder Judiciário sobre o mérito, com percuente análise da materialidade e autoria que importa em evidente reconhecimento da culpa e, portanto, merece ser prestigiada e valorada em outros processos.

Corroborando o entendimento ora esposado, saliente-se alguns fragmentos da manifestação oral do Ministro Luís Roberto Barroso⁸ no supramencionado HC:

“A esse propósito, como lembrou a Ministra Ellen Gracie em 2009, foi reiterado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki em 2016, lembrado por mim e repetido pelo Ministro Gilmar Mendes aqui em plenário no mesmo julgamento, praticamente nenhum país civilizado do mundo exige isso. Em diversos países a execução da condenação se dá após o 1º grau e no restante se dá em 2º grau. Mais que isso, os principais documentos e convenções de direitos humanos do mundo tampouco exigem o trânsito em julgado⁹.

7 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3ª Ed. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 159.

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf> e <http://luisrobertobarroso.com.br/votos-e-decisoes/>, último acesso em 14/04/2018.

9 **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as

A presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. *Princípios*, ao contrário das regras, não descrevem condutas, mas apontam para estados ideais a serem alcançados, como justiça, dignidade humana, eficiência. São mandados de otimização dirigidos ao intérprete, que deve aplicá-los na maior extensão possível, levando em conta outros princípios e a realidade fática. Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

Quais são os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes, como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o seu peso máximo. Com o recebimento da denúncia, esse peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); **Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos** (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); **Declaração Islâmica dos Direitos Humanos** (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica** (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de *absoluções*, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante.

Veja-se, então, em resumo: aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. Subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade.

Eu entendo e respeito quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas por essa lógica, deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços, há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos. E tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

Segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sob a coordenação do Ministro Rogerio Schietti, os números em relação aos recursos especiais perante o Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade de se tornar a mudar a jurisprudência firmada nessa matéria. A pesquisa foi realizada, a meu pedido, entre 1º.09.2015 a 31.08.2017,

envolvendo as decisões das duas Turmas Criminais do Tribunal (a 5ª e a 6ª). Foram pesquisadas 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recurso especial.

Pois bem: o percentual de absolvição em todos estes processos foi de 0,62%. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. Os outros percentuais foram: prescrição – 0,76%; diminuição da pena – 6,44%; diminuição da pena de multa – 2,32%; e alteração de regime prisional – 4,57%.

Veja-se, então: a soma dos percentuais de absolvição e de substituição da pena é de 1,64%, revelando o baixo número de decisões reformadas que produzem impacto sobre a liberdade dos condenados. Diante desses dados, é ilógico, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.

Sepultando qualquer dúvida, traga-se à baila excertos do voto do Ministro Luiz Fux¹⁰, também ilustre Professor Titular de Processo da gloriosa UERJ, no supracitado HC 152.752:

“O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente.

Cumpre, ainda, acrescentar uma análise da história de interpretação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF. Ela se divide em três períodos: de 1988 até 2009; de 2009 a 2016; desde 2016 até o momento atual. As sucessivas alterações deveram-se: 1) à influência do garantismo na interpretação ampliativa, em 2009; 2) à influência do consequencialismo na interpretação restritiva, em 2016.

Concluiu-se, a partir das citações que informaram o julgamento do HC 126.292, que para a proteção dos direitos fundamen-

10 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>, último acesso em 14/04/2018.

tais do homem e defesa dos valores democráticos, o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade, demanda, tão somente, que sejam produzidas provas da culpa do acusado, como condição para sua condenação, não significando, portanto, que alguém, somente por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade.

Mais ainda: verificou-se, naquele julgamento, que na maioria dos países democráticos, o título condenatório constitui fundamento suficiente para o encarceramento, dotado de força legítima *per se*, sem submetê-lo a fundamentos cautelares característicos da prisão que antecede o julgamento de mérito.

O salutar amadurecimento institucional do país recomenda a interpretação da presunção de inocência sem sobrepor-lo a todos os demais princípios e direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.

De acordo com as lições de PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nessa última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mudanças sociais. *In verbis*:

“[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude

disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados, em geral, devem ser minimamente convergentes”.

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. Permissa venia, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do HC 84.079 reproduziu compreensão que, embora adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões.

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência não deve ser tida como absoluta, cedendo ante requisitos qualificados como os exigidos para a condenação em segundo grau de jurisdição.

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país.

Em outras palavras, ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do âmbito normativo vigente, ou se anulará a força normativa do sistema jurídico, mediante análise puramente formalista, divorciada da realidade social que pretende regular.

Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data máxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.

A verdade é que a jurisprudência do STF nessa matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um

forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na compreensão da presunção de inocência, em aparente descaso com a realidade subjacente de elevada criminalidade em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas do poder político.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.

POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.

A toda evidência, não se está a defender uma obediência ou submissão irracional às demandas populares ou midiáticas. O que se propõe é um movimento da Corte em direção a compreensões juridicamente fundamentadas na Constituição, voltadas à concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de *sentimento constitucional*, de maneira a fortalecer a própria legitimidade democrática do constitucionalismo.

Qual seria, então, o alcance do princípio da presunção de inocência? O que a Constituição garante ao indivíduo, ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória?

Juridicamente, o conceito de “presunção” está associado ao de prova. Cuida-se de dispensar a prova de determinado fato, que se presume verdadeiro com base na sua aparência. A presunção de inocência, portanto, significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obri-

gado a provar que é inocente, porque a inocência se presume. Cuida-se, porém, diante da unidade do Direito, de presunção *juris tantum*, ou seja: presume-se que o réu é inocente, mas admite-se prova em contrário.

Daí porque parte da significação do princípio em análise liga-o à sua eficácia como regra processual, voltada a “*garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa*” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 46. Ou seja: “*para quebrar tal regra [da presunção de inocência], torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu*” (NUCCI, 2012, p. 46).

Considera-se a presunção de inocência um “*desdobramento do princípio do devido processo legal, no qual são assegurados o contraditório, a ampla defesa e que ninguém seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88)*” (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance*. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 327/342).

Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos.

São vários os casos em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno.

Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência do ordenamento jurídico como um todo e ao reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de absoluta anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social.”

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, imperioso constatar a necessidade de releitura da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos. Tal conclusão encontra alicerces na atual concepção do princípio da presunção de inocência, consagrada na recente jurisprudência do STF, bem como nos princípios da isonomia na vertente substancial e da efetiva individualização da pena. Assim, a exasperação da pena não pode se lastrear em inquéritos policiais e ações penais em andamento, isto é, que ainda estejam na fase de instrução e sem o reconhecimento jurisdicional de culpa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3.ª Ed. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 159.

BARROSO, Luis Roberto. *Voto no julgamento do HC 152.752 pelo STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf> e <http://luisrobertobarroso.com.br/votos-e-decisoes/>, último acesso em 14/04/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.

FUX, Luiz. *Voto no julgamento do HC 152.752 pelo STF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>, último acesso em 14/04/2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes.

POST, Robert; SIEGEL, Eva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968

SCHMITT, Ricardo Augusto. Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 327/342).