

ISSN 1413 - 2605

UFRN/CCSA

v. 4 – n. 8
JUL./DEZ./98

REVISTA JURÍDICA
IN VERBIS

ISSN 1413 – 2605

**REVISTA JURÍDICA
*IN VERBIS***

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNIVESIDADE FEDERAL DO RIO
GRANDE DO NORTE

APOIO

UNIVESIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

EDITORA DA UFRN – EDUFRN

In Vebis	Natal	v.4	n.8	p.177	jul./dez./98
----------	-------	-----	-----	-------	--------------

Tiragem desta edição: 300 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta, desde que seja citada a fonte.

Toda correspondência para a revista deverá ser endereçada para:

**PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA
DIRETORA DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
AVENIDA SAALGADO FILHO, CAMPUS UNIVERSITÁRIO, NATAL – RN
CEP 59072-970 NATAL/RN**

REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS*

v.4, n.8 (jul.dez. 1998)

Natal: Editora da UFRN – EDUFRN, 1998-

Semestral

1. Direito – Periódico. I. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

CDU - 34

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO
REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS***

REITOR
JOSÉ IVONILDO RÊGO
VICE-REITOR
ÓTOM ANSELMO DE OLIVEIRA

DIRETORA DO CCSA
MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA
VICE-DIRETORA DO CCSA
MARIA DA LUZ GÓIS CAMPOS

PROFESSORES CONVIDADOS
ADILSON GURGEL DE CASTRO
EDILSON ALVES DE FRANÇA
ELKE MENDES CUNHA
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA
FRANCISCO BARROS DIAS
HERBÀT SPENCER B. MEIRA
IVAN LIRA DE CASTRO
JOSÉ DINIZ DE MORAES
JOSÉ TAUMA TURGO DA ROCHA
LUÍS ALBERTO DANTAS FILHO
LUÍS ALBERTO GURGEL DE FARIA
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
MARIA DOS REMÉDIOS FONTES
PAULO LOPO SARAIVA
PAULO ROBERTO DANTAS DE SOUZA LEÃO
PEDRO SIMÕES NETO
RICARDO WAGNER DE SOUZA ALCÂNTARA
ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA
TATIANA MENDES CUNHA
VLADMIR DA ROCHA FRANÇA
WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

COMISSÃO EDITORIAL
JESSICA CARVALHO MORRIS
KAREN VASCONSELOS DOS SANTOS
PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR
VÍVIAN MARASSI DE SOUZA ALMEIDA

CAPA
NAPOLEÃO NUNES
BICO-DE-PENA – FACULDADE DE DIREITO DA UFRN – 21/03/1956

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR

EDITORIAL

Mais uma revista pronta, mais um desafio superado. O nascer é belo, conquanto doloroso mas com certeza é sempre gratificante. Assim, a criação de cada Revista deixa marcas em seus colaboradores. Os articulistas sofrem com a ansiedade de saber se seus artigos serão ou não aprovados. O Conselho Editorial, por sua vez, se rebate com os artigos a serem examinados, com a verba para a Revista, com a gráfica e também com o lançamento e circulação. Superado todos os entraves, aqui estamos novamente com a ajuda de Deus e com o auxílio dos homens. Valeu todo o sacrifício.

O lançamento do último número, que ocorreu no auditório José Augusto Delgado (JFRN), foi um sucesso. Tivemos a presença da ilustre Professora Flávia Piovesan, que nos cativou com o seu entusiasmo, conhecimento e simplicidade. A ela e a todos os que compareceram e prestigiaram o evento, os mais sinceros agradecimentos.

Queremos ainda reforçar a existência da sala da *In Verbis*, uma sala que nos foi cedida pelo Centro Acadêmico do Curso de Direito. Mantemos ali pequeno estoque de exemplares anteriores da revista, assim como documentos e artigos que foram submetidos a análise sem no entanto terem sido publicados. Sobre esse assunto, merece lembrança ainda o fato de que os alunos, até o prazo de sessenta dias após a divulgação dos resultados, têm a possibilidade de checar os questionários referentes aos seus trabalhos, tudo para que não existam dúvidas sobre a clareza e transparência do processo seletivo.

Importante ressaltar que o nível dos artigos vem se elevando, o que demonstra a capacidade e o desempenho acadêmico dos alunos do curso, dando-nos a certeza de que estamos no caminho certo pois bons profissionais estão sendo formados para combater com veemência muitas das críticas que nossa classe de juristas tem sofrido. Como consequência da elevação do nível aponta-se o crescimento da concorrência, pelo que o Conselho Editorial decidiu alterar as regras para publicação, constando tais mudanças do final do presente número.

Infelizmente, em virtude da greve e das férias fora de tempo, este número não saiu no prazo pretendido, deixando alguns acadêmicos um pouco desapontados e ansiosos. Fazemos aqui uma meã culpa sem deixar de ressaltar a seriedade desta Revista e o compromisso do Conselho Editorial em fazer um trabalho consciente e sem farsas ou privilégios.

Agradecemos ao apoio dos nossos patrocinadores: o Escritório de Advocacia Gurgel e Associados, a Escola de Magistratura do RN, o Escritório de Advocacia Diógenes da Cunha Lima e o Hotel Vila do Mar. Sem eles as dificuldades seriam bem maiores.

Nosso desejo é por ocasião do presente número o sucesso do passado se repita em proporções mais ampliadas.

A COMISSAO EDITORIAL

SUMÁRIO

O CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Adriana Fernandes Lima

TÍTULOS DE CRÉDITO: PRINCÍPIOS QUE REGEM A MATÉRIA. ANTEPROJETO. RESSAIBOS TEÓRICOS

Giorgio Erick Sinedino de Araújo

PONDERAÇÕES ACERCA DA ILEGITIMIDADE DA LEI N.º9.605/98, QUE DISPÕE SOBRE OS CRIMES AMBIENTAIS

Janaína Félix Barbosa

O DIREITO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR SOB A ÓTICA JURÍDICA ROMANA E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Kildare Cley Marinho de Souza e Ricart César Coelho dos Santos

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DAS VAGAS DE GARAGEM NOS CONDOMÍNIOS EM EDIFICAÇÕES (PROPRIEDADE HORIZONTAL)

Leifson Gonçalves Holder da Silva

O PRINCÍPIO DA VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO CIVIL

Lucy Figueira Peixoto

VIOLÊNCIA POLICIAL: O ESTADO QUE MATA

Marco Bruno Miranda Clementino

MONISMO E PLURALISMO JURÍDICO: APONTAMENTOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

Paolo Alves Dantas Terraguso

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS QUANTO A SUA EFETIVIDADE FRENTE AOS OBJETOS SUBSTANTIVOS MOTIVADORES DE SUA CRIAÇÃO

Renata Lúcia Medeiros de Albuquerque

A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NÃO ADVINDOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Robson Maia Lins

A QUESTÃO ÉTICA NO ABORTO

Vidalvo Silvino da Costa

PARA DIFERENCIAR O DOLO EVENTUAL DA CULPA CONSCIENTE

Vivian Marassi

Normas para Apresentação de Artigos

O CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Adriana Fernandes Lima
Acadêmica do 10º Período da UFRN.

1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO E MORAL. 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 4. CONCEPÇÃO HODIERNA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 5. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 6. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 7. VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 8. CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A partir da evolução acerca da distinção entre Moral e Direito, apresentada por Hans Kelsen, Kant e Christian Thommasius, é que surgiram os primeiros posicionamentos doutrinários pertinentes à Moralidade.

Quanto à Moralidade Administrativa, o mérito pela sua atual e expressiva situação pertence a Maurice Hauriou e seus discípulos, Henri Welter e Lacharrière, cujos estudos muito contribuíram para a garantia do conceito ético no âmbito Administrativo.

Entende-se por Moralidade Administrativa o princípio jurídico composto por regras éticas de bem administrar, visando distinguir não só o bem do mal, o justo do injusto, mas também o honesto do desonesto.

Os agentes da Administração Pública, no exercício de suas atribuições, devem sempre respeitar os requisitos impostos pela lei para a formação perfeita de seus atos – os chamados atos vinculados –; ou, então, poderão optar entre as várias situações elencadas pela norma e, utilizando-se de conveniência e oportunidade, identificar a que melhor atenda ao fim público – os chamados atos discricionários.

Agindo de outra forma, abusarão os Agentes do poder que lhes é conferido como fim único de atender às necessidades coletivas, havendo, então, desvio de suas finalidades públicas. É nesse aspecto que o Poder Judiciário pode influir para corrigir vícios desmoralizadores da Administração Pública.

A Constituição Federal vigente, em seu artigo 37, *caput*, coloca a moralidade administrativa como um pressuposto de validade para os atos emanados dos agentes públicos e, no seu artigo 5º, LXXVIII, conferiu aos cidadãos o poder de exigir ética no exercício da Função Pública, por meio de um instrumento eficaz chamado “Ação Pública”. Portanto, o Poder Judiciário, auxiliado pela fiscalização popular, é capaz de garantir que a moralidade na Administração Pública não seja apenas letra morta.

Destarte, no que concerne à exigência ética na questão da coisa pública, o grande avanço conquistado pela doutrina foi o que fez o interesse em discorrer sobre o Controle Jurisdicional da Moralidade Administrativa.

Mesmo porque, hodiernamente, embora a Moral pública seja preceito exigido em texto constitucional, os agentes responsáveis pela boa Administração Pública, às claras, desmoralizam a avançada estrutura Administrativa arduamente conquistada por nossas gerações passadas.

Buscando um melhor discernimento da evolução, objeto, limites e restrições do atual controle jurisdicional da moralidade administrativa, é que foi elaborado o presente ensaio.

Inicia-se traçando uma rápida trajetória da Moral pela história, apontando os nomes que marcaram a intromissão da ética no mundo jurídico. Logo depois, procurar-se-á esclarecer no que consiste o preceito abstrato da Moralidade administrativa e o posicionamento do controle jurisdicional dentro da execução da função administrativa. Para tanto, é preciso traçar o ato administrativo válido para, então, identificar os vícios morais que podem dele emergir.

Questiona-se: um ato moralmente executado necessariamente precisa ser legal? Qual a relação existente entre a legalidade e a moralidade? É mesmo permitido ao Poder Judiciário apreciar matéria pertinente à ética dos atos administrativos? Será que isso não fere o Princípio da independência e harmonia dos poderes resguardado pela Carta Magna? Então, qual o limite que a autoridade judiciária possui ao avaliar a moralidade nos atos da Administração Pública? Eis o objeto de estudo do presente ensaio.

2. DIREITO E MORAL

Não há como se compreender os atuais questionamentos acerca do princípio da Moralidade Administrativa sem antes fazer uma retrospectiva da polêmica ocorrida em volta do Direito e da Moral, desde os leves questionamentos levantados pelos Jusfilósofos Romanos até os mais ricos posicionamentos que encontramos na doutrina moderna.

A priori, convém esclarecer que não se busca aqui uma separação entre o moral e o jurídico, mesmo porque é impossível separarmos esses dois preceitos, já que o Direito foi criado tendo por base a natureza das coisas – o Digesto continha preceitos que deixavam bem claro a consciência que os romanos tinham entre o que era lícito e o que era honesto, como podemos comprovar através deste fragmento: “*nom omne quod licet honestum est*”. Portanto, é impossível se colocar o Direito e a Moral em categorias estanques, uma vez que aquele foi criado sob concepções morais, baseado num conceito abstrato do que seja bom convívio social, interessando apenas distingui-los no que diz respeito a funcionalidade peculiar de cada um.

As primeiras distinções que marcaram a referida problemática foram as deixadas nos estudos realizados por três grandes jusfilósofos, Christian Thommasius, Kant e Kelsen.

Christian Thommasius, por voltas do século XVIII, buscou demonstrar que “foro íntimo” diz respeito à moral, estando ela insujeitável à coerção; enquanto que o “foro externo” está ligado ao direito, sendo, por isso, coercível.

Já dentro da teoria de Kant e Kelsen, podemos frisar três peculiaridades: o comportamento moral é cumprido gratuitamente, sem qualquer interesse, sendo exigido do autor a intenção pura de agir, estando, portanto, relacionado à intimidade do agente e caracterizado pela unilateralidade, pois, mesmo havendo mais de uma pessoa envolvida na ação, cada uma é responsável apenas por seus próprios atos; já o comportamento lícito exige condutas conforme a letra da lei, sem questionamentos acerca dos motivos ou interesses que levaram o agente a praticá-la, importando apenas a exteriorização da conduta, sendo caracterizado pela bilateralidade, pois a cada dever de um corresponde um direito de outrem.

No entanto, no início deste século, surgiram reações contra a separação entre o jurídico e o moral, principalmente na França, com doutrinadores como Gaston Morin (la revolte des fait contre le Code) e Georges Ripert (La règle morale dans les obligations

civiles) que procuraram demonstrar a existência de outros significados para o direito além do jurídico: o político e o ideológico.

Sobre este pensamento muito se questionou recentemente, tendo Roberto J. Vernengo¹ afirmado que “A moral volta a ser vista como aquele conjunto de critérios que permitem realizar, sob um ponto de vista objetivo, uma crítica do direito”, acrescentando que “o direito produzido pelos órgãos estatais, ainda que se trate de representantes do povo, carece de validade por si. Toda norma de direito positivo para pretender a validade e legitimidade suficiente, tem que poder se justificar na consciência moral dos indivíduos”.

Hodiernamente utilizou-se a teoria dos círculos concêntricos, sendo o maior o da Moral e o menor o do Direito, com base na idéia de que toda regra jurídica tem um conteúdo moral, sendo que esta é cumprida espontaneamente, enquanto que aquela é uma regra moral que se tornou obrigatória. Porém, essa teoria é imperfeita, uma vez que existem casos, como por exemplo, a de regras que estabelecem prazos para o cumprimento de determinados atos jurídicos, onde a Moral não tem ligação alguma com o Direito, como também, há atos jurídicos lícitos que não condizem com a Moral, como o caso de permissão dada pela Constituição ao Presidente da República de nomear os Ministros do tribunal de contas que, por sua vez, apreciarão as contas de sua administração.

A segunda teoria é justamente oposta. Nela, o círculo maior corresponderia ao Direito, enquanto que o menor à moral, e, conseqüentemente, o Estado seria dono de seu próprio querer, absolutamente soberano, sem ter que submeter seus atos a nenhum princípio controlador de moralidade, pelo que não se adaptaria a um Estado Democrático de Direito.

Pela última teoria, dos círculos secantes, haveria uma parte do círculo do Direito que coincidiria com uma parte do círculo da Moral, correspondendo esta área comum à Justiça, posto que tanto as regras morais como as jurídicas nos obrigam a ser justos, embora por razões e técnicas diversas.

Assim, pode-se afirmar que “nem tudo o que é Moral é Jurídico, como também, nem tudo o que é jurídico é moral, só há um mínimo ético indispensável à manutenção do bem estar social”.²

Contudo, as manifestações surgidas buscando relacionar o Direito e a Moral visavam demonstrar a importância das regras morais na elaboração da lei e, logo depois, reclamar do Poder Judiciário a valorização dos conceitos morais na aplicação da lei.

Convém ressaltar que todas as considerações acerca da ética legislativa colocadas por Ripet restringiram-se ao âmbito Cível. Veja-se, a seguir, a evolução da Moralidade no campo do direito Administrativo.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

O grande responsável pelo ingresso da moralidade administrativa no mundo jurídico foi o Conselho de Estado Francês, ao iniciar discussão acerca do desvio de poder ou de finalidade. Verificou-se que a autoridade quando pratica ato com fins (motivos) diversos daqueles previstos legalmente ou não exigidos pelo interesse público, mesmo atuando dentro dos limites de sua competência, comete desvio de poder ou de finalidade. Ou, melhor dizendo, utilizando-se das palavras de Celso Antônio Bandeira de

¹ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionabilidade administrativa na constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 106.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 110.

Melo³ isso ocorre “quando o agente vale-se de uma competência para alcançar finalidade não obrigada por ela”. Destarte, constata-se que a moralidade administrativa surgiu ligada à idéia de desvio de poder, identificando a imoralidade na intenção do agente.

E foi nesse contexto, que o ilustre administrativista Maurice Hauriou criou sua tese, baseando-se no fato de que o administrador, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético, tendo que decidir não só entre o legal e o ilegal, mas também entre o honesto e o desonesto. Assim, o ato emanado pelo Poder Público não poderá se enquadrar somente na norma legal expressa, mas também deverá atender aos ditames morais internos da própria instituição, posto que nem tudo que é legal é honesto, preceito já ditado pelos romanos.

Assim, Hauriou conseguiu superar a fixa idéia de que, por se tratar de valor relacionado unicamente à vontade do agente, o controle seria interno, pertinente só à própria Administração, excluindo qualquer apreciação pelo Poder Judiciário.

Hauriou, pois, abriu caminhos para outros doutrinadores enriquecerem sua idéia. Dentre outros se destaca a doutrina de Henri Welter que, em monografia publicada em 1930 (*Le controle jurisdictione de la Moralité Administrative*), retratou o que é preciso se fazer para controlar os conflitos gerados entre o direito e a moral, entre o jurídico e o administrativo, no âmbito judicial, caso a norma corrompa o que está expresso nas cartas constitucionais.

Welter distingue a moralidade comum da moralidade administrativa, indicando quais as regras disciplinares para a boa administração. Enumerou os elementos constitutivos dessas regras disciplinares, quais sejam, o juízo de valor sobre o Bem e o Mal e o modo como os administradores, que formulam este Juízo, concebem a missão geral da administração, a função administrativa e o seu desempenho.⁴

Sucessor de Welter, foi Lacharrière, que acrescentou a sua teoria o conceito de “boa administração”: é a noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico”.

Nessa definição Lacharrière apresenta dois tipos de moral. Antônio José Brandão, em trabalho publicado no Boletim de direito Administrativo⁵, explica essa doutrina dispondo que há uma Moral aberta e outra fechada, a primeira correspondendo ao “impulso individual para a perfeição”, podendo então conflitar com a Moral social, enquanto que a segunda, tipo onde se enquadra a moralidade administrativa, “é de índole eminentemente social, traduzindo-se pelo esforço empregado pela Administração ao buscar se ajustar as sua função”.

Destarte, Lacharrière apesar de ter levantado novas conceções acerca da moralidade administrativa, reafirmou a idéia de Hauriou de que a fiscalização da Moralidade administrativa só se dada internamente, através de superiores hierárquicos “dentro da esfera de liberdade pela lei abandonada à Administração”.

Portanto, a presença do Princípio da Moralidade nos textos constitucionais vigentes deve-se ao precioso estudo realizado por esses três juristas – Hauriou, Welter, Lacharrière -, além de outros que levaram adiante suas idéias, embora, na realidade, tenha tudo iniciado com as magistrais anotações de Maurice Hauriou.

Adentrar-se-á, a seguir, na concepção hodierna acerca da Moralidade Administrativa, coisa abstrata, porém exigida na prática da boa administração.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 564.

⁴ BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*, in Boletim de direito administrativo. Fev./96, Vol. 2. p. 66.

⁵ BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*, in Boletim de direito administrativo. Fev./96, Vol. 2. pp. 62 a 72.

4. CONCEPÇÃO HODIERNA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Uma vez sendo o responsável pela repercussão da moralidade administrativa no mundo jurídico, iniciar-se-á este tópico a partir da noção dada por Maurice Hauriou – apenas na 10ª edição de sua obra, compêndio de direito administrativo – à Moralidade Administrativa, definindo-a como sendo um “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”.

A partir desse singelo conceito de Hauriou, deduzimos que a moral administrativa está relacionada à conduta interna do agente público e à finalidade dessa conduta que é o bem comum.

Assim, deve-se levar em consideração o resultado do ato emanado pelo agente público, não a sua atitude em si. O simples modo de agir (atitude) não conduz a um “bom resultado administrativo”, satisfatório da finalidade interna da Administração Pública, já a conduta (procedimento moral) é capaz de atingir um bom (ou mau) resultado satisfatório à finalidade pública. Essa é, portanto, a justificativa para o emprego do termo “conduta”.

Por outro lado, nos deparamos com a existência de dois tipos de Moral: a comum, aplicada no meio social; e a jurídica, aplicada no âmbito administrativo. Mas, em que a Moral Jurídica diferencia da Moral Comum?

Para responder a essa indagação, deve-se retroceder à doutrina de Welter que caracterizou a Moral comum como sendo um conjunto de regras praticadas espontaneamente, ou seja, sem a **coercitividade** tão presente nas normas jurídicas. A moral administrativa, por outro lado, tem um **fim institucional** a ser atingido: o bem coletivo, coisa não exigida pela Moral comum. Eis, pois, as diferenças estruturais entre os dois tipos de moral existentes.

Com base no exposto, podemos formular um conceito para a moralidade administrativa. Trata-se de um princípio basilar da Administração Pública, por meio do qual se exige que seja respeitada a finalidade institucional do órgão público – o bem comum – levando-se em conta a conduta do agente, não meramente sua atitude, sendo, pois, espécie de moral diversa da comum.⁶

Em síntese, a moralidade administrativa, conforme preceitua Carmem Lúcia Antunes Rocha, é “um princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo.”⁷

5. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

Imprescindível à compreensão da nossa problemática é conhecer, pelo menos globalmente, em que consiste um ato administrativo perfeito, caso contrário impossível

⁶ O Ministro do STJ, José Augusto Delgado, em trabalho publicado na RT nº680/ junho de 1992, nestas palavras muito brilhantemente distinguiu a Moralidade Comum da Moralidade Administrativa, vejamos: “A moralidade comum se baseia em um conjunto sistemático de normas que orientam o homem para a realização de seu fim. Isto é, o do homem realizar, pelo exercício de sua liberdade, a perfeição de sua natureza. O caráter de generalidade posto na moralidade comum é o traço marcante diferenciador da moralidade administrativa. Esta, ao contrário da moralidade comum, implica, tão-somente, na necessidade de que os atos externos e públicos dos agentes detentores de poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração”.

⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

seria compreender em que momento os atos do administrador poderiam ser submetidos ao controle jurisdicional. Eis, portanto, a importância de se abrir este ponto.

A melhor doutrina, como também o Direito Positivo vigente, através da lei 4.717 (Lei da ação popular), de 29.06.65, art. 2º, enumera cinco requisitos que devem se observados quando da execução de um ato administrativo, qualquer que seja ele, a saber: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

Ao falar da competência, deve-se antes fazer referência ao sujeito sobre o qual a mesma recai, uma vez que além de competente, também se exige que ele seja capaz. A capacidade é a situação em que deve se encontrar o emanador do ato. No direito administrativo, o agente capaz será aquele investido na função pública.

Cada um desses agentes é imbuído de uma competência, consistindo esta no poder conferido por lei a alguém para a prática de determinado ato. Caso um agente administrativo não tenha competência para executá-lo, executando-o, o ato será inválido, caracterizando abuso de poder, já que extrapolou a quantidade limitada de poder que a lei lhe conferiu. Assim, a competência prescinde agente capaz, previsão legal e inderrogabilidade, embora possa ser delegada ou avocada, caso não se trate de competência exclusiva do emanador.

O segundo elemento, a forma, diz respeito à exteriorização do ato, tendo ele que respeitar o modelo legal previsto para ser válido. A forma geral exigida em todos os atos administrativos é a escrita, admitindo-se a forma verbal apenas em circunstâncias excepcionais, como em casos de urgência. Assim, em se praticando ato diverso da forma legal para ele prescrita, será ele inválido. A obediência a esse requisito é condição essencial para o controle interno ou externo do ato administrativo, posto que todo ato documentado é de fácil avaliação.⁸

No tocante ao objeto, também denominado conteúdo⁹, consiste no efeito jurídico produzido pelo ato quando praticado, exigindo que ele seja lícito, possível, certo e moral. Todo e qualquer ato faz nascer, modificar, transformar e extinguir direito, portanto, sem um objeto o ato não existe.

Quanto ao motivo¹⁰, é ele a fundamentação de direito ou de fato que dá legitimidade à prática do ato pelo agente público, ou seja, ele autoriza ou exige a execução do ato administrativo. Pode vir expresso (situação em que se diz ser o ato vinculado) ou não (situação em que diz ser o ato discricionário). Na lei; porém, em todos os dois campos, a descrição dos motivos do ato é obrigatória ao agente, devido à exigência do Princípio da Motivação dos atos prescrita no artigo 37, caput, da nossa Constituição Federal vigente. Assim, havendo ausência de motivo em ato praticado por agente público, esse ato será inválido ou pelo menos invalidável, quando reclamado, posto que impossibilita a comprovação de sua legitimidade.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 136. Há necessidade de se distinguir a forma do procedimento, aquele “é o revestimento material do ato”; enquanto que este “é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição”. Cita ainda como exemplo de um procedimento o caso de uma concorrência “que se inicia com o edital e finda com a adjudicação da obra ou do serviço da obra ou do serviço”, sendo a forma, a maneira como se concretiza o ato adjudicatória, atendendo todas as exigências legais.

⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO doutrina que o objeto difere de conteúdo, sendo este elemento do ato administrativo, enquanto que aquele é pressuposto de existência do mesmo, afirmando que “sem objeto – material e juridicamente possível – não pode surgir ato jurídico algum, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente, é um ato inexistente, um não-ato” (grifo nosso, op. Cit. P. 223.).

¹⁰ Convém ressaltar que há diferença entre motivo e motivação, este é a exposição daquele, ou seja, os motivos que levaram o administrador a praticar determinado ato são exibidos através de motivação.

Por fim, a finalidade, característica essencial para a moralidade administrativa, consiste na fiel realização do interesse coletivo objetivado. Assim, todo e qualquer ato administrativo que não atingir o fim público ou atingir diverso do exigido pelo ordenamento jurídico, será nulo. Quanto a esse pormenor, convém ressaltar que a finalidade a ser atendida pelo administrador deve ser aquela explícita ou implicitamente colocada pelo legislador, posto que ao praticar certo ato satisfativo de fim público, no entanto diverso do determinado pela lei, o administrador estará incorrendo em desvio de poder, vício ensejador de invalidação do ato.

Eis, em linhas gerais, os elementos exigidos para que um ato administrativo seja considerado perfeito. Veja-se, agora, em que tipos de atos o controle jurisdicional mais comumente incide, impondo comportamento correto, justo e ético aos agentes públicos.

6. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública possui duas hipóteses de atuação. Tomando-se por base os limites legais impostos a fim de se evitar abusos e arbitrariedades provenientes dos poderes que lhe são proporcionados para garantir o interesse público, os atos podem ser classificados em vinculados e discricionários.

O primeiro, de pouca importância para nosso estudo, por estar ligado diretamente a legalidade, não a moralidade, são aqueles para os quais o texto legal estabelece o modelo que o administrador deve seguir, tendo que executar o ato de acordo com os requisitos elencados pela lei, sob pena de incorrer em ilegalidade e, portanto, ser tido como inválido.

Já os chamados atos discricionários, sobre os quais recairá nosso estudo, são aqueles em que o administrador possui, para exercer a função pública, certa margem de liberdade. Devido à impossibilidade de se prever, no texto legal, todos os fatos jurídicos perante os quais a Administração Pública deparar-se-á, o legislador criou normas que dão ao agente gestor da coisa pública, a prerrogativa de escolha, tomando certas decisões com base em critérios de oportunidade, conveniência, equidade e justiça, embora dentro de um conjunto finito de soluções. Dessarte, a discricionariedade de certa forma é limitada, uma vez que a lei continua a exigir que seja respeitada a competência¹¹, a forma e a finalidade¹² específica do ato, por serem imprescindíveis à manutenção do Estado de Direito.

¹¹ Vejamos o posicionamento do ilustríssimo Desembargador Seabra Fagundes, em acórdão do TJRN, no qual foi relator: “A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei ensina ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa a lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), na prática do ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p.ex.: advertir apenas, ou proibir), ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* P. 153).

¹² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quanto à finalidade, se posicionou de forma diversa afirmando que “Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deve ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é de uma investigação insusceptível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma) de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário” (op.cit.p. 250).

No entanto, é dada ao administrador a possibilidade de escolha tanto quanto ao objeto do ato, como quanto ao seu motivo. É justamente nesse campo de liberdade que se permite a interferência do Poder Judiciário, controlando as arbitrariedades praticadas. O STF¹³, por exemplo, já se posicionou no sentido de que “o ato administrativo discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal”.

Assim, os atos administrativos que ferem a moralidade administrativa são aqueles que desrespeitam a discricionariedade permitida pela lei, incidindo em abuso, excesso ou desvio de poder.

7. VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme mencionado anteriormente, um ato administrativo só é perfeito quando praticado preenchendo todos os elementos exigidos em sua formação, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Entretanto, basta que algum deles seja desrespeitado para ter-se um ato viciado.

São vícios dos atos administrativos, entre outros, o abuso, o excesso e o desvio de poder; sendo este último o único que mais diretamente interessará ao presente trabalho, tendo em vista que os demais estão imediatamente ligados à inobservância do Princípio da legalidade Administrativa, não à sua ética.

O abuso de poder é gênero de que o desvio e o excesso são as espécies. Abuso significa “além do uso”, “uso intensivo”, “uso indevido”, “desdobramento do uso”, “ultrapassagem do uso”, “uso exorbitante”¹⁴. Portanto, pela sua própria terminologia, percebemos que abrange o excesso de poder, este verificado quando o administrador pratica ato além do âmbito de sua competência.

O desvio de poder, também chamado de desvio de finalidade, foi o estopim para que os juristas antepassados voltassem suas atenções para os extravagantes arbítrios que os responsáveis pela coisa pública vergonhosamente cometiam. Diz que houve desvio de poder quando o ato praticado não atinge os fins previstos, implícita ou explicitamente pela lei¹⁵.

Outrossim, deve-se também analisar a intenção do agente. É neste ponto que encontramos a dificuldade de comprovar o desvio de poder, uma vez que é puramente subjetivo. O agente sempre busca transparecer que o ato atende a todos os requisitos exigidos pela lei, destarte, o desvio é comprovado por indícios que levam à constatação do vício, já que não há como prová-lo documentalmente, a menos que o agente declare sua falta, o que é impossível ocorrer¹⁶.

Entretanto, pode-se constatar vícios de moralidade em atos administrativos com motivos inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível e desproporcional e/ou

¹³ STF, em RDA, 108:276.

¹⁴ Cf. CRETELLA JÚNIOR, J., *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.46.

¹⁵ Um exemplo jurisprudencial seria o caso do prefeito que obteve autorização legislativa para vender um lote de terreno contíguo a outros de sua propriedade, por meio de licitação, tendo posteriormente, ainda no curso de seu mandato, adquirindo-o da pessoa a quem o lote havia sido adjudicado, que por sua vez efetuou a venda sem lucro algum, constatando-se o desvio de poder pelo não atendimento às finalidades do bem comum (TJSP, em RT 673:61).

¹⁶ MARIA SYLVIA, citando CRETELLA JÚNIOR, diz que ele se refere a “sintomas” dos atos administrativos, sendo eles: “a motivação insuficiente; a motivação contraditória; a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato; a contradição do ato com as resultantes dos atos; a camuflagem dos atos; a inadequação entre os motivos e os efeitos; e, o excesso de motivação” (Direito administrativa, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 200)

naqueles atos que possuam objeto impossível, desconforme e ineficiente, ou seja, que desvirtuam o fim público a eles pertinente, verificando a má gestão da coisa pública.

Resta saber como e de que forma pode o Poder Judiciário adentrar na esfera administrativa efetuando o controle da moralidade de seus atos.

8. CONTROLE JURISDICIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Uma vez tendo percorrido toda a trajetória da evolução da moralidade administrativa, como também, exposto as formas de atuação da Administração Pública. Procurar-se-á, agora, demonstrar quais os limites do controle jurisdicional no campo da moralidade administrativa.

A moralidade administrativa aparece completando a chamada boa administração. Tornou-se, com a Magna Carta de 1988, requisito essencial para a validade do ato administrativo ao lado dos pressupostos legais, que, por si só, não mais estavam contornando o mau uso da coisa pública. Os agentes estatais aproveitando-se das liberdades auferidas da função pública, sempre procuram atender a seus próprios anseios, desvirtuando-se das obrigações que assumiram ao se proporem gerir os bens coletivos.

Visando garantir a boa administração, o Poder Judiciário foi chamado a intervir como órgão fiscalizador dos atos concretizadores da função pública, podendo avaliar tanto a legalidade desses atos, ou seja, sua adequação aos requisitos legais, como a moralidade, sua adequação aos requisitos éticos, assim considerados pela Nação.

Esse controle jurisdicional da moralidade administrativa, como já foi visto, é uma vitória concretizada com a Constituição promulgada em 1988 que permitiu ao Poder Judiciário tal prerrogativa. Até então, só era a ele permitido avaliar a existência ou não dos preceitos legais nos atos administrativos. Os preceitos morais eram apreciados pela própria, o que facilitava muito a arbitrariedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, assim, declina: “A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”. Portanto essa exigência constitucional foi a carta permissionária do legislador ao Poder Judiciário para avaliar à moralidade nos atos administrativos.

Assim, o juiz ao se deparar com indícios de imoralidade nos atos administrativos, deverá avaliar os fundamentos e fatos que o deram ensejo e confrontar seus motivos e objetos com a situação concreta a que visou atingir; e, utilizando-se da razoabilidade, dirá apenas se o fim público foi ou não alcançado em sua plenitude, e declarará o ato viciado se a isso não se adequar.

Portanto, a autoridade judiciária poderá apenas **desconstituir** o ato administrativo eivado de vício, limitando-se a invalidá-lo, não lhe sendo permitido substituir a referida ação por outra adequada à ética administrativa, sob pena de infringir outro princípio constitucional – o da independência e harmonia dos poderes.

A moralidade administrativa por ser um poder-dever da Administração Pública, deverá constar em todos os atos que dão certa discricionariedade ao administrador, pois, conforme vimos, são justamente esses atos que permitem ao mesmo agir com conveniência e oportunidade. É óbvio que o administrador buscará atender a suas próprias necessidades, justificando-se na imprecisão do que seja interesse coletivo.

Mas, devido à inércia estrutural da Justiça, como o Poder Judiciário poderá avaliar a moralidade dos atos administrativos?

A Carta Magna vigente também presenteou o cidadão com um instrumento eficaz no controle da moralidade: a ação popular. Essa consiste numa garantia dada não só ao cidadão que dela se utilizar, mas a toda coletividade, para se defender de abusos praticados pelos gestores da coisa pública, inibindo-os de se desviarem da obrigação que assumiram ao se investir em cargo público, qual seja, o bem comum.

Assim, com um instrumento tão forte nas mãos, embora dificilmente utilizado, o cidadão pode exigir que seus administradores respeitem à supremacia do interesse público sobre o do particular, alicerce de toda máquina administrativa.

Eis, portanto, no que consiste e com quais limites o Poder Judiciário pode realizar o controle da moralidade na administração pública.

9. CONCLUSÃO

Face todos os apontamentos acima discriminados, apresenta-se o seguinte desfecho:

Remonta das civilizações primitivas as noções preliminares acerca da moral, tendo sido em meio a grande busca para distinguir o honesto do justo que se iniciaram os estudos sobre a moralidade no mundo jurídico.

Diante de abusos praticados à coisa pública, os juristas começaram a lutar pela exigência da Moral administrativa no campo do Direito.

A moralidade não depende da legalidade, vez que existem atos puramente legais como também puramente morais, embora haja uma área comum entre os dois campos, a da justiça.

A moralidade administrativa, hodiernamente, tornou-se um requisito de validade dos atos administrativos, vez que se encontra positivada em preceito constitucional – artigo 37, caput -, como exigência imposta à observância no exercício da função pública. Moralidade administrativa consiste num princípio jurídico garantidor da boa administração, já que procura não só separar o justo do injusto, o bom do mau, mas também o honesto do desonesto.

A imoralidade administrativa verifica-se nos atos discricionários, nos quais a lei garante certa liberdade ao administrados para se utilizar da coisa pública com critérios de oportunidade e conveniência.

Percebe-se o imoral quando os atos praticados pelos agentes públicos resultam em desvio de finalidade, embora na maioria dos casos apresentem-se externamente legais.

A imoralidade está na intenção do agente, sendo por isso de difícil comprovação, devendo o juiz basear-se em indícios para analisá-los e julgá-los.

O controle da moralidade efetivado pelo Poder judiciário é limitado. Pode, apenas, desconstituir o vício nele existente, ditando sua invalidade, não lhe sendo permitido modificar a ação viciada por outra que atenda à ética administrativa, sob pena de ferir outro princípio constitucional, o da independência e harmonia dos poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. BDA: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 2, p.62 a 72, fev. 1996.
2. CRETELLA JÚNIOR, José. Controle jurisdicional dos atos administrativos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
3. DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. RT: Revista dos Tribunais, n. 680, jun. 1992.

4. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 2ª ed., São Paulo; Malheiros, 1995.
5. FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. A moralidade administrativa nos atos e contratos administrativos. Gêneses: Revista de direito administrativo aplicado, Curitiba, v.1, n.1, p. 13-26, abr. 1994.
6. __. Do princípio da moralidade administrativa. RDA: Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, p. 247-252, out./dez. 1992.
7. __. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2ª ed. Curitiba: Gêneses, 1993.
8. GASPARINE, Diógenes. Direito administrativo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
9. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ética e administração pública. Gêneses: revista de direito administrativo aplicado, Curitiba, v. 1, n.1, p. 72-85, abr. 1994.
10. MARTINEZ, Augusto. O controle da administração na constituição. RT: Revista dos Tribunais, São Paulo, n.3, p. 234-238, abr./jun. 1993.
11. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
12. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
13. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Política da administração e princípio da moralidade. Gêneses: Revista de direito administrativo aplicado, Curitiba, v.1, n.1, p.40-52, abr./1994.
14. MUKAI, Toshio. Administração pública na constituição de 1988. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
15. PIETRO, Maria Silvia Zanella di. Direito administrativo. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
16. __, Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
17. REAL, Alberto Ramón. Os princípios gerais do direito administrativo. RDA: Revista de direito administrativo, v. 133, p. 327-352, jul./set. 1978.
18. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
19. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

TÍTULOS DE CREDITO: PRINCÍPIOS QUE REGEM A MATÉRIA. ANTEPROJETO, RESSAIBOS TEÓRICOS.

Giorgio Erick Sinedino de Araújo
Acadêmico do 10º período.

1. PRELIMINARES

As presentes (e breves) linhas conformam-se na pouca original tarefa de discorrer acerca dos Títulos de Crédito, e mais especificamente sobre suas estruturas, instituto cujo róle fundamental espraia-se, como pedra de toque, por relações comerciais de naturezas multifárias, servindo-se seja de liame, um meio instrumentalizado no abstrato *vinculum iuris* obrigacional, ou seja, até mesmo incorporando a *obligatio*, como expressão abstrata do contrato que lhe engendrara.

Nada obstante, discutir a natureza jurídica de um Título de Crédito arquetípico não apraz ao momento; importa, antes de mais nada, diferenciar o instituto de sua matriz econômica, em conformidade a sua característica institucional jurídica, para, somente então, oferecer-se ligeiras notas ao tema.

Uma segunda nota prévia, adequada à investigação, é a conotação legal, vinculada mormente à Parte Geral concebida no Projeto do Novo Código Civil aprovado, em cuja referência analisam-se os elementos teóricos (princípios, substrato, natureza jurídica, regime jurídico,...).

Sobre a originalidade destas anotações, percebe-se que está na abordagem, ao bipartir o estudo dogmático dos títulos de crédito, diante dos atos jurídicos que lhe fazem existir e da forma negocial em que são apresentadas no direito positivo, a relação jurídico-creditícia (principal) e a sua “titularização” jurídica (acessória), dois momentos não necessariamente concomitantes ou coincidentes.

2. DA RELAÇÃO JURÍDICA CREDITÍCIA PRINCIPAL. CONCEITO, FUNÇÃO, PAPEL SOCIAL E JURÍDICO.

2.1 Uma Aproximação Elementar-conceitual do Instituto

Presumindo-se a dinâmica do intercâmbio econômico entre os diversos atores de uma comunidade, Crédito deflagra-se numa necessidade humana, antes de se tornar uma necessidade comercial; isso porque abre vias ao consumo imediato, à melhoria instantânea da qualidade de vida, concomitantemente diferindo a prestação do contrato decorrente, o que favorece a poupança doméstica e otimiza a administração orçamentária do ente econômico em favor de que o crédito é aberto. Juridicamente, o Crédito é adjetivo ao *animus contrahendi*, funciona como acessório deste, um plus lógico, vinculado a uma temporária ausência do meio eficaz de se adimplir uma obrigação. Necessidade comercial, por uma razão pragmática conjugada à necessidade humana, que lhe fundamenta; trata-se de um modal da troca simples, em que o consumo se dá imediatamente, mas cuja contraprestação vem a termo.

Ao dissertar economicamente sobre ambas as necessidades que concebem crédito, dois elementos permeiam, estão na interseção de toda e qualquer análise. Denota-se, *mediatamente*, um atributo fiduciário, ao assimilar ao conceito troca o modal tempo, o qual surge no momento em que, no acordo de vontades, posterga-se uma prestação de dar um bem concreto.

2.2 Natureza Jurídica do Crédito Titularizado

Crédito, por assim dizer, não nasce substituindo a prestação Jurídica (o dare), nem a incorporando; com efeito, esse deve ter sua essência delimitada com uma prestação em si, sendo instância intermédia da conclusão de um negócio jurídico determinado. Isso explica e vincula os direitos e obrigações surgidas da relação creditícia, tanto em sede meramente processual, como em âmbito material, já que exista uma relação autônoma, com vistas ao contrato que lhe deu origem - fiduciária em seu âmago.

Assim, de forma a render mais evidentes os raciocínios, imagine-se um contrato de compra e venda em que haja duas prestações definidas. O contratante, cuja prestação seja pecuniária, acerta com o alienante pagamento através de duas notas promissórias, o que é aceito, originando-se o crédito: o crédito não é prestação original de um contrato, a prestação do contrato é o quanto devido, ele — o crédito - incorpora-se à prestação, desde que haja o assentimento do alter (outro sujeito) da relação contratual.

Por conseguinte, o argumento de que a natureza do Crédito Titularizado seria dada a partir de um duplo sentido da vontade¹ (teoria amplamente difundida, inclusive adotada no país) haveria ignorado que o crédito pertence a um anexo da relação contratual HW lhe dá origem, tal origem, como reiterada tácita e expressamente ao longo desta exposição, uma condição eminentemente lógica, visto que o Crédito independe do contrato, sendo deste autônomo; assumiria, *permissa venia*, a premissa — contrária a sistemática do Ordenamento — de que os direitos subjetivos nascidos de uma declaração de vontade específica, o *animus contrahendi*, vontade de contratar² pudesse ser confundido com o *animus disponendi*³ do Título de Crédito. Não há duplo sentido de vontades, há dupla vontade numa relação bipartida e superposta.

A autonomia da relação, *clef de voûte* para o instituto, surge genericamente a partir do elemento fiduciário, da confiança de que o contratante 'b' irá prestar a 'a' o que cabe a este, mas seu nascedouro específico é o *animus* dessa confiança, o qual seria, por definição, diferente daquele que concebera o contrato a que o crédito está vinculado.

Retomando a teoria dos pressupostos e requisitos dos contratos, como artifício didático, seria necessário, ao Crédito⁴, a preço de corromper o liame lógico da Teoria do Duplo Sentido da Vontade, apresentar os mesmos pressupostos⁵ e requisitos⁶ contratuais daquela avença que lhe ensejou, e, nesse ínterim, é curial, diáfano, que o consentimento que cria o contrato não atinge o *animus* específico da relação que fomenta o crédito, sobretudo porque o crédito nasça de um ato de vontade unipessoal, de natureza unicamente dispositiva, sendo assimilado à relação contratual como prestação por meio de uma declaração receptícia de vontade do aceitante em receber tal crédito como prestação válida; diante dessa simples razão, como já referido⁷, o crédito não pode ser,

¹ Cf. Vivante, Cesare. *Istituzioni di Diritto Privato*.

² O que presume a existência de um outro contratante.

³ O que precinde de um second party.

⁴ Do que se faz abreviatura de Relação Jurídica Creditícia, titularizada, ou não.

⁵ Capacidade de Partes, Idoneidade de Objeto, Legitimação.

⁶ Consentimento, Objeto, Forma.

⁷ A inexistência de consentimento puro, não havendo uma proposta receptícia e uma declaração de aquiescência perceptíveis unicamente quanto ao crédito; em palavras mais acuradas, não é contrato porque aquilo que dá vazão, não apenas lógica mas institucional a ele, o *animus contrahendi*, é unipessoal, sendo quão somente *animus* – vontade, elemento de uma declaração unilateral de vontade, ato jurídico em essência. Aliás, a tese de o crédito ser um ato jurídico desde sua nascença é tentadora. Quais os elementos de um ato jurídico? Um sujeito, um objeto, uma relação posita entre ambos, cujo fundo teleológico (eis o critério da Legislação Civil em vigor) seja o de “adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos” (art. 185, CC 1916). Sem entrar em minudencias acerca das opções científicas da Lei, o crédito

em sua *natura naturans*, um instituto contratual⁸. Insistindo no artifício didático adotado, o objeto da Relação Jurídica Creditícia é menos concreto e imediato que o da relação contratual a que se filia, cernido na suspensão temporária da exigibilidade do bem qualquer (seja ele pecuniário, ou não) — prestação contratual, portanto, a prestação creditícia é o *tempus*, sem o qual haveria um mero contrato. O requisito da forma também desvela a incompatibilidade de naturezas defendida na Teoria do Duplo Sentido, porque o nascimento contratual do crédito, para isso urge entender o crédito titularizado, se assim o fosse, incorporar-se-ia à forma do contrato, pois o acessório segue o principal e o título de crédito não necessariamente segue seu principal neste sentido — tem forma rígida, vinculada, escrita, impressa ou por meio de "caracteres de computador"⁹ composta.

Entretanto, a forma oferece reflexões possivelmente definitivas sobre a ligeira tendência que aparentava incorporar-se ao estudo dos títulos de crédito, dentro da mais legítima alcunha de pós-modernidade, importado da maré filosófica da incerteza, o niilismo jurídico — a negação cabal de um conhecimento baseado em verdade (mesmo que uma verdade lógica), *in casu*, a negação de um instituto, o que se cognominou: Desmaterialização dos Títulos de Crédito.

Ainda sobre os requisitos contratuais, caso o Código Civil em vigor fosse compatível à vetustíssima (*est modus in rebus...*) idéia de Causalidade (já vigente desde a Constituição, como verdadeira norma-princípio, todavia somente perceptíveis efeitos seus, periféricos, como a defesa do consumidor e a função econômica da propriedade), seria esta um plus no elenco de motivos a que fosse sepultada a tese do duplo sentido da vontade, pois causa de um contrato¹⁰ — apoditicamente — é o vínculo pragmático entre as prestações materiais de um contrato, e sua função socioeconômica. Sendo referencial o instituto da Causalidade, ao estudo de um Título de Crédito diante do contrato que lhe deu origem, reconhecer a paternidade do crédito nascituro às núpcias das vontades contratualizadas, eis um raciocínio cuja lassitude transbordaria a ignorância de qualquer fisiologia da fecundação institucional normativa. Afora a pujança alegórica do aforismo, a causa impede que seja o Título de Crédito haurido de um contrato, reclamando-se, para demonstrá-lo, um exemplo: um contrato de mútuo bancário, 'acordando-se' (as aspas ratificam a natureza adesiva do contrato¹¹) sobre o pagamento de inúmeras taxas de serviço, taxas inominadas, juros fora da razoabilidade, garantias desproporcionais, regras de responsabilidade despidiendas; eis um contrato viciado em sua Causa, pois embora presumindo um grau aceitável de regularidade no que tange à liberdade contratual e aos interesses privados que se tutelam por simples declarações de vontade, permanece um hiato em sua dimensão social, que não necessariamente corresponde a uma serventia pública, nada obstante, erigindo-se, o fundamento social da Causa, em hipóteses principiológicas de isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, finalidade contratuais¹², que requer a invalidação dos atos a que se estender tal mácula, sobretudo

encontra no titular de um patrimônio seu sujeito, na parcela patrimonial creditanda o seu objeto, no interesse dispositivo a relação jurídica entre sujeito/objeto, cujo efeito, conseqüentemente, satisfará os requisitos legais. Portanto, nesta breve narrativa subsume-se toda a relação creditícia sendo a circulação propiciada, aí sim, por contratos e negócios jurídicos outros.

⁸ O que não impede que o mesmo seja contratualizado, insista-se.

⁹ Eis uma inovação do Projeto de Código Civil aprovado pelo Senado, em seu art. 891, §3º, que será abordado especificamente.

¹⁰ E para tanto seria esclarecedora a visita ao breve estudo "Causalidade no Código do Consumidor e no novo Código Civil", traçado por mesma pena que a destas módicas notas.

¹¹ Tanto é adesiva por estar o aceitante vinculado a cláusulas anteriores e extravagantes ao poder de barganha, que sua posição contratual lhe confere, como é adesiva por estar o aceitante.

¹² Princípios não unicamente da administração, mas verdadeiros Princípios de Ordem Pública.

no que depender da medida de sua constitucionalidade¹³. Mas em que importaria isso aos Títulos de Crédito? Absolutamente nada. Os Títulos de Crédito não podem ter uma função social, quando particularizados na mão de um sacador, quando do protesto, por um endossatário. São neutros, axiologicamente, impassíveis de qualquer controle fora da legalidade estrita, *Consummatum est*. Não há razão de se atribuir uma causa a um Título de Crédito, nem menos restringi-lo em sua circulação, tanto que a filosofia legal, ou não, do instituto é a de lhe precaver a restrições em sua aceitabilidade, como os velhos e ainda vigentes princípios da inoponibilidade de exceções ao terceiro de boa fé, corporificados nos art. 893 e 898 do Projeto de Código Civil, que reproduz a idéia já vigente no art. 7º da Lei Uniforme. Por outro ângulo, um Título de Crédito, por provir de um contrato, como o quer a doutrina do duplo sentido da vontade, necessariamente haveria de ter esse fundo axiológico da causa, pois mesmo os atos advindos de declarações unilaterais de vontade encartados a contratos ultimam-se pelo crivo dessa filosofia institucional (a da causa). O pagamento é um ato unilateral, a tradição é um ato unilateral, e não foge ao senso comum percebê-los como vassalos de todos os requisitos de existência, validade e eficácia as que estão submetidos os contratos, pois deles dependem não apenas logicamente, mas materialmente. Assim sendo, também pelo requisito da Causa, não procede a Teoria do Duplo Sentido da Vontade.

2.3. Dos Princípios Vigentes Quanto ao Título de Crédito (Ênfase: Princípio da Autonomia)

Eis uma forma de se explicar algo não óbvio pelo óbvio: a relação creditícia é uma relação originariamente autônoma não por "... contemplar o título em sua circulação, para o fim a que se lhe haja dado origem (...)", ou por "... estar em mãos do terceiro possuidor de boa fé um direito próprio, um direito originário, e não derivado, que exercita..."¹⁴, mas, sem dúvida, *é autônoma porque o pacto fiduciário creditício, titularizado ou não, possui gênero próprio, diante da relação jurídica que lhe deu origem, esta de cunho singelamente lógico*.

Muito oportuno enriquecer o argumento com evidências sistemáticas: as regras de oponibilidade e exequibilidade do Crédito convencionado ultrapassam aquelas dos Contratos porque nestes há o privilégio de um vínculo jurídico *ad hoc*, algo estreito à vontade específica, ao assentimento "para tal fim", portanto, as duas vontades (cuja natureza é de pressuposto contratual — consentimento)¹⁵ colimadas em torno das formalidades ensejadas pelo contrato (cuja natureza é de requisito contratual — objeto), em suma, a mitigada mais ainda válida máxima do *lex intra partes*, no que aproveita ao conceito de partes, pessoas interessadas, legitimadas e capacitadas àquele negócio jurídico particular — de natureza jurídica *personalis*.

¹³ Numa proposta que visa à satisfação do legalizo de alguns juristas nacionais, o Princípio da Causa, axiologicamente determinado pela Fundação Social da Propriedade, propriedade essa, base de qualquer relação jurídica contratual, ao que determinam as normas do art. 5º, XXIII, e art. 421 do Projeto de Código Civil aprovado pelo Senado (cf. Causalidade no Código do Consumidor e no Código Civil).

¹⁴ BOLAFFIO, Leone; ROCCO, Alfredo; VIVANTE, Cesare; *Il Codice di Commercio Commentato*, UTE, Torino, 1937. (T.d.A.) A análise dos dispositivos que aludem aos Títulos de Crédito são de autoria de Leone Bolaffio, curiosamente, apesar de haver profunda e óbvia influência das idéias de Vivante, inquestionável mentor da Escola Iusprivatística Italiana da primeira metade deste século. Todas as notas que porventura fizerem remissão a comentários de autoria desses autores funcionam como testemunho autorizado, senão interpretações autênticas dos institutos jurídicos, visto que, tal como haverá de ser visto, a teoria da Vivante é alma das disposições sobre títulos de crédito, inclusive no Código Civil vindouro.

¹⁵ Para a Teoria dos Requisitos e Pressupostos Contratuais, cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996.

Crédito é um caso, como se demonstra, peculiaríssimo. Para corroborar o Princípio da Autonomia da Relação Creditícia, satisfatório acuradamente observar a universalidade do crédito e sua condição de etéreo. A figura, quase poética, do 'Crédito etéreo' explica-se da facilidade de circulação do mesmo, e sua facilidade está na sua universalidade e na sua imaterialidade. Ora, o Crédito é a confiança (um valor, de natureza moral) enrobustecida por garantias (norma abstrata e origem remota contratual) sobre um grande nada ou um grande tudo, o que seriam as prestações jurídicas confiadas, essas sim, bens jurídicos por excelência. Por estar dotado de estrutura abstrata, não necessariamente comprometer capitais, nem presumir produção e gozar de intensa fungibilidade, o Crédito converte-se num *jack of trades* para todo e qualquer negócio jurídico, amorfo, mais adequado, aceitável, e menos caro à vista que a própria corréncia monetária. A referida fungibilidade do Crédito oferece algo que as prestações dos diversos contratos não oferecem: fácil aceitação por terceiros, equivalência à pecúnia, exequibilidade garantida, fácil transmissibilidade.

Desse *émerveillement* entusiástico sobre as facilidades de circulação do crédito, promana o corolário, cognominado de princípio, da literalidade. Conflui, legalmente, com o art. 897, do Anteprojeto; por que um princípio? Pela mais óbvia razão de que se o título faz circular um direito, contendo em sua essência um ato dispositivo, na interpretação deste documento não prosperaria a sua finalidade, que é a regra fixada pelo Código Civil atual, art. 85, (e Anteprojeto, art. 112), mas a sua expressão literal, Eis um funtor que lhe distancia paulatinamente do Contrato que lhe deu existência lógica. Os títulos de crédito apresentam regras específicas de interpretação, desde as vigentes, da Lei Uniforme, art. 2.º, 5.º, 6.º e *passim*, sobre matérias específicas, consagradas nos §§ 1.º e 2.º do art. 891 (Anteprojeto), no *mesmo conteúdo normativo*.

Diante desse conjunto de considerações, parece razoável interpretar, tão perfunctoriamente quanto os termos da análise, que a filosofia na qual se preenche o instituto dos títulos de crédito será mantida pela provável legislação novel, malgrado já centenária. Vista fidelidade, invés ranço conservador, deve ser apreendida consoante sucesso e rigidez doutrinária da matéria creditícia, imponentes suas peculiaridades.

4. DACARTULARIDADE, NOTAS SOBRE O REQUISITO DA FORMA, E O PROBLEMA DA DESMATERIALIZAÇÃO.

No § 12 destas notas, atentou-se para um Leitmotiv ordinariamente associado ao requisito da forma, que por sua vez está intrinsecamente relacionado ao Princípio da Cartularidade. Tal relação construiu seu jazigo no cerne das críticas apresentadas, diante de que pouco atinja os princípios maiores da autonomia (de *biais* atingindo seu corolário, o da abstração) e da literalidade.

Quando em Congresso Brasileiro de Direito Privado, ocorrido na cidade do Recife, em Outubro, 1997, subiu à tribuna Juiz Federal, estudioso na matéria, que concisamente discorreu acerca das linhas gerais dessa abordagem e terminou por elencar como problemas fundamentais meros idiotismos legais¹⁶ a questão da senha eletrônica, (ou seja, a substituição do grifo mecânico — portanto distanciamento da vinculação supostamente mais estreita), o problema dos cartões de crédito, as transferências bancárias internacionais por meio de dispositivos eletrônicos, o crédito on-line, a mitigação, em termos de relações exteriores, do nominalismo monetário (que emprestava maior utilidade ao uso de cambiais, assim como nas transferências), ou seja, a

¹⁶ Empresta-se tal termo dos teoria dos vícios de linguagem, sendo idiotismo palavra que signifiquew uma gíria, sendo o idiotismo lingüístico ima inovação que escape ao vernáculo legal, não lhe sendo assimilado, neologismo legal.

progressivamente ameaçadora informatização da documentalidade, princípio tão caro aos juristas. Quod non est in actis, non est in mundus...

O problema não se afigura tão sério, e a razão está na argumentação desenvolvida até o momento; a informatização é uma tendência, uma revolução que acelera, de um modo generalizado, o metabolismo social (numa irresponsável analogia funcionalista); portanto, como se adota senhas eletrônicas para o registro de operações monetárias, em detrimento de uma assinatura num papel, não se há de ver diferenças substanciais, visto que os elementos do instituto crédito (eis o porquê de se ter insistido, demasiado, por vezes, em se afirmar que a relação creditícia supera a relação formal cartular, oferecendo-lhe subsídios científicos,) **Tempo e Fidúcia**, permanecem intocados, pois continua a haver uma obrigação autónoma, literal, que possa preencher a requisitos legais, reificado num *documento que torne necessário seu exercício*, seja de fibras de celulose, seja por meio de informações eletrônicas, sendo ele sacado, negociado, transmitido, prescrito, enfim, regido por limitações temporais e espaciais do mundo físico, igualmente.

Sobre o problema da senha eletrônica, ou de código de barras, que venha a substituir o grifo mecânico (assinatura), não é de se lhe reconhecer ameaça à integridade no tirocínio dos Títulos de Crédito. Tal como se demonstram em opúsculo já em redação¹⁷, as senhas eletrônicas são homólogas (similares funcionalmente) às assinaturas, pois representam uma exteriorização do ato volitivo de assentimento¹⁸. O uso de uma senha eletrônica, seja ela acidental (caso-a-caso) ou personalizada, oferece mais vantagens que desvantagens ao se colocar em debate o problema da falsificação. No caso de se forjar assinaturas, haveria a princípio muito mais pessoas aptas a fazê-lo, com riscos fecundos. Quanto ao problema da intransferibilidade, não se trata de um problema que a jurisprudência mesma não possa resolver, adequando-se aos idiotismos legais.

A questão dos cartões de crédito é a mais complexa, pois atinge a circulação dos títulos a que dá causa (aparentemente não havendo), e, inclusive, desvirtua o princípio maior da Autonomia, pois está sempre adstrita ao pagamento a uma mesma portadora, no caso, a Administradora ou o Banco.

Iniciando uma tentativa, breve, de refutação, nenhum dos Títulos de Crédito apresenta regimes jurídicos idênticos, cada qual tendo suas peculiaridades, sendo o ticket que garante três minutos num brinquedo de parque de diversões ímpar a uma debênture. Em segundo lugar, os títulos de crédito oscilam, sob critério de dependência, a um contrato que lhe dê causa lógica, como já dito, e nisso teríamos uma vinculação mais estreita no caso do contrato de cartão de crédito, como no da duplicata. Em terceiro lugar, há evidente circulação no crédito originado pelo titular do cartão, a partir do momento em que ele contrata com um fornecedor, e esse crédito é oposto à administradora do cartão, que funciona como uma símile de avalista e endossatária, não lhe impedindo que retransmita o mesmo valor negociado entre bancos, e que esse valor seja financiado, o que, por si só, já demonstra uma circulação demasiado complexa. Sobre a cartularidade, há dois tipos básicos de títulos de crédito nesse contrato, a faturização, que o titular obtém de seu *rapport* com o fornecedor, e o extraio do cartão, que também tem força executiva, e presunção de verdade, com força em cláusula contratual (este um problema jurídico maior, cuja quintessência excede à finalidade do presente esforço). Finalmente, as relações jurídicas entre titular e fornecedor não haveriam de ser rotuladas pelas normas gerais dos Títulos de Crédito, pela liberalidade

¹⁷ Cf., futuramente, Desmaterialização dos Títulos de Crédito?

¹⁸ Andrés Von Tuhr, *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Vol. III, tomo I, ed., Madrid.;

com que se admitem os diversos regimes jurídicos, fato já aludido, e assimilado pela legislação, *in verbis*, Anteprojeto, art. 905.

Nos demais casos, como princípio do nominalismo versus flexibilização dos mercados e a cambial, aproveita-se as observações gerais sobre a informatização, questões das senhas e documentos eletrônicos, circulação sob um critério positivo de se verificar que instituição possui o crédito (em nível de levantamento contábil) — já que não há um papel ou uma letra que esteja em sua posse, mas um numerário, quantia registrada virtualmente.

Por tais razões, de plano, não é forçoso descartar a validade e proficuidade das teses da Desmaterialização, ao menos até o momento em que suas teses tenham exemplos mais consistentes.

5. DAS CONCLUSÕES

Crédito Titularizado é acessório de um contrato, pois se trata de um acerto específico sobre a prestação de dar. Tanto que independe de sua licitude e regularidade ao circular perante terceiros de boa fé, surgindo as exceções de direito que lhe do fato de aquela declaração unilateral de vontade ter sido posta como prestação de um contrato, vigindo apenas entre as partes que acertaram, não pelo Título de Crédito, mas pelo contrato anterior a este.

A existência de Direitos e Garantias contratuais dá-se por mera Isonomia Contratual, jamais no evento de o título de crédito incorporá-las.

A circulação comprova a autonomia do título.

Crédito Titularizado envolve pressupostos e requisitos alheios ao do contrato que lhe deu origem, como o assentimento, cingido à prestação de dar.

Sua natureza é estritamente declaratória unilateral.

Não se pode presumir a desmaterialização do instituto, senão de algumas formas; um instituto, se desmaterializado, extingue-se. Não há como se imaginar o desaparecimento de uma vinculação entre os entes primitivos tempo e confiança. As formas de titularização, os títulos de crédito particulares (cambiais, duplicatas, cédulas rurais e industriais pignoratícias, conhecimentos de depósito, warrants, *et coetera*) estão sujeitas a modificações, dessuetudo, renderem-se obsoletas, o que isenta o instituto, que não deixa entrever próxima extinção,

PONDERAÇÕES ACERCA DA ILEGITIMIDADE DA LEI Nº 9.605/98, QUE DISPÕE SOBRE OS CRIMES AMBIENTAIS.

Janaína Féiix Barbosa
Acadêmica do 9º período.

Sumário: I - Introdução; II - Ilegitimidade da Norma Jurídico-Positiva; III - Conceito de Crime (formal, material e analítico); IV - Crimes Ambientais; V - Tutela Jurídico-Penal do Meio Ambiente: o que se objetiva proteger; VI - Ilegitimidade da Lei 9.605/98; VII - Conclusão. VIII - Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre os crimes ambientais, surgiram algumas discussões acerca da legitimidade no tocante à aplicação de determinadas penas previstas em seu teor, a tipificação de alguns delitos, assim como a polêmica sobre a consideração da pessoa jurídica, dentre outros aspectos de suma relevância.

O trabalho ora apresentado tem por escopo destacar alguns pontos nos quais a referida lei pecou, implicando na sua ilegitimidade. Para alcançarmos tal objetivo, nos baseamos no ponto de vista crítico apresentados por alguns doutrinadores no que diz respeito aos exageros contidos na norma, o que ainda trará com certeza acaloradas discussões.

2. ILEGITIMIDADE DA NORMA JURÍDICO-POSITIVA

No princípio da legitimidade funda-se o princípio da legalidade, se assim não fosse, a norma seria legal, todavia, não seria justa. A ordem jurídica nem sempre é justa, posto que inúmeras vezes a norma é embasada tão somente no critério da força, onde se desmancha o vínculo de integração da norma ideal com a norma positiva que compõe a relação de legitimidade, sem que sejam observados determinados valores de grande relevância, tais como a justiça, a liberdade, a ordem, a segurança, a igualdade, dentre outras. A finalidade da norma tem que ser cuidadosamente analisada. Legalidade e legitimidade quase sempre se confundem, contudo, ao admitir-se que uma ordem pode ser legal, mas injusta, cessam de identificar-se.

Para determinar o que é legítimo em uma ordem jurídica positiva com referência a uma ordem jurídica ideal, são utilizados critérios e diretrizes, são estabelecidos padrões ou modelos ideais de valores. Para uma dada ordem jurídica ideal, há uma correspondente adoção de determinados valores, visando a guiá-la no sentido de certa ideologia. A ordem jurídica ideal fixa o que é tido por realmente legítimo, utilizando para tanto critérios ou juízos de valor que demonstram um modelo ideal¹.

É importante que tenhamos uma legalidade formal no que diz respeito à exigência de que as leis venham a ser editadas pelos órgãos de representação popular, ou seja, concebidas formalmente, mas não em abstração ao seu conteúdo e à finalidade da ordem jurídica². Quando não são observados os valores que outrora mencionamos e a

¹ BARROS, Cristiane Goveia. Legalidade e legitimidade: subsídios para uma diferenciação filosófica. Revista da ESMape, abril/junho de 1997, p 152.

² Nesse sentido José afonso da Silva, p 404.

finalidade da norma a ser elaborada, com toda certeza teremos uma legalidade formal, o que não teremos é a realização do princípio da legalidade. A criteriologia da legalidade só existe dentro do sistema jurídico positivo, a criteriologia da legitimidade, porém, projeta-se na ordem jurídica ideal.

A ordem jurídica ideal não é mera utopia ou ficção, destarte, a uma ordem jurídica positiva deve corresponder uma ordem jurídica ideal. Quando a legalidade deixa de corresponder à legitimidade, a ordem jurídica positiva estará carente de uma modificação. A relação de legalidade é o resultado da positivação que deve corresponder à relação de legitimidade e esta tende a manifestar-se através daquela e a positivar-se³.

Para que esteja caracterizada a legalidade, basta tão somente que seja cumprido o comando normativo. A conduta quando não contrária ao exposto pela norma caracteriza a legalidade, para isso são observadas a conformidade, a adequação e a obediência. Para fixar a legalidade são adotados critérios, as chamadas categorias deônticas (obrigado, permitido e proibido) que estão implícitas nas normas de direito positivo. A própria norma apresenta em seu bojo o comando normativo adotado, que por sua vez traduz a opção por uma das categorias deônticas.

A legitimidade, por sua vez, caracteriza-se pela integração dos valores de justiça existentes no ordenamento jurídico ideal com os valores postos pela ordem jurídica positiva. Nesta relação são analisados o valor e o mérito do expresso em lei e aprecia-se se a lei é ou não é justa. Na relação de legalidade, entretanto, observa-se a neutralidade da norma no que diz respeito às categorias deônticas, o que é apreciado neste caso é se a conduta está adequada ou não ao previsto na norma, sem cogitar do mérito.

Deve haver, pois, uma mínima harmonia que seja entre a ordem jurídica positiva e a ordem jurídica ideal, pois quando não observado o princípio da legitimidade, não há como alcançar a tão almejada realização do princípio da legalidade.

3. CONCEITO DE CRIME (FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICO)

De início, faz-se mister ressaltar que o nosso Código Penal não apresenta o conceito de crime, ademais encontra-se o mesmo ainda em profunda mutação, evoluindo com o passar dos tempos. Hodiernamente, a elaboração deste conceito compete tão somente à doutrina, haja vista a legislação vigente não definir o que vem a ser considerado "crime". Outrora, porém, as legislações penais apresentavam em seu teor a definição de crime. Em 1830 o Código Criminal do Império assim dispunha em seu art. 2º, parágrafo 1º: "julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrárias às leis penais". Por sua vez, o Código Republicano de 1890, em seu art. 7º afiançava ser crime "a violação imputável e culposa da lei penal".

O crime foi então definido pelas diversas escolas penais. Dentre os conceitos apresentados, tem-se o formal, o material e o analítico como expressões mais relevantes, dentre outras de menor importância.

O primeiro conceito adotado pela doutrina penal brasileira foi o formal, no qual o crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena. Corresponde a definição nominal, ou seja, relação de um termo àquilo que se designa. Peca por apenas revelar a contradição entre a conduta do agente e a sua não adequação a uma norma jurídica e nenhum outro fator é analisado.

O conceito material, posteriormente adotado, corresponde a uma definição real. O crime é fato oriundo de uma conduta humana que lesa um bem jurídico protegido pela

³ BARROS, Cristiane Goveia. Op.cit. p. 147.

lei e explica porque determinados fatos são tipificados como criminosos, enquanto outros não.

Por fim, o analítico procura revelar as características ou elementos constitutivos do crime, possui grande importância técnica. O crime corresponde a uma ação ou omissão típica antijurídica e culpável. Convém que, em breves linhas, façamos uma análise de cada elemento constitutivo deste conceito.

O crime sempre é praticado através de uma ação (conduta positiva), quando por exemplo um ladrão furta um objeto de alguém; ou omissão (conduta negativa), o fato de um empregada que com preguiça não fecha a porta principal da casa e esta vem a ser assaltada. Convém falarmos ainda sobre os crimes comissivos por omissão, que, no entanto produz resultado positivo, desejado por quem o praticou, é o caso da mãe que desejando matar seu filho, deixa de amamentá-lo com o objetivo de matá-lo de fome.

O crime praticado deve ser tipificado, pois diante do princípio da reserva legal "não há crime sem lei anterior que o defina". A conduta praticada deverá estar plenamente ajustada à descrição prevista pelo legislador. Não sendo crime, estaremos diante de uma conduta atípica. Ressalte-se que uma conduta atípica como crime, pode ser tipificada como contravenção penal, menos grave que o crime.

Além de típica, deverá ser antijurídica, ou seja, contrária ao Direito. Não deverá haver justificativa para a conduta. Conforme nos ensina o Professor Damásio de Jesus: "o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão, é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade"⁴.

Por último, analisaremos a culpabilidade, elemento subjetivo do autor do crime. A culpa, em seu sentido amplo, abrange o dolo direto, no qual o criminoso deseja o resultado positivo de sua conduta; o dolo indireto, em que assume o risco de produzir o resultado criminoso; e a culpa, na qual o criminoso não desejava o resultado obtido, portanto, a ele deu causa por negligência, imprudência ou imperícia.

Observamos, ainda, a união de três elementos, quais sejam: imputabilidade, conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade da conduta, e exigibilidade de conduta conforme o direito. São previstas no Código Penal excludentes de culpabilidade, pelas quais o agente não é punido, embora sua conduta seja típica e antijurídica.

Para que haja crime, é indispensável que sejam analisadas todas as características que o delito deve apresentar, para que possamos realmente concluir se houve ou não crime. A título de exemplificação podemos citar o caso de uma pessoa que encontra outra baleada e sem vida, se leiga, acreditaria que houvera homicídio. Um jurista, todavia, não chegaria logo a esta conclusão, sem antes ponderar que a morte daquela pessoa poderia estar plenamente justificada pela legítima defesa ou outra qualquer excludente de ilicitude. Em suma, sem que houvesse analisado os elementos que compõem o referido conceito.

Doutrinadores há que não comungam desse pensamento e não aceitam a definição supra. Para uns o conceito tornar-se-ia perfeito se a ele fossem acrescentados outros elementos, para outros não, alguns elementos deveriam ser retirados. Isto posto, observamos que o conceito de crime encontra-se ainda em plena mutação. A meu ver, o atual conceito prevalente está passível de algumas modificações, o direito não é estático.

4. CRIMES AMBIENTAIS

⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Geral, São Paulo – Saraiva, 1991.p.137.

A Lei 9.605/98 veio, finalmente, consolidar a legislação ambiental no que diz respeito à matéria penal. Outrora, porém, o que tínhamos eram leis esparsas. Com o advento da lei supra, as contravenções dispostas em vários diplomas legais, foram transformadas em crime.

Esta Lei dispõe, especificamente, sobre os crimes ambientais e sobre infrações administrativas ambientais. Ademais, trata também sobre processo penal e cooperação internacional para preservação do meio ambiente. Inovou ao prever a responsabilização penal da pessoa jurídica, a pena restritiva de direitos, praticamente como norma geral, a ser aplicada aos infratores e a intervenção da administração pública, através de autorizações, licenças e permissões.

4.1. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.

Um ponto bastante relevante e que está dando margens a inúmeras discussões é o fato da possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como sujeito ativo nos crimes ambientais. É importante destacar que a Lei Ambiental não restringiu os crimes que poderão vir a ser praticados por tais pessoas, destarte, praticando elas qualquer um dos crimes previstos em seu teor, responderá por ele criminalmente.

Havia realmente a necessidade de se responsabilizar a pessoa jurídica pelos crimes ambientais como forma de minimizar a degradação do meio ambiente, evitando assim a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória, pois a experiência brasileira mostra uma omissão enorme no tocante à imposição de sanções diante das agressões ambientais.

Um questionamento que nos vem à mente quando falamos sobre as penas previstas no art. 21 (multa, restrição de direito, prestação de serviços à comunidade) da Lei Ambiental a serem aplicadas às pessoas jurídicas infratoras, é o que fazer para adaptá-las a esses entes jurídicos. Consoante ensinamento de Mirabete: "não seria possível aplicar às pessoas jurídicas muitas das penas previstas na legislação penal (corporais, privativas de liberdade etc.). A pessoa jurídica não delinque através dos seus membros, são eles que praticam os crimes através das pessoas morais. Assim, só os responsáveis concretos pelos atos ilícitos (gerentes, diretores, etc.) são responsabilizados penalmente"⁵,

A lei 9.605/98 veio então derrubar, contradizer o explicado pelo ilustre doutrinador e no seu art. 22 sana a dúvida que tínhamos inicialmente, ensinando-nos que a pena restritiva de direito consiste na suspensão parcial ou total de atividades: interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e na proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Nos seus parágrafos 1º, 2º e 3º afiança respectivamente, que a suspensão de atividades será aplicada quando estas estiverem obedecendo as disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente; a interdição, quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar; na proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos, No artigo 23 dispõe sobre a prestação de serviços à comunidade', custeio de programas e projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; contribuição a entidades ambientais ou culturais públicas.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, vol.1, 70 ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 117.

Faz-se mister destacar que a responsabilidade penal por crimes ambientais abrange tanto a pessoa jurídica de direito privado, quanto a de direito público. A Administração Pública direta e a indireta podem vir a ser responsabilizadas penalmente. A lei não tala em exceções, a União, os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, as agências e as fundações de direito público poderão ser penalmente incriminados.

4.2 Pena restritiva de direitos

Com o objetivo de combater a promiscuidade carcerária, a lei prevê penas restritivas de direitos que substituem as privativas de liberdade, e vão desde a prestação de serviços à comunidade até o recolhimento domiciliar.

Ao analisarmos o disposto no art. 7º, I e I da lei 9.605/98, chegamos a uma conclusão óbvia e podemos afirmar que a pena imputada a quem descumpre o previsto na lei supra será sempre restritiva de direitos. Assim concluímos baseados no artigo acima referido que assegura a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos quando "tratar-se de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime" (grifo nosso).

Ora, as penas cominadas aos crimes dessa lei, na sua grande maioria, não ultrapassam os quatro anos previstos para que haja a substituição de uma espécie de pena pela outra. Há somente três exceções, são elas: a pena prevista no art. 35, cuja pena máxima poderá chegar aos cinco anos; a disposta no art. 40, que também poderá chegar aos cinco anos; e por último o art. 54 que acompanha a pena máxima prevista nos artigos suso mencionados.

O ilustre Paulo de Bessa Antunes nos ensina que "a prática forense mostra que não se aplica no Brasil o máximo da pena, sendo, portanto, lógico concluir-se que a pena de prisão, a não ser na reincidência, não será efetivamente cominada ao criminoso ambiental"⁶.

No tocante às pessoas físicas, as penas restritivas de direito consistem em prestações de serviços à comunidade onde o condenado é incumbido a cumprir determinadas tarefas gratuitamente junto a parques ou jardins públicos e unidades de conservação; na interdição temporária de direitos, ficando o apenado impedido de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou um outro benefício, bem como participar de licitações; em suspensão parcial ou total de atividades; em prestação pecuniária, cujo valor corresponderá ao montante que deverá ser aplicado para que haja uma possível reparação e no recolhimento domiciliar.

4.3. Os recursos ambientais tutelados pela Lei 9.605/98

Em virtude da destruição desordenada dos recursos ambientais naturais - a água, o ar, a fauna, a flora e a terra, a nova Lei Ambiental veio tutelar o meio ambiente no tocante à matéria penal, o que era anteriormente previsto como contravenção, passou a ser crime.

No concernente às águas, observar-se-á o delito específico quando houver poluição das mesmas, caracterizada quando lhe for alterada a sua composição, tornando-as impróprias para serem utilizadas.

⁶ Antunes, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência, 20 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p 588.

Quanto à flora, será esta agredida quando destruída ou danificada floresta considerada de preservação permanente, ou a utilização da mesma infringindo as normas de proteção; quando sem permissão da autoridade competente, forem cortadas árvores em floresta de preservação; se provocado incêndio em mata ou floresta; quando extraídas de florestas qualquer espécies de minerais; ou ainda quando impedida ou dificultada a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação.

Quanto à fauna, daremos um enfoque nos pontos mais relevantes que foram tutelados pela norma em tela: a caça e a pesca. Tendo em vista que a caça tem causado a extinção de algumas espécies, o legislador abominou o exercício da caça profissional, bem como a perseguição, a matança e os maus tratos a animais, A pesca, por sua vez, nem sempre será proibida, pois será permitida no período, forma, quantidade e lugar em que o órgão competente não tiver determinado a interdição.

É de bom alvitre fazermos breve menção no que se refere à questão da poluição em sentido genérico, inclusive quanto à poluição do ar, do solo, e à sonora, dentre outras, que resultam em danos à saúde humana. O art. 54 da Lei suso mencionada tipifica o delito em tela, dispondo que praticará este crime aquele que causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Importante destacar que independentemente de alcançar-se o resultado expresso, o delito estará consumado, ou seja, é crime causar poluição que resulte danos à saúde humana, todavia, também o é, causar poluição que possa vir a resultar danos à saúde humana. O art. 54 descreve um crime de resultado e de perigo.

O delito supra será também praticado por aquele que deixar de adotar, quando assim exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. Quando descumpridas medidas ordenadas, estará consumado o crime em tela.

5. TUTELA JURÍDICO-PENAL DO MEIO AMBIENTE: O QUE SE OBJETIVA PROTEGER

Ao tratarmos de tutela ambiental, convém de pronto destacarmos que vários são os ramos do Direito que contribuem para estabelecer o suporte jurídico para a proteção do meio ambiente, a saber; o constitucional, cuja norma serve de base para os demais, o civil, o administrativo, o penal, o processual civil e o processual penal.

Hodiernamente, a preocupação com o meio ambiente e sua proteção vem avançando a passos largos, implicando na adoção de estratégias, buscando-se através delas propiciar uma melhor qualidade de vida, bem como reduzir os investimentos em processo artificial uma vez que se tem o mesmo processo gratuitamente oferecido pela natureza, o que passaremos a explicar adiante.

Com o advento da 2ª Grande Guerra Mundial, e conseqüentemente com o grande desenvolvimento econômico, foi gerada a destruição desordenada dos recursos ambientais naturais - a água, o ar, a fauna, a flora e a terra. O desenvolvimento econômico, ideologia tomada como critério para o desenvolvimento da humanidade, causou a deterioração e poluição do meio ambiente e a contaminação dos seus recursos. Ademais, implicou também no forte endividamento dos países de terceiro mundo. Essa consciência foi o ponto de partida para o crescente movimento de proteção aos recursos naturais, concomitantemente, ao meio ambiente.

Economicamente falando, é de bom alvitre tecermos aqui algumas considerações acerca do quanto se investe, em razão da depredação do meio ambiente, fato gerado em virtude da má utilização do meio pelo homem, situação que implica na substituição de

um determinado serviço que é prestado gratuitamente pela natureza, por um processo artificial que requer sempre um custo.

A título de ilustração, podemos citar o exemplo apresentado por Décio Luiz Gazzoni: “imagine-se que as leguminosas, feijão e soja, por exemplo, não mais fixasse no solo nitrogênio diretamente do ar atmosférico”. Neste caso, o agricultor necessitaria adicionar este elemento no seu adubo. Esta substituição não traria qualquer vantagem do ponto de vista prático, ou seja, a produção seria exatamente a mesma, Mas os produtores de soja e feijão no mundo teriam gasto quase dez milhões de dólares para comprar adubo nitrogenado. Levando este raciocínio para o conjunto de serviços prestados pela natureza, significaria que o mundo teria que investir o próprio valor do Produto Interno Bruto Mundial (18 milhões de dólares) para substituir apenas os serviços que recebe gratuitamente da natureza, sem que um investimento monstruoso, com tamanha magnitude, retomasse de alguma forma como um adicional de conforto, progresso ou qualidade de vida; seria apenas uma substituição do prestador de serviço”⁷.

Em razão da conscientização progressiva observada atualmente, busca-se, através de campanhas educativas apresentadas em importantes veículos de comunicação, por meio de regulamentações e até mesmo através do direito positivo, normas jurídicas que prevêm sanções que são impostas àquele que descumpri-las, a tutela ambiental, conservando os recursos naturais do globo, em benefício das gerações presente e futura.

É bastante relevante essa conscientização, bem como a preocupação na busca de estratégias que alcancem a solução desse quadro, para que possamos ter uma boa qualidade de vida, e porque não se falar em poder garantir a perpetuação da espécie humana.

6. ILEGITIMIDADE DA LEI 9.605/98

Todos sabemos do quanto se faz necessária a tutela legal do meio ambiente, indubitavelmente, é imprescindível que haja uma maior conscientização sobre o estado no qual ele se encontra, bem como um estudo de formas para protegê-lo, visando à garantia da perpetuação da espécie humana, conforme falamos outrora. Também é de suma relevância a intervenção penal, todavia, essa tutela penal não pode ir de encontro a princípios fundamentais, tampouco, através de exageros, aumentar a ineficácia da nossa legislação penal, pontos nos quais a Lei 9.605 pecou. É com base nessa preocupação que alguns doutrinadores criticam a referida lei pelos seus imperdoáveis erros.

A Lei de Crimes Ambientais pecou ao cometer erros gravíssimos quando em alguns artigos tipificou delitos e previu penas exageradas, que no dizer de Miguel Reale Júnior, são "erros de técnica legislativa que se somam a absurdos de conteúdo, reveladores da ausência de um mínimo de bom senso"⁸.

O artigo 29 da lei supramencionada afiança que "matar, perseguir, apanhar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória", é crime. No parágrafo 3º define os espécimes da fauna silvestre como sendo todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias ou quaisquer outras que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida dentro dos limites do território brasileiro.

Dessa forma interpretamos que qualquer espécie de animal enquadra-se no contexto do referido artigo. O legislador ao tentar ser claro nos confundiu ainda mais: o que distinguiu no caput do artigo identificou no seu parágrafo 3º.

⁷ GAZZOTTI, Décio Luiz. O valor econômico dos serviços da natureza. Artigo publicado no editorial do seminário do Fórum n1 77, de 07/10/97.

⁸ JÚNIOR, Miguel Reale. A Lei Hedionda dos Crimes Ambientais. Artigo publicado na Folha do Estado de São Paulo de 06 de abril de 1998.

Absurdo maior foi o que constatamos ao nos depararmos com o artigo 32, que dispõe aquele que praticar "ato de abuso, maus tratos, ferir, ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos", cominará na pena de três meses a um ano de detenção e multa. Ora, o Código Penal, artigo 136 que trata justamente do crime de maus tratos impostos a uma pessoa, reza que para quem incorre nesse tipo, a pena prevista é de dois meses a um ano de detenção ou multa. Estamos diante de uma grande heresia. É inaceitável que para a mesma espécie de crime, quando a vítima for uma pessoa a pena a ser imposta ao acusado seja menor que a imposta quando a vítima for um animal.

Ainda nesse artigo observamos outra incongruência, desta vez em relação ao uso de animais em experiências didáticas, científicas que passou a ser crime, ademais, se por ventura o animal vier a morrer a pena para quem praticou o crime será elevada. Não será crime, portanto, se não houver outro meio, que neste caso deverá ser avaliado pelas autoridades policiais ou judiciais, após submeter o cientista ou professor a processo criminal. Não há lógica, afinal para evolução da medicina e principalmente da farmacologia faz-se necessário o uso de cobaias. É impossível o desenvolvimento da ciência se não há como fazer experiências.

No artigo 37 temos outro exemplo dos exageros contidos nesta norma ao dispor que desde que autorizado por quem compete permitir, não incorrerá em crime aquele que abater animal que estiver a destruir a lavoura ou a criação. Para que não pratique o crime ao qual nos referimos é necessário que se espere a tramitação do processo administrativo autorizando o abate do animal predador para poder tomar a devida providência em defesa da criação ou do plantio. Trocando em miúdos, é preciso que o agricultor pacificamente observe todo seu plantio sendo destruído sob pena de praticar um crime ao tentar defendê-la.

Tornar-se-á legítimo o abate de animal nocivo quando assim ele for realmente reconhecido como nocivo pelo órgão competente. O interessado, sob risco de praticar um crime, deverá, então, providenciar a identificação do animal predador e, posteriormente, solicitar ao órgão competente que seja ele reconhecido como nocivo, só assim será lícita a ação do abate. São inúmeros os absurdos contidos nesta norma e não param por aqui.

Outro ponto que nos chamou atenção no concernente aos exageros dispostos na Lei em estudo foi a questão prevista no art. 40, que tipifica como crime: "causar dano direto ou indireto às unidades de conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n 99.274 de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização". No parágrafo 1º, de forma bastante ampla, apresenta-nos a noção do que vem a ser unidade de conservação, abarcando neste conceito Reservas Florestais e Biológicas, Parques e Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas ou outras a serem criadas pelo Poder Público. Com tal amplitude o legislador nos deixa numa situação de total insegurança, que no meu entendimento se agrava ainda mais quando no parágrafo 3º prevê a forma culposa. Cometerá delito culposamente de dano àquele que correndo desatentadamente por um parque do Estado, por exemplo, cai e ao tentar proteger-se segurando no portão, arranca-o sem querer.

Luiz Luisi, em artigo publicado na Consulex, critica a lei em causa dispondo que a mesma "conflita com o princípio da intervenção mínima por sua excessiva e, em numerosos casos, desnecessária criação de tipos penais, e por sua ampliação no campo das 'pessoas' penalmente responsáveis"⁹.

⁹ LUISI, Luiz. Criminalização do verde. Revista Consulex, Brasília, n. 1 19, p. 45, julho/1998.

Outro abuso, apontado pelo ilustre Mestre Miguel Reale Júnior, está no art. 49 que reza ser crime contra a flora "destruir, danificar, lesar ou maltratar plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia", admitindo-se também a forma culposa, destarte, "tropeçar e pisar por imprudência na begônia do jardim do vizinho é crime"¹⁰.

Outras questões vêm sendo apontadas como ilegítimas pelos estudiosos desse ramo jurídico, que inconformados com a Lei de Crimes Ambientais que transforma comportamentos, atitudes irrelevantes em crime, asseguram que desta forma, elaborada sem um mínimo de bom senso, implicará no aumento da ineficácia da nossa legislação penal.

7. CONCLUSÃO

Finalmente atingimos o termo deste breve estudo, apresentando o nosso ponto de vista e a conclusão a que chegamos no concernente a ilegitimidade da Lei de Crimes Ambientais quando tipificou determinados crimes e previu penas abusivas.

Não resta a menor dúvida do quanto se fazia necessária a tutela penal do meio ambiente, pois o que tínhamos anteriormente eram leis esparsas de difícil aplicação. Com a intenção de proteger a espécie humana, pretendendo a garantia da qualidade de vida, em suma, visando a perpetuação da espécie, a Lei 9.605/98 veio consolidar a legislação ambiental.

Embora estivessem bem intencionados os legisladores, a Lei em tela, apresentou imperdoáveis pecados ao tipificar alguns delitos, ao prever penas exacerbadas, dentre outras questões a quais nos referimos anteriormente, gerando uma verdadeira agressão aos princípios norteadores do Direito Penal, o que pode implicar na sua própria ineficácia.

Apesar de buscar-se a perfeição na elaboração da norma, ela não nasce perfeita. Através de estudos, discussões doutrinárias, bem como pelas decisões judiciais, será, aos poucos, aperfeiçoada.

8, BIBLIOGRAFIA

1. ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
2. BARROS, Cristiane Gouveia. Legalidade e legitimidade: subsídios para uma diferenciação filosófica. Revista da ESMAPE, abril/junho de 1997.
3. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3 ed. Atualizada e ampliada por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
4. JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal • Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1991.
5. MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998.
6. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral. São Paulo Atlas, 1997.

¹⁰ JÚNIOR, Miguel Reale. Ob.cit.

7. LUISI, Luiz. Criminalização do Verde. Revista Consulex, Brasília, n.º 19, p. 45, julho/1998.
8. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

O DIREITO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR SOB A ÓTICA JURÍDICA ROMANA E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Kíldare Cley Marinho de Souza e Ricart César Coelho dos Santos
Acadêmicos do 4º período.

1. O DIREITO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR SOB A ÓTICA JURÍDICO-ROMANA — ABORDAGENS PROPEDÊUTICAS

"Família: comunidade formada por um homem e uma mulher, unidos pelo laço matrimonial, e pêlos filhos, nascidos desse casamento; unidade espiritual, constituída das gerações descendentes de um mesmo tronco e, portanto, fundada na consangüinidade ou por estranhos admitidos por adoção" (Dicionário Aurélio).

O excerto acima representa um verbete de um célebre dicionário que descreve apenas analiticamente a instituição familiar, mas não traduz o sentido completo da relevância desta no contexto histórico. Quer fossem monogâmicas, quer poligâmicas; seja patriarcal, seja matriarcal, certamente são notórias as nuances e peculiaridades da família, variando de grupo a grupo, de tribo a tribo, de uma sociedade a outra. Uma certeza é que até os nossos dias não se encontrou uma única sociedade, desde as mais primitivas até as mais avançadas, em que não estivesse presente a organização familiar.

A explicação mais aceita para este fato é a de que o homem, face ao longo período que intercala o seu nascimento e sua maturidade, não pode prescindir de uma base sólida assecuratória de sua sobrevivência, de seu desenvolvimento psico-emocional e, notadamente, de sua afirmação no seio de seu grupo social. Ao recorrermos à História, a Psicologia, a Antropologia e a Sociologia, perceberemos a existência de inúmeros exemplos atestatórios da incomparável relevância social que a família exerceu e ainda exerce.

Dentre os exemplos históricos mais relevantes acerca da instituição familiar, indubitavelmente, as civilizações clássicas gozam de um merecido destaque. É mister acrescentar que a solidez na instituição familiar tanto na Grécia. Como em Roma, é apontado como um dos fatores preponderantes da coesão e, conseqüentemente, do poderio dessas notáveis civilizações. Dentre os defensores dessa tese se destaca o historiador Will Durant. Este, na segunda parte da sua obra *A História da Civilização*, também apontou a crise na família como um dos fatores desencadeantes da desestabilização interna grega que, por sua vez, propiciou condições favoráveis para a conquista da Grécia pelo Império Romano. Will Durant acrescenta que a própria sociedade romana era baseada numa forte coesão familiar, o que gerou um conseqüente fortalecimento de outras instituições.

Face a esse fatos de grande relevância faz-se mister considerarmos em maior grau de abrangência a instituição familiar romana, notadamente vista sob uma ótica jurídica. As desprezíveis abordagens que aqui serão efetuadas tencionarão dar um perfil da família romana e, simultaneamente, mostrar como o Direito Romano influenciava esta e, por sua vez, como a referida instituição o influenciava.

No desenrolar desta obra serão feitas considerações acerca de tópicos relevantes de direta ligação com o tema proposto, os quais, entre outros, são: a definição, os requisitos e os efeitos do matrimônio na sociedade e direito romanos; tipos de uniões subalternas ao matrimônio; tutela — espécies, administração, obrigações, responsabilização tutoral, razões escusatórias e garantias aos tutelados; o instituto curatelar — definição, espécies, funções, responsabilização curatorial e garantias aos curatelados.

Tendo sido apresentado em linhas gerais o panorama da instituição familiar romana, apreciemos daqui em diante, de forma mais nítida, esse tema que despertou e ainda desperta hodiernamente a atenção e o interesse de estudiosos em todas as nações.

2. A FAMÍLIA: NOÇÕES GERAIS

O termo família podia ser tomado em muitas acepções. Para os romanos, tal termo era empregado para designar tanto a *família iure proprio*, que compreendia todos os indivíduos sujeitos ao poder de um *pater familias* vivo, como também a *família iure communi*, que abraçava um conjunto de pessoas reunidas em vários grupos, chefiados, cada um deles, por um *pater familias*, mas que se encerrariam numa só família, se o *pater familia* comum estivesse vivo. Este era o senhor absoluto da família e o único sujeito de direitos patrimoniais.

A família romana possuía acentuado caráter político. Ela não se destinava como a família moderna, à procriação, educação da prole e mútuo auxílio entre os cônjuges. Visava, antes de tudo, a lograr objetivos que, interna e externamente, se assemelhavam aos do Estado. A família romana era, portanto, uma unidade política em miniatura: *maiores nostridomun pusillam rei publicam esse iudicaverunt*.

3. O MATRIMÔNIO

Após as sponsais, que eram promessas recíprocas de futuro matrimônio, os textos impunham ainda, para a constituição do casamento legítimo (*iustae nuptae*), que os contraentes satisfizessem os seguintes requisitos: *connubium*, puberdade e consentimento.

a) *Connubium* era aptidão legal para a realização das núpcias: *uxoris iure ducendae facultas*. Desfrutavam do *ius connubii* os cidadãos romanos, sendo privados do mesmo os escravos, os peregrinos e os bárbaros. Porém, ainda entre pessoas que gozassem do *connubium* podiam surgir impedimentos ou proibições, que lhes impossibilitassem a união.

I - A diferença de condições sociais: o casamento entre patrícios e plebeus era proibido, sendo permitido a partir da lei da Canuléia, em 445 a. C.

II - Parentesco e afinidade: o parentesco em consanguinidade em linha direta obstava o casamento *In infinitum*. Na linha colateral, o antigo direito impunha tal vedação até 6º grau; sob o Império, o Senado, a fim de legitimar a união de Cláudio por sua sobrinha Agripina, declarou a liceidade do casamento entre tio paterno e a sobrinha.

A afinidade gerava impedimento, no direito clássico, entre os parentes em linha direta: padrasto e enteada, madrasta e enteado, sogro e nora, sogra e genro; mais tarde, o direito imperial pós-clássico vedou a união conjugal, na linha colateral entre cunhados, medida que Justiniano confirmou.

b) A puberdade se dava quando os nubentes estavam aptos fisicamente para as núpcias. O marido deveria ser púbere (*pubes*), que se verificava aos 14 anos, e a mulher núbil (*viripontens*), aos 12 anos.

c) Durante o Império, quando os noivos eram *alieni lures*, além do consentimento dos pais famílias, exigia-se o consentimento dos futuros esposos: *nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt* (Paulo).

Se os nubentes eram *sui iuris*, bastava o seu consentimento, mas tratando-se da mulher, era exigível *auctoritas tutoris*, de seu pai ou, na falta deste, de um parente

próximo. Quando o *pater familias*, "sem motivo justo, denegasse seu assentimento às núpcias, a lei Julia de *maritandis ordinibus*, do ano 18 a.C., ensejou aos noivos um recurso ao pretor, a quem se conferiu a atribuição outorgá-lo"¹.

O antigo casamento romano associava-se, quase sempre, à *conventio in manum*, pela qual a mulher se subordinava ao poder marital. A aquisição da *manus* se dava de três maneiras: *farreo, coemptione e usu*.

A *conventio in manum* que se realizava *farreo* chamava-se *confarreatio*. Era uma cerimônia solene e religiosa própria dos patrícios. Processava-se perante dez testemunhas e recebia o nome de um bolo de cereal (*far*) que os nubentes partiam e comiam. Perdeu importância durante o principado, mas conservou-se até o cristianismo.

A *coemptio* era a aquisição da *manus*, mediante prática de ato civil, similar a *mancipatio*, em que a mulher se vendia, ficticiamente, ao futuro marido. Era o casamento normalmente utilizado pelos plebeus.

Finalmente, a vida em comum durante um ano importa para o homem a aquisição da *manus* sobre a mulher com quem ele se casou sem as solenidades acima expostas. Essa aquisição se dava como a aquisição da propriedade por decurso de tempo (usucapião) e, assim como essa admitia interrupções, a *manus* não nascia quando, durante o ano, a mulher se ausentasse por três noites consecutivas do domicílio conjugal. É a *usurpatio trinoctii* prevista pelas XII Tábuas. O *usus* desapareceria já no tempo de Augusto.

Em virtude do *conventio in manum*, a mulher caía sob a *potestas* do marido com todos os seus bens. Recebia o nome honroso e respeitável de *mater familias*, "mas não ocupava uma posição jurídica própria; se fosse o marido *pater familias*, ela figurava na família como filha (*loco filiae*), se o marido fosse *alieni iuris*, tinha a qualidade de neta (*loco neptis*)"².

4. O CONCUBINATO

No direito romano se conheceu outra forma de comunidade conjugal permanente, além do matrimônio, que foi o concubinato. Distinguia-se desse tanto pela posição que a concubina ocupava como pela situação dos filhos. Esta não era considerada mulher casada, pois lhe faltava o *honor matrimonii*. Os filhos, oriundos desse tipo de convivência (*liberi naturales*)³, assim como os demais não matrimoniais (*spurii, vulgo concepti*), não estavam sob o poder ou a família do pai como os filhos legítimos (*iusti, legitimi*), seguindo a condição pessoal de sua mãe, através dos vínculos jurídicos resultantes não do concubinato, mas da *cognatio* que se instaurava entre eles. O concubinato era a única forma de união com libertos e mulheres difamadas sem infringir aos preceitos da *lex lulia de adulteriis* de Augusto.

Constantino perseguiu o concubinato com sanções e tratou de estimular os concubinos ao matrimônio outorgando "*a /os contraídos el efecto de la legitimación de /os hijos, com todos sus efectos: ingreso en la potestad paterna y en la familia del padre*"⁴ (JÖRS, 1986, p. 401). Justiniano ampliou as bases de sua legitimação

¹ NOGUEIRA, Adalício Coelho. Introdução ao direito romano. 2 v. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p.15.

² CHAMOUN, Erbet. Instituições de Direito romano. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. p.166.

³ Os *liberi naturales* podiam transformar-se em legítimos e ingressar na família, através de legitimação (*legitimatio*). Realizava-se por uma das três formas seguintes: por matrimônio subsequente (*per subsequens matrimonium*), por oblação à cúria (*per oblationem curiae*) ou por rescrito do príncipe (*per rescriptum principis*).

⁴ Aos casados, o efeito da legitimação dos filhos, com todos os seus efeitos: o ingresso no pátrio poder e na família do pai.

permitindo sua concessão por graça imperial em caso de falecimento da concubina (o que tornava o matrimônio impossível), ou quando pela conduta da mulher não se pudera exigir ao concubino fazer dela sua cônjuge (*legimatio per rescriptum principis*).

5. O INSTITUTO DA TUTELA NO ÂMBITO DO DIREITO ROMANO

De acordo com a previsão legal romana, com o advento da morte do pater famílias o menor do sexo masculino obtinha capacidade civil, entretanto esta não era absoluta, pois, por um lado, o menor podia exercer por si só determinados direitos; por outro lado, eram impostas a ele certas restrições acerca do gerenciamento do seu patrimônio. E aí entrava a figura do tutor. A legislação romana previa duas espécies de tutela: para varões menores de 14 anos; para as meninas menores de 12 anos e se estendia para as mulheres.

O instituto tutelar foi desenvolvido, a priori, com o intuito de suprir a lacuna do *pátria potestas* (pátrio poder), deixado com a morte do *pater famílias*, e consequentemente, prover um protetor para os impúberes. Contudo, um breve exame da história nos mostra que por inúmeras vezes os tutores se afastavam do objetivo e da responsabilidade a qual foi a eles confiada e, sendo assim, tornou-se mister a necessidade de se limitar a atuação dos tutores, ponto que será mais apropriadamente abordado nos tópicos seguintes.

No Direito Romano podemos identificar três espécies de tutela: a tutela testamentária, a tutela legítima e a tutela honorária ou dativa.

1) A tutela testamentária: entende-se por tutela testamentária aquela criada em virtude da indicação de um tutor por parte do desejo do pater famílias em seu testamento. Tal espécie de tutela foi alçada ao primeiro plano pela Lei das XII Tábuas como sendo a de maior relevância em virtude de ser produto da decisão do pater famílias. Este podia indicar qualquer pessoa, desde que fosse do sexo masculino, abrangendo assim desde seu filho emancipado até mesmo um escravo alforriado. Os únicos impedidos de assumir uma tutela eram os monges, os bispos, os menores de 25 anos não emancipados, os militares, nem tampouco aqueles que portassem deficiência total auditiva ou aquela que impedisse o portador de falar, pois era necessário que o indicado para assumir uma tutela fizesse um juramento solene e compreendesse suas responsabilidades.

2) A tutela legítima: Consiste numa indicação natural do tutor com base no parentesco consanguíneo. Os indicados para assumir a tutela eram os agnados do pupilo, a saber, os parentes consanguíneos do sexo masculinos mais próximos do pupilo, os quais deveriam pertencer à família do *pater famílias*. Se porventura o pupilo não possuísse mais nenhum parente vivo, a tutela seria deferida aos gentilícios, ou seja, aos membros da mesma gens⁵.

3) A tutela honorária ou dativa: Essa outra espécie tutelar é tida como a mais recente dentre as três. Ela foi instituída no Direito Romano pela Lei Atília, no fim do século 111 a.C., sendo utilizada inicialmente somente em Roma. Somente com o advento das Leis Iúlia e Tícia é que esta espécie tutelar passou a ser empregada nas províncias,

A tutela honorária foi criada com a meta de amparar casos em que não houvesse tutor testamentário e nem tampouco legítimo. Nos casos pertinentes à jurisdição da cidade de Roma, cabia ao pretor urbano, assistido da maioria dos tribunos da plebe, a Indicação do tutor, Nas províncias, esse papel era desempenhado pelo governador, sendo

⁵ NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. 3 ed. [s.l.]: Freitas Bastos, 1961, p.530.

a este facultado a possibilidade de delegar à outra autoridade a competência de instituir o tutor.

5.1. Justificativas da dispensa do exercício da tutela

A pessoa indicada para tutor podia pedir a dispensa deste cargo desde que apresentasse um dos motivos a seguir elencados; 1º) Se a pessoa indicada possuísse três filhos em Roma, quatro na Itália e cinco nas províncias; 2º) Se já houvesse administrado três tutelas; 3º) Se exercesse cargos públicos, principalmente relacionado à arrecadação de impostos (Fisco); 4º) Se estivesse ausente, a serviço da República; 5º) Se fossem apresentados como motivos da dispensa fatores como pobreza, ignorância ou moléstia da pessoa indicada para o exercício da tutela; 6º) Se atuasse como soldado; 7º) Se exercesse o magistério nas áreas da Gramática, Retórica, Filosofia, Direito, Medicina etc.⁶

É relevante ressaltar que somente eram admitidas escusas quando a tutela era de espécie testamentária ou dativa, pois quanto a tutela legítima não cabia escusas. Porém, a pessoa indicada poderia transferir a indicação para outra pessoa, desde que esta também satisfizesse os requisitos para assumir uma tutela. O ato pelo qual ocorria essa transferência denomina-se *in iure cessio*.

Após abordarmos as espécies de tutela e as escusas plausíveis para esta, voltaremos a nossa atenção para o tratamento da questão dos tipos de tutela, agora levando em conta a situação dos pupilos: a tutela *impuberum* e a tutela *mulierum*.

5.2, Tutela Impuberum

Essa era a denominação da tutela que recaía sobre os varões menores de 14 anos, os quais ao ver da sociedade e, por sua vez, do Direito Romano, não gozavam de maturidade aceitável para o gerenciamento do patrimônio familiar, tornando, deste modo, imprescindível a presença de alguém para guiá-lo e em certos assuntos representá-lo.

A tutela testamentária e a tutela legítima eram encaradas, em épocas primitivas do Direito Romano, como uma extensão do *pater potestas*, como um verdadeiro pátrio poder, onde ao tutor eram conferidos poderes para gerenciar o patrimônio do pupilo como se fossem seus, sem que houvesse interferência alguma por parte dos magistrados. O pátrio poder que o tutor detinha se estendia também à vida do pupilo, o qual estava totalmente subordinado à vontade do seu tutor.

Posteriormente, com o intuito de coibir abusos por parte do tutor, ocorreu uma dicotomização tutelar: coube a um tutor o gerenciamento do patrimônio pupilar e a outro a orientação educacional do tutelado.

A partir da Lei Atília, o tutor passou a ter suas ações ligeiramente controladas pelo pretor urbano e, posteriormente sob o governo de Marco Aurélio, pelo *praetor tutlearis* (pretor tutelar). Entretanto, no período clássico houve um retrocesso: os tutores recuperaram plena liberdade sobre sua atuação. Somente no período pós-clássico que sua atuação voltou a ser novamente vigiada pelos pretores.

5.3. A atuação do *tutor impuberis*

⁶ NOGUEIRA, Adalício Coelho. Op.cit., p. 41.

A atuação do tutor estava diretamente ligada à gradação da incapacidade do impúbere. Se este constava na faixa entre os 7 e 14 anos era encarado como *impubes infantia maior*, a saber, como tendo ultrapassado a fase da meninice. Nesse caso, o tutelado podia realizar negócios, desde que tivesse a *auctoritas tutoris* (autorização tutelar).

Por outro lado, para os atos que pudessem beneficiar o pupilo, como o caso de uma doação, não havia a necessidade da autorização tutelar. Os atos do pupilo eram plenamente válidos. O que podemos concluir é que a utilização da *auctoritas tutoris* visava proteger o impúbere entre 7 e 14 anos, os quais podiam ser persuadidos devido a sua pouca experiência de vida, a realizar negócios vis que pudessem implicar na diminuição de seu patrimônio.

Em se tratando de um pupilo que estivesse na *infantia* ou *infantia* próximos, a saber, abaixo dos sete anos de idade, ao tutor era delegado amplos poderes para gerir os bens do pupilo como se seus fossem. Essa forma de atuação era denominada *negociorum gestio* (gestão de negócios), o que lhe permitia realizar negócios e atuar como autor destes, ao invés de representante do pupilo. Ademais, era uma prerrogativa do tutor a cobrança dos créditos devidos ao seu protegido, assim como a impetração das respectivas ações para o resguardo dos interesses do seu pupilo.

A Questão da responsabilização tutelar

Nos primórdios do direito romano o tutor não era responsabilizado, fosse perante o pupilo ou perante terceiros, acerca dos seus atos durante o período da tutela. Em virtude dos abusos cometidos no decorrer da História Romana, o direito romano, atendendo aos anseios sociais no sentido de punir tais abusos, acolheu vários tipos de ações responsabilizatórias dos atos tutoriais. Distinguimos a seguir as três mais relevantes ações à luz da previsão legal romana: *crímen suspecti tutoris*, a *actio rationibus distrahendis* e a *actio tutelae*.

1) *Crímen suspecti tutoris*: consistia numa representação contra o tutor em exercício de má administração dos bens pupilares, podendo culminar na destituição daquele da função tutelar.

2) *Actio rationibus distrahendis*: esse tipo de ação se direcionava contra o tutor que não houvesse cumprido apropriadamente suas funções. A *actio rationibus* só era cabível contra os atos positivos, ou seja, as ações tutoriais nocivas ao patrimônio pupilar. Não eram motivos plausíveis para a propositura da referida ação os atos negativos, como a negligência ou a omissão.

A *actio rationibus* previa sanção de natureza mista: gozava, de um lado, de um caráter civil por prever a indenização dos prejuízos sofridos; por outro lado, tinha um status penal por obrigar o pagamento de uma multa no mesmo valor da indenização.

3) *Actio tutelae*: essa espécie de ação era uma prerrogativa pupilar, a qual podia ser utilizada por este findo o período tutelar, visando à prestação de contas de seu tutor em virtude dos prejuízos causados pela má gerência deste sobre os bens daquele.

5.5. A Tutela *Mulierum*

A tutela das mulheres, como inicialmente consideramos, consistiu em uma perpétua providência para assegurar que os atos praticados por estas fossem corretamente direcionados. Esse tipo de tutela representou uma tradição herdada do ambiente patriarcal, uma verdadeira reminiscência do conceito patriarcal de supervalorização dos varões e rebaixamento das mulheres.

Havia entre os romanos um dogma sobre o real papel que a mulher deveria desempenhar na sociedade: a dedicação exclusiva aos afazeres no âmbito doméstico. Em virtude desse dogma, era corrente entre os romanos o afastamento das mulheres da vida pública, notadamente da vida política e da magistratura.

A tutela mulheril possuía certas peculiaridades interessantes: em primeiro lugar, a tutela era perpétua; segundo, havia uma gradação desta, a saber, uma diminuição das atribuições do tutor quando a menina atingia 12 anos de idade. De maneira similar à situação do impúbere maior, a mulher necessitava da *auctoritas tutoris* para a validação de certos atos da vida civil. Dentre estes enumeramos: 1º) a alienação de uma *res Mancipi* (venda de bens); 2º) a adição de herança; 3º) a constituição de dote; 4º) a assunção obrigacionais; 5º) o fazimento de testamento; etc.⁷.

Com o decorrer da evolução da sociedade e do direito romanos, aliados às pressões exercidas pelas mulheres, ocorreu, aos poucos, a liberação da obrigação das mulheres de se submeterem à tutela. No direito romano clássico, a *auctoritas tutoris* era apenas uma simples formalidade. As Leis Júlia e *Papia Poppae*, de Augusto, passaram a prever situações liberatórias da tutela. Era concedido o *ius liberorum* para as mulheres ingênuas que tivessem três filhos, assim como para as mulheres libertas que tivessem quatro filhos.

Em face do processo cada vez mais abrangente da liberação das mulheres do fardo da tutela, este instituto deu seu último suspiro no ano de 440 d.C. com a decretação da abolição absoluta da tutela mulheril.

6. A CURATELA — EXPEDIENTE JURÍDICO PARA A INCAPACIDADE TRANSITÓRIO

A instituição curatelar, baseando-nos nos registros históricos romanos, foi desenvolvida com o intento de prover proteção patrimonial e a efetivação de operações jurídicas dos mentalmente incapacitados em virtude de insanidade, dos pródigos e, posteriormente, dos menores de 25 anos.

A fim de evitarmos possíveis confusões entre os dois institutos, salientaremos as distinções entre a curatela e a tutela. Aquela visa, primordialmente, ao suprimento de incapacidades acidentais, enquanto que esta é um remédio jurídico para incapacidades mais regulares; a curatela não admite a forma testamentária, contrastando com a tutela que permite.

6.1. Espécies de curatelas previstas no Direito Romano

Remonta do século V a.C., mais precisamente por volta do ano de 450 a.C. com o advento da Lei das XII Tábuas, as criações das primeiras espécies de curatelas vistas em Roma: a curatela dos loucos e a curatela dos pródigos.

1) A curatela dos loucos: Era também denominada de cura furiosus, Essa espécie curatelar era indicada nos seguintes casos: para os mentecaptos (portadores de desenvolvimento mental deficiente ou retardado) e para os dementes (portadores de doença mental contínua). Quando alguém era caracterizado como louco, ocorria a automática perda da capacidade civil e era indicado um curador para o interdito.

A forma de curatela preferencial era a legítima, onde os próprios parentes do insano eram indicados para exercer a curatela. Era dada a preferência, assim como ocorria com a indicação do tutor, aos agnados e somente na falta destes era confiada a

⁷ NOGUEIRA, Adalício Coelho. Op.cit., p. 42.

responsabilidade a um dos *gentis*, ou seja, um membro da própria *gens*. Para suprir os casos em que não houvesse alguém que atuasse como tutor legítimo, foi criada a curatela honorária ou dativa. Nesta a indicação do curador ocorria da mesma maneira da indicação do tutor honorário: cabia ao pretor, em Roma, ou ao governador, nas províncias, essa escolha.

2) A curatela dos pródigos: usualmente era denominada pelos romanos como *cura prodigi*. Pródigos eram aqueles que utilizavam de forma esbanjatória o patrimônio havido em função de herança. A interdição daqueles que se encaixavam nesse perfil visava à proteção da família e do próprio interdito de uma prospectiva situação de miséria em função da dilapidação patrimonial. Para a decretação da interdição era imprescindível um pronunciamento comprobatório por parte da *gens* a qual o acusado de prodigalidade pertencesse e, posteriormente, por parte do magistrado. Este nomeava um curador, o qual deveria ser preferencialmente de origem legítima e na ausência de pessoas que preenchessem os devidos requisitos de legitimidade seria utilizada a curatela honorária⁸.

Uma terceira espécie de curatela veio a ser empregada após a instituição das duas anteriores, a saber, a curatela dos menores de 25 anos.

3) A curatela dos menores de 25 anos: conforme vimos, a incapacidade civil dos menores varões cessava aos 14 anos de idade e a partir daí o jovem podia praticar todos os atos da vida civil. Todavia, com a expansão do poderio romano e o maior inter-relacionamento comercial ocorreu o aumento de casos de jovens logrados em negócios vis. Como forma de proteção para os jovens, medidas legais tiveram de ser tomadas. Uma das que tiveram maior repercussão foi a *Lex Plaetoria*, datada do princípio do segundo século a. C., a qual visava proteger todos os menores púberes abaixo da idade de 25 anos. Embora haja até hoje certas divergências sobre o exato conteúdo dessa lei, há muitos romanistas que defendem que esta previa duas sanções para aqueles que realizassem negócios fraudulentos com os menores amparados: 1º) seria aplicada uma pena pecuniária, uma multa como forma de coibir tal espécie de negócio; 2º) o menor tinha o direito de exigir uma reparação monetária dos gastos que teve com o negócio fraudulento.

Em adição à *Lex Plaetoria* uma outra medida foi colocada à disposição do menor: a *restitutio in integrum*. Esta medida consistia numa ação, perante o pretor, de requisição de anulação de quaisquer negócios que o menor julgasse prejudicial para si.

As medidas legais tomadas geraram um temor generalizado em se realizar negócios com menores de 25 anos. Os jovens desta faixa etária, ao invés de serem beneficiados pela proteção legal, passaram a sofrer com a dificuldade em negociar. A saída para esse dilema foi a utilização de uma terceira pessoa, a qual agiria como um supervisor da idoneidade do negócio, a saber, um curador para o menor. Desse modo, passou a ser costume e, no Baixo Império, uma obrigação a presença de um curador para a celebração de negócios com menores púberes. Esse tipo de curador era nomeado pelo magistrado a pedido do próprio menor⁹.

6.2. *Venia aetatis* - uma alternativa à curatela compulsória.

A obrigatoriedade da presença de um curador para a celebração de negócios com menores de 25 anos se tornou para muitos jovens um estorvo. Com o intuito de prover uma alternativa para aqueles que desejavam se libertar da curatela antecipadamente,

⁸ NOGUEIRA, Adalácio Coelho. Op.cit., p. 46.

⁹ NÓBREGA, Vandick Londres da. Op.cit., p. 544.

Aureliano e, posteriormente Constantino, criaram a *Venia aetatis* (dispensa da idade). A *Venia aetatis* constituía a dispensa do curador para a moça que tivesse 18 anos de idade ou para o rapaz que houvesse completado 20 anos, desde que fossem tidos pela sociedade como pessoas de comprovada decência.

Por outro lado, ao menor que obtivesse a *vénia aetatis* não era mais conferida a prerrogativa de impetrar ações de *restitutio in integrum* e nem tampouco lhe era concedido o direito de alienação ou doação, sem auxílio de outrem, de bens móveis ou imóveis preciosos.

6.3. Funções primordiais reservadas ao curador

As funções do curador dependiam primária e diretamente do tipo de curatela por ele exercida. No caso da curatela dos loucos, cabia ao curador administração dos bens do interdito através do *negociorum gestio*. A condição de o curador ter a prerrogativa de gerenciar todos os bens do curatelado se justifica pela total incapacidade civil deste.

Em se tratando da curatela dos pródigos, estes gozavam de incapacidade parcial, pois o atos praticados por estes com o intuito de melhorar sua situação financeira eram reconhecidamente válidos. Em virtude disso, o próprio curador não detinha tantos poderes, mas mesmo assim ainda agia enquanto administrador dos bens do pródigo.

Por fim, no tocante à situação dos menores púberes abaixo dos 25 anos, o curador lhe prestava assistência nos atos que necessitassem de seu aval. Da mesma maneira que o menor entre 7 e 14 anos de idade necessitava do *auctoritas tutoris* para a conferência da plena validade dos seus atos, o menor púbere de 25 anos não podia prescindir do parecer do seu curador, que era expresso através do consensos. O *consensus* não era tão formal quanto o *auctoritas tutoris*, porque naquela não era exigida a presença do curador na realização do ato; ainda o consensos podia ser dado antes ou após a realização do negócio, quer verbalmente, quer por escrito.

7. CONSIDERAÇÕES CONCLUDENTES: AS REPERCUSSÕES DO DIREITO FAMILIAR ROMANO NO ARCABOUÇO JURÍDICO CIVIL BRASILEIRO

Que ligações pode haver entre o Direito de duas civilizações distintas, como é o caso da civilização brasileira e a antiga civilização romana, separadas fisicamente por milhares de quilômetros e historicamente por milhares de anos? A solução para a questão suscitada se resume em uma palavra: diversas. Em primeiro lugar, não podemos e nem devemos desconsiderar a origem lusitana da nossa colonização que, por sua vez, influenciou na formação da sociedade brasileira sob diversos aspectos: no idioma, na religião, numa boa parte dos costumes e tradições e, notadamente, no Direito,

O Direito lusitano pertence a grupo, ao qual também pertencem países como a Itália, a Espanha e demais países latino-americanos, onde a influência do Direito Romano em suas elaborações jurídicas foi preponderante. Portanto, o processo de influência do Direito Romano na elaboração do Direito Brasileiro ocorreu naturalmente e de maneira intensa. Dentre os ramos jurídicos brasileiros que mais absorveram aspectos do Direito Romano encontra-se o Direito Privado, mais especificamente o nosso Código Civil.

O Código Civil Brasileiro se espelhou muito na previsão legal romana, notadamente na sistematização do Direito Romano realizada pelo imperador Justiniano. A referida sistematização é denominada como *Corpus juris civilis*, datado do século VI

da era cristã, que é composta por quatro livros: as *Institutas*, o *Digesto* ou *Pandectas*, o *Codex repetitae praelectionis* e as *Novelas*.

As *Institutas* são constituídas de uma condensação, de cunho elementar, das leis romanas. O *Digesto* ou *Pandectas* contém excertos dos escritos de célebres juristas romanos como Gaio, Ulpiano, Paulo, Modestino e Papiniano. O *Codex* consiste numa coletânea de constituições imperiais abrangentes do período entre Adriano e Justiniano. Por fim, as *Novelas* são constituídas de leis especiais efetuadas pelo próprio Justiniano, incorporadas no *Corpus juris civilis* após a morte do referido imperador.

Após ser efetuada uma breve elucidação acerca das principais obras jurídicas influenciadoras do nosso Código Civil, examinemos alguns institutos presentes no Código Civil brasileiro que contém nítida inspiração romana.

Em primeiro lugar, um instituto que merece citação é o próprio casamento e seus efeitos. Assim como no Direito Romano, o casamento, segundo a concepção legal brasileira, visa a produzir efeitos jurídicos como a criação da família e o estabelecimento de direitos e obrigações para os cônjuges, conforme disposto do artigo 229 até o artigo 255 do Código Civil. Entre outros pontos, o casamento gera um novo estado para o casal, que passa a ter de assumir o dever de prestar fidelidade um ao outro, a ter uma vida em comum no domicílio conjugal, assim como prover o devido sustento, educação e guarda dos filhos. Todos os pontos citados advêm de inspiração romana, notadamente do período contemporâneo a Justiniano, onde, sob a influência conjunta do Direito Canônico, foi enfatizado um maior direcionamento para a monogamia e a preservação do bem-estar familiar. É notório uma reminiscência do instituto romano do pátrio poder, o qual atualmente se reveste de uma aparência menos autoritária do que no Direito Romano, conferindo ao marido, conjuntamente com a mulher, a responsabilidade de o exercer quer seja com relação à administração dos bens dos filhos, quer seja em relação à pessoa destes.

Com o devido exame no nosso Código Civil, percebemos ainda nuances do Direito Romano em diversos institutos presentes na previsão legal correspondente à nossa realidade social: o rol dos impedimentos matrimoniais, a tutela e suas características; a curatela, a previsão legal da dissolução da sociedade conjugal, a inspiração da *Venia aetatis* sobre o instituto da emancipação etc.

Sem sombra de dúvida, por todo o nosso Código Civil e ainda em leis esparsas estão presentes as contribuições do Direito Romano e, certamente, a abordagem aqui feita não esgota as potencialidades da exploração desse tópico. Porém, o ponto conclusivo que fruímos com a abordagem deste tema é a relevância que possui a consideração da experiência de outras civilizações. Certo filósofo hispano-americano, George Santanaya, teceu um alerta pertinente a respeito da importância que a História possui: "(...) Quem é incapaz de lembrar o passado está condenado a repeti-lo" (SANTANAYA apud Despertai, 1998, p.7). Obviamente, a tônica de suas palavras se dirige ao perigo de cairmos nos mesmos erros dos nossos antepassados se não dermos a devida atenção à História. Especialmente nós os que direta ou indiretamente lidamos com o Direito não podemos ignorar a alta relevância de considerarmos as experiências de outras civilizações. Que isto sirva de constante lembrete para nós evitarmos os erros dos nossos antepassados e, por sua vez, reconhecermos e empregarmos o que foi bem sucedido para estes. Sendo assim, contaremos com um importante auxílio para que possamos contribuir para a consecução da finalidade ideal do Direito, a saber, a Justiça.

8. BIBLIOGRAFIA

1. CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.
 2. DEVE-SE recordar o passado? Despertai!, São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, p. 5-7, 08 ago. 1998.
 3. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda, LUZ, José Baptista da. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa. 11 ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, [1985?].
 4. GOMES, Orlando, Introdução ao Direito Civil. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
 5. JÖRS, Paul. Derecho Privado Romano. 2 ed. Barcelona: Editorial Labor, 1937.
 6. MACHADO NETO, Antônio Luís. Sociologia Jurídica. 6 ed. São Paulo; Saraiva, 1987.
 7. NÓBREGA, Vandick Londres da. História e Sistema do Direito Privado Romano. 3 ed. [s.l.]; Freitas Bastos, 1961.
- NOGUEIRA, Adalício Coelho. Introdução ao Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Torne Feliz Sua Vida Familiar. São Paulo, 1978.
- TOTA, Antônio Pedro, BASTOS, Pedro Ivo de Assis. Novo Manual Nova cultural de História Geral. São Paulo: Nova Cultural, 1994.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DAS VAGAS DE GARAGEM NOS CONDOMÍNIOS EM EDIFICAÇÕES (PROPRIEDADE HORIZONTAL)

Leifson Gonçalves Holder da Silva
Acadêmico do 7º período do curso de direito da UFRN

1 – INTRODUÇÃO

Com a crise da habitação gerada pelo desenvolvimento das cidades e a consequente valorização dos terrenos urbanos, houve a necessidade de melhor aproveitar o solo¹. Assim, ao lado dos prédios de apartamentos residenciais, multiplicaram-se os destinados a escritórios e consultórios, e hoje abundam os usados como garagem. Devido a esse rápido crescimento da propriedade horizontal nos centros urbanos, necessário se fez atualizar o regime condominial dos prédios de vários andares objetivando evitar abusos e definir com precisão os direitos e deveres dos incorporadores, construtores e adquirentes das unidades.

Uma das questões que surgem em matéria de condomínio - principalmente em grandes centros populacionais como Rio de Janeiro e São Paulo - é a que se refere ao "espaço-garagem Vendido (ou não) juntamente com o apartamento ou sala comercial. De fato, 25% dos julgados a respeito de condomínios se referem a um único assunto: **garagem**². E não é difícil descobrir a razão. Trata-se de um tema que comporta várias possibilidades e posicionamentos. Ora se considera como direito de **propriedade autônoma**, ora como **direito real de uso**, ora como **accessório da propriedade**, ora como **parte de uso comum do edifício**³. A sua regulamentação é escassa, baseada em grande parte em construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Derivada desse contexto de explosão demográfica e aliada um forte crescimento das construções de edifícios, foi idealizada a **Lei n.º 4.591/64** vindo a dispor sobre os condomínios em edificações. Todavia, foi a mesma promulgada à sua época sem conter qualquer disciplina atinente a garagem. Apenas com o advento da **Lei n.º 4.864/65** é que foram acrescentados três parágrafos ao art. 2º daquela lei, passando a tratar especialmente do tema "garagem". Com ela, o direito à garagem passou a ser objeto de propriedade exclusiva, tal como o apartamento ou a loja, e, em regra, vinculada à unidade habitacional.

No entanto, com o fim de elucidar as idéias a respeito do assunto, torna-se necessário distinguir a garagem em edifício coletivo (residencial ou profissional) e a vaga ou direito de guarda em edifício-garagem.

2-NATUREZA JURÍDICA

Dentre as várias teorias que buscam explicar a natureza jurídica das relações existentes entre os proprietários dos vários apartamentos - que constituem propriedades horizontais -, destacam-se as de Planiol, Ripert e Budry-Lacantinerie, que vêm no

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito das coisas. 4. vol., 13 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 188.

² Foi utilizada como base teórica para o presente artigo as considerações de Paulo Gustavo Sampaio Andrade. Vagas de garagem em condomínios. In: Revista Jurídica Virtual JUS NAVIGANDI (<http://www.jus.com.br>), 1996.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. 3. ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 72.

condomínio em edifícios de apartamentos uma mistura de propriedade individual e de condomínio. Nesse diapasão, segundo os ensinamentos de Pedro Simões Neto, advogado militante e professor titular da cátedra de Direito das Coisas na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), a chamada "propriedade horizontal" vem a ser:

"(...) **o domínio individual de unidades imóveis autônomas**, constituídas em conjunto, superpostas em plano horizontal e projeção vertical, a partir do mesmo solo, também constituída por **partes comuns** a todos os condôminos, que se compõem, em **compropriedade, por frações ideais**. Na verdade, esse condomínio especial distingue-se por ser, **ao mesmo tempo, unidade independente**, de senhoria exclusiva, deferida singularmente a um titular, **e por atribuir a esse mesmo titular, (...) a compropriedade, em fração ideal, do que é considerado bem comum de todos** - (...) Contudo, não se verifica essa espécie de condomínio (...) acenas nos edifícios de apartamentos, ou na chamada propriedade horizontal superposta. **Edifícios de destinação comercial, ocupados por salas, lojas e/ou garagens**, assim como os conjuntos residenciais sem superposição horizontal **também são alcançados por essa definição condominial**" (Grifos acrescidos)⁴.

Maria Helena Diniz por sua vez, uma das mais respeitadas civilistas a nível nacional, ensina que esse tipo de condomínio tem como uma de suas **características jurídicas mais marcantes justamente a justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício, forçosamente comuns**⁵. Nesse mesmo sentido Silvio Rodrigues também esclarece que:

"O regime dos condomínios em edificações se caracteriza por apresentar **uma propriedade singular dos apartamentos e andares**, ao lado de uma **comunhão necessária e inexorável do terreno e das partes comuns do prédio**. No que concerne às partes divididas e privadas, a propriedade é singular e exclusiva (.,.); entretanto, aquilo que surge como substrato do sistema ou que deve por todos ser usado (...) é necessariamente comum, por se apresentar como condição da existência e do funcionamento do sistema. (...) Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que **os direitos condominiais, sobre (Sic) as partes comuns, são acessórios que acompanham irrefutavelmente (Sic) o domínio sobre (Sic) as partes privativas**. "(Grifos acrescidos)⁶.

Caio Mário da Silva Pereira arrebatou o tema concluindo que a **propriedade horizontal** é "portanto, um direito, que se configura com as suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da **propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário**. "(Grifos acrescidos)⁷. De fato, não restam dúvidas de que o condomínio em edifícios é formado por dois elementos principais, sejam eles, as **unidades autônomas e a área comum**.

⁴ SIMÕES NETO, Pedro. SIMÕES, Joventina. Direito das coisas – da posse e da propriedade. Natal: IBTJ e Nossa Editora, 1997, p. 175/176.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 189.

⁶ RODRIGUES, Sílvio. Direito das coisas. V.5, 4.ed. ver. E ampl., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 197/198.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 92/93.

Em razão da Lei n.º 4.591/64 não exigir um número mínimo de peças para a unidade autônoma nem fazer qualquer estipulação formal quanto à finalidade e tamanho da construção, o termo "**unidade autônoma**" pode compreender qualquer tipo de unidade, seja ela **unidade habitacional** (apartamento residencial, flato, chalé, casas em vilas particulares etc.) ou **profissional** (sala, loja, escritório, conjunto etc.), ou ainda consistir em **garagens box**. Destarte, a **unidade autônoma é elemento principal, objeto de propriedade exclusiva**, conferindo a seu dono a exclusividade no *jus utendi, fruendi et abutendi*⁸; razão porque a sua **natureza jurídica** é a de **propriedade imóvel**.

A **área comum**, por sua vez, é considerada **acessório da unidade autônoma e objeto de co-propriedade**. Cada condômino tem uma fração ideal da área comum, na medida de sua unidade autônoma. De acordo com o art. 3º da referida lei, constituem condomínio de todos e são insuscetíveis de divisão ou alienação destacada da respectiva unidade, bem como insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino, o terreno sobre o qual se assenta a edificação ou conjunto de edificações, as fundações, paredes externas, teto, alicerces, hall de entrada, portaria, jardins, escadas, corredores; enfim, tudo aquilo que for de utilização necessariamente (naturalmente) coletiva.

Cada condômino pode usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, bem como **usar as partes comuns, desde que resguarde os interesses coletivos e não cause obstáculo ao bom uso dessas partes pelos demais condôminos** (art. 10, inciso IV). Assim, é vedado o uso exclusivo de áreas comuns por um só dos condôminos, por pertencerem a todos. A Convenção de condomínio tão pouco poderá impor ao condômino restrições a seus direitos dominiais, outras que não as exigidas para a adequada e razoável tutela ao bem da coletividade⁹. **Daí ser defeso dar uma finalidade privada às áreas comuns como destiná-la ou permitir nelas estacionamento de determinado(s) veículo(s)**. Nesse sentido se coaduna a jurisprudência:

"GARAGEM - Áreas entre pilotis • As áreas comuns resultantes de espaços livres entre pilotis não se assemelham a garagem, não podendo ser privativamente atribuídas a alguns condôminos" (Grifos acrescidos)¹⁰.

A doutrina também não foge à regra. Nessa vertente Maria Helena Diniz ensina que a **área comum** "é insuscetível de divisão ou de alienação destacada da respectiva unidade, sendo igualmente **insuscetível de utilização exclusiva por qualquer consorte**. Cada proprietário de fração autônoma, portanto, poderá **usar livremente das partes comuns atendendo à sua destinação e não prejudicando à comunhão**"(Grifos acrescidos)¹¹.

3 - GARAGEM COMO PROPRIEDADE EXCLUSIVA ACESSÓRIA (A REGRA)

Diferentemente do quadro geral, a vaga de garagem não se encaixa nem como área comum nem como unidade autônoma, constituindo-se assim em um terceiro tipo (*sui generis*). O §1º do referido art. 2º, um dos três acrescidos pela Lei n.º- 4.864/65, dispõe in verbis:

⁸ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 211.

⁹ Nesse sentido TJRS, AC. 29.316, de 04.04.78 Apud Jorge A. M. Muccillo In: Condomínio: doutrina – jurisprudência – legislação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p.132/133.

¹⁰ TJ-GB, Ap. 66.333, de 16/12/69 Apud Jorge A. M. Muccillo, op. Cit., p.167.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p.190.

"O **direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados** nas edificações ou conjuntos de edificações será tratado como **objeto de propriedade exclusiva**, com ressalva das restrições que ao mesmo sejam impostas por instrumentos contratuais adequados, e será vinculada à **unidade habitacional a que corresponder**, no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno" (Grifos acrescidos).

É de se observar que a lei não se refere à vaga de garagem em si, mas ao "direito à guarda do veículo nas garagens ou locais a isso destinados". Ao invés de se referir ao objeto da propriedade, a lei refere-se a uma das faculdades implícitas no direito, o que por si só não é motivo para considerar o direito à garagem como mero direito real de uso, Caso contrário, isto teria o condão de identificar a garagem como uma parte comum, concedida para uso exclusivo a um condômino, o que iria de encontro com a vedação da utilização exclusiva das partes comuns por qualquer condômino, já referido alhures¹².

Forçoso então é admitir o **direito à garagem** como um **direito de propriedade exclusiva, embora limitado por restrições típicas do condomínio**. A **garagem**, assim, deve ser tida como **objeto de propriedade exclusiva** (assim como é a unidade autônoma), **mas acessória da unidade autônoma** (tal como a fração ideal da coisa comum).

Caio Mário da Silva Pereira, autor do anteprojeto da Lei n.º 4.591/64, chegou a criticar a idéia de que um bem restrito pelo caráter da acessoriedade fosse objeto de exclusividade. Em sua opinião, o "direito de guarda" dos veículos, como objeto de "propriedade exclusiva" desvia-se notoriamente dos bons princípios. Segundo o mestre:

"(...) considerando-o 'propriedade exclusiva', vincula tal direito à unidade habitacional a que corresponda. Então não é um direito de propriedade exclusiva. Será um acessório da unidade e, não obstante traga o nome de propriedade, faltam-lhe os extremos do direito dominial"¹³.

Data venia, tal concepção encontra-se ultrapassada carecendo de fundamentação. Têm-se entendido hodiernamente serem os caracteres da acessoriedade e da exclusividade independentes entre si. É certo que, na acepção em que está sendo analisada, a garagem não possui registro imobiliário próprio, mas é impossível considerá-la como propriedade comum. As restrições na sua utilização devem ser entendidas levando-se em conta a sua natureza de parte integrante de um edifício condominial.

Partindo deste pressuposto, **a garagem não pode ser alienada separadamente da unidade a estranhos ao condomínio**. Por se tratar de bem acessório a que não cabe fração ideal, um estranho que a adquirisse ficaria sem fração ideal; portanto, numa posição sem direitos nem deveres, incompatível com a idéia de condomínio. **Se a ela não estiver atribuída fração de terreno, somente pode o direito ser capitulado como elemento acessório típico**¹⁴.

Nada impede, porém, que a garagem seja alugada ou cedida a outro condômino, quiçá até mesmo a estranhos (desde que a convenção condominial não proíba), pois aí

¹² Ponto 2, supra..

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p.73

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p.73

não há transferência de propriedade. O que não constitui parte autônoma, de propriedade exclusiva de cada condômino, é necessariamente parte comum, podendo, pois, também ser objeto de locação por parte do condomínio¹⁵, Nesse sentido:

"GARAGEM - Cessão de uso de estacionamento • Quem tem a disponibilidade total de uma vaga, pode ceder, em parte, o seu direito de uso, revezando-o com um condômino, sem ferir a Convenção do condomínio, que só proíbe o uso quanto a pessoa estranha ao condomínio. O encargo de fiscalizar e coibir, na forma da Convenção e seu regulamento uma possível e abusiva simultaneidade de uso, é ônus normal do síndico"¹⁶.

A garagem, sendo coisa destinada à utilização de um apartamento, a este se liga como acessório, não podendo, assim, ser objeto de alienação como coisa distinta. Entretanto, nada obsta a que um condômino transfira a outro a garagem do seu apartamento, desde que a isso não se oponham as próprias condições básicas do condomínio. Vejamos o que reza o art. 2º, §2º, da Lei:

"O direito de que trata o §1º deste artigo poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada a sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio "(Grifos acrescidos).

Seguindo esse raciocínio, a **alienação da garagem a outro condômino é perfeitamente possível na medida em que continuaria a ser acessória de (outra) unidade autônoma**. Assim, em face da lei, a garagem como direito acessório, adere à unidade, **mas desta é destacável para efeito de sua cessão excepcionalmente a outro condômino**. Nesse sentido:

"GARAGEM • Venda de espaço - Nos edifícios de apartamentos, os espaços na garagem só podem ser adquiridos por proprietários de algum apartamento"¹⁷.

“Edifício de Apartamentos”. Garagem. Impossibilidade de circulação econômica autônoma:

- A **garagem** considera-se **acessória no edifício de apartamentos**, em razão do que não pode ser objeto de circulação econômica, sob uma forma autônoma, desligada do objeto principal. **Nada obsta, porém, que seja ela transferida de um apartamento a outro, sob a forma de relação acessória "**(Grifos acrescidos)¹⁸.

Há apenas a transferência de um acessório de uma unidade para outra. O mesmo ocorre com o condômino que vende a sua unidade autônoma, fazendo reserva da garagem para si, desde que tenha outra unidade autônoma no mesmo edifício, a que se adere à garagem reservada.

Entretanto, para a perfectibilidade dessa transferência, não basta o acordo de vontades. É necessário que conste expressamente de escritura pública a perda dessa

¹⁵ TJRJ, 7ª CC., A. 10.430 – j.07/02/80 – Rel. Dês. Décio Cretton; DJRJ de 07.05.81, p.63 Apud Jorge A. M. Muccillo, op. Cit., p.168.

¹⁶ TA-GB, Ap. 34.830, de 20.09.73, (grifos acrescidos) Apud Jorge A. M. Muccillo, op. Cit., p.169.

¹⁷ TJDF, Ag. Inst. Nº 6.125, DJ 14.02.57 Apud Jorge A. M. Muccillo, op. Cit., p.165.

¹⁸ TJDF, Ap. 22.5.52, DJ 07.54, p. 2246, apenso ao nº 166 Apud Valdemar Leandro In: Condomínio de prédio de apartamentos e salas – sua construção, vida e problemas. Rio de Janeiro: Alba, 1964, p. 33.

dependência e a indicação do apartamento a que possa aderir (averbação das alterações nas escrituras das respectivas unidades)¹⁹, Tal medida é indispensável para que seja possível opor-se a terceiros que não poderão se valer da sua qualidade de boa-fé por se tornarem fatos de conhecimento erga omnes com o registro imobiliário.

Inversamente, se um condômino, ao alienar sua unidade autônoma, não faz menção expressa à inclusão nem à exclusão da garagem na escritura de transferência, entende-se esta como incluída, por força da regra de que "o acessório segue o principal" (art. 59, CC). A garagem aí é considerada coisa acessória, a qual não dispensa a existência da coisa principal, a cuja sorte está intimamente ligada. Nesse sentido:

"VAGAS DE GARAGEM - Não pode ser alienada separadamente, salvo a outro condômino. Se o alienante a omite na escritura translativa, o fato não prejudica o adquirente, pois tal direito, que é acessório, acompanha o principal"(In D. O., Parte III, de 5/6/72)²⁰.

"DIREITO A VAGA NA GARAGEM • Considera-se alienado esse direito, em favor do adquirente do apartamento a que até então correspondia, desde que na escritura translativa não se faça menção expressa da exclusão, em respeito ao princípio *'res accessoria sequitur sortem rei principalis'*"²¹.

Reservou o Estado aos particulares - condôminos, proprietários de unidades autônomas, promitentes compradores e cessionários - o direito e o dever de regulamentar, mediante a elaboração de **convenção de condomínio e regimento interno**, a destinação das diferentes partes e o modo de usar as coisas e serviços comuns (Lei n.º 4.591/64, art., 9º, §3º, "b" e "c"). Assim, a **Convenção de Condomínio** é o instrumento hábil para fazer a demarcação das vagas na garagem (art. 9º, §3º, "a"), incluindo seus acessos e especificação de vagas para carros grandes e pequenos. Outro modo é por **Assembléia Geral Extraordinária**, em deliberação unânime dos condôminos, alterando a Convenção ou o Regimento interno, que deve ser levada a registro imobiliário para valer contra terceiros.

A simples ocupação das melhores vagas pelos primeiros habitantes ou a atribuição de vagas por ato do síndico não tem nenhum efeito jurídico porque o direito de propriedade - apesar de limitado pelo poder de polícia, inclusive, do Município, que regulamenta sobre obras, segurança, etc. - tem sua inviolabilidade assegurada pela Lei Maior de 1988 (art. 5º, inciso XXII).

4. GARAGEM COMO PROPRIEDADE EXCLUSIVA PRINCIPAL (PRIMEIRA EXCEÇÃO)

Existem casos em que a garagem não é o acessório, mas o principal. O caso mais comum é o do **edifício-garagem**, onde a **própria garagem é a unidade autônoma**, com registro imobiliário próprio, visto que não há apartamento, sala, etc. a que corresponda, O que se depreende do §3º do art. 2º da Lei n.º 4.591/64 é que, nos edifícios-garagem,

¹⁹ Nesse sentido TJ-RJ, Ap. 5.288, Arq. Jud., julho/50 Apud Jorge A. M. Muccillo, op. Cit., p.170/171.

²⁰ AUTUORI, Luis; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Sutilezas em tema de condomínio. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.70.

²¹ Ap. Cív. N° 76.498, RJTJ v. 28/424 Apud AUTUORI, Luis; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Op. Cit., p.72.

às vagas serão atribuídas **frações ideais do terreno específicas**, por inexistirem quotas ideais de apartamentos e garagens, sendo uma só unitária²².

O outro caso é o dos edifícios **mistos de garagens e unidades profissionais e habitacionais**. Comuns nos grandes centros urbanos, nestes prédios há, por decisão do instituidor, dois condomínios independentes entre si. Um funciona como edifício-garagem; o outro é um condomínio de unidades residenciais ou comerciais, desprovido de garagens. Desta forma, por exemplo, pode-se adquirir um escritório sem comprar uma garagem, ou comprando três delas. Assim como para o escritório haverá uma parte comum correspondente; para a garagem, também. Ressalte-se o fato de que cada um destes terá registro imobiliário próprio. Caio Mário afirma a esse respeito que:

"Nos edifícios profissionais mistos, a parte constituída pela garagem, composta de vagas vinculadas a fração ideal, é tratada como um 'edifício-garagem', e as vagas são unidades autônomas, tais quais as salas, as lojas e os conjuntos profissionais ou comerciais"²³.

Em ambos os casos, a garagem é livremente alienável a condôminos ou a terceiros, dado o seu caráter de principal. **Se à garagem atribui-se fração ideal de terreno, pode ser considerada como direito autônomo, desaparecendo a dependência à unidade habitacional**²⁴. Nesse diapasão Maria Helena esclarece que a regra geral que proíbe a alienação de garagens a pessoas estranhas ao condomínio não é aplicável aos edifícios-garagem, onde tais são unidades autônomas vinculadas às respectivas frações ideais:

"Quando à vaga de garagem for atribuída fração ideal de terreno, considerar-se-á unidade autônoma não vinculada à unidade habitacional, (...) É preciso lembrar que o condômino não tem direito de preferência para adquirir vaga de garagem autônoma, vendida com o apartamento a estranho, pelo outro consorte proprietário, que pode aliená-la livremente"(Grifos acrescidos)²⁵.

Caio Mário também concorda com a eminente civilista ao afirmar que em "edifícios-garagem", às vagas devem ser atribuídas frações ideais de terreno, ocorrendo aí direito autônomo, concluindo-se forçosamente "pela alienabilidade a qualquer pessoa. Ao contrário, pois, do direito a garagem em edifício residencial (e por analogia edifício profissional), que é somente alienável a condômino do mesmo edifício, o constituído em edifício-garagem será disponível por natureza"²⁶.

Vale ser trazida à tona, recente e interessante decisão proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) onde decidiu-se, por unanimidade, que o **boxe de garagem de imóvel residencial, quando se tratar de unidade autônoma, pode ser penhorado**²⁷.

²² AUTUORI, Luis; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Op. Cit., p.42.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op.cit., p.74

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op.cit., p.73

²⁵ ADCOAS, 1982, n. 82.899 Apud Maria Helena Diniz, op.cit., p.193.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op.cit., p.74

²⁷ STJ, REsp. 182451 (Banco Brasileiro-Iraqiano S/A x Waldir Ponce de Camargo e Ana Cristina Rocha de Camargo) Apud DIREITO EM NOTÍCIA (<http://members.tripod.com/~direitomail>) – Clipping Jurídico via mail – editor: Denílson Bandeira Coelho (clipping@pobox.com) – Brasília/DF, 13.11.1998.

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou, por unanimidade, o apelo do recorrente e excluiu a penhora sobre **unidade de garagem** considerando-a **parte acessória do imóvel familiar, embora tivesse matrícula diversa da do imóvel**. Inconformado, o mesmo entrou com recurso especial no STJ argumentando que o boxe da garagem do apartamento onde moram os réus não é acessório de bem de família. É um bem individualizado e distinto do imóvel, com registro próprio no Cartório de Registro de Imóveis, não se podendo, dessa forma, aplicar o benefício da impenhorabilidade previsto na Lei n.º 8.009/90.

Para o ministro Barros Monteiro, relator do processo no STJ, neste caso, o boxe de garagem considerado como unidade autônoma, com registro e matrícula próprios, pode ser alienado. Segundo ele, "Se pode ser alienado, pode ser penhorado. Ainda que seja considerado como acessório do apartamento, o boxe pode ser alienado, penhorado ou vendido em hasta pública, com preferência do condômino".

Barros Monteiro afirmou ainda que **o boxe de garagem não é tido como uma das benfeitorias que garantem a residência, no sentido que lhes quis dar a Lei n.º 8.009/90**. Essa lei visou garantir a todos uma casa para morar, com móveis e utensílios indispensáveis a uma vida digna. É inegável que o boxe é importante para quem possui um automóvel. Todavia, este (automóvel) não pode ser considerado indispensável para se ter uma morada digna, levando-se a concluir indubitavelmente que **o boxe (garagem) valoriza o apartamento, mas não é razão suficiente para impedir, caso seja necessária, a alienação, independentemente da relação com o imóvel tido como principal**.

5 - GARAGEM COMO ÁREA COMUM (SEGUNDA EXCEÇÃO)

Nos edifícios em que há menos vagas que unidades autônomas é possível a estipulação de disposição convencional que fixe determinada vaga para cada condômino. Nada obstante, também é admissível nessa situação de déficit de estacionamento, que a Convenção de Condomínio determine que a **área da garagem seja comum**, possibilitando que qualquer condômino, uma vez encontrando vaga para seu veículo, possa estacioná-lo. Assim, sem a alteração da previsão convencional ou acordo dos proprietários, nenhum condômino poderá demarcar vaga em garagem indivisa²⁸ e, por conseguinte, de uso comum, sendo certo que o condômino que assim proceder não poderá invocar o interdito possessório, que ampara a posse lícita²⁹. Nesse sentido caminha a jurisprudência:

"GARAGEM - Vagas em número insuficiente - Sendo a garagem coisa comum e dispondo de número de vagas inferior ao de apartamentos, o uso pelos proprietários se subordina ao estipulado na Convenção"(Grifos acrescidos)³⁰.

Admite-se, contudo, a **reintegração de posse** se, por longos anos, somente os mesmos condôminos vêm usando as mesmas vagas. O direito do condômino a guardar um automóvel na garagem do edifício é de natureza real, e seu exercício no plano fático

²⁸ Nesse sentido Ap. 20.398, TA-GB, 31.08.71 Apud Jorge A. M. Muccillo. Op. Cit., p. 172.

²⁹ Nesse sentido a Ap. civ. Nº 20.398, 1] CC do ITARJ, Arquivos do TARJ, p.172 Apud AUTUORI, Luis; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Op. Cit., p.71.

³⁰ TJ-GB, p. 77.590, 29.05.72 Apud Jorge A. M. Muccillo. Op. Cit., p. 171/172

configura posse, tutelável através dos remédios jurídicos possessórios. Provadas essa posse e a turbacão por ato da administraçãõ do edifício ou de qualquer outro condômino, deve ser julgada procedente a açãõ possessória, independentemente de qualquer indagaçãõ sobre a efetiva existênciã do direito. Também não tem o condômino posse sobre lugar em garagem, demarcada em caráter provisório pela administraçãõ do condomínio³¹. Provadas a posse e o esbulho é de conceder-se o **interdito de reintegraçãõ**, sendo estranho ao caso qualquer controvérsia em torno da reduçãõ de número de vagas na área de estacionamento que será de uso comum até estipulaçãõ em contrário. Nesse sentido;

"GARAGEM - Condomínio de todos - A garagem que, como no caso dos autos, é condomínio de todos os proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, é insuscetível de utilização exclusiva 'por um ou alguns dos condôminos', mesmo quando não comporta todos os carros, salvo disposiçãõ restrita em contrário da Convençãõ ou acordo inequívoco e unânime dos co-proprietários. Nessa hipótese, o condômino 'excluído' do uso da garagem 'pode socorrer-se da açãõ possessória' contra o Condomínio, pois a 'garagem', nessas condições, não pode deixar de ser considerada como 'parte de uso comum' (Código Civil, art. 488; Lei n.º 4.591, arts. 3º e 19). No caso, a situaçãõ que perdura por longos anos' e contra a qual se insurge o apelado, constitui uma 'discriminaçãõ' e um 'privilégio' em favor de apenas 'nove condôminos' em detrimento dos demais, no referente à utilizaçãõ da garagem" (Grifos acrescidos)³².

Sendo área comum, vale ressaltar mais uma vez que é vedada sua alienaçãõ a estranhos. Além disso, devido à indeterminaçãõ sobre qual é a vaga alienada, o alheamento se estenderia a toda a superfície da garagem - e o sistema brasileiro não admite o direito de superfície. Nesse mesmo sentido valem os ensinamentos de Valdemar Leandro;

"**Não existindo** em nosso ordenamento **jurídico o direito de superfície**, não se admite direito à **garagem** transferível a quem não possua parte indivisa no terreno (...) Na hipótese de simples local de estacionamento de carro, na garagem comum (garagem 'pró indiviso') **não tem o condômino o direito de alienar a sua parte ideal, sob pena de nulidade da transaçãõ**"(Grifos acrescidos)³³,

Maria Helena, a esse respeito, afirma também que o condômino "não pode alienar as garagens a pessoa estranha ao condomínio, uma vez que se caracterizam como serventias das unidades"³⁴.

Também **não cabe o usucapião da garagem** de uso comum **por um dos condôminos**, por força da vedaçãõ à utilizaçãõ exclusiva da área comum por um

³¹ ADCOAS, 1983, n. 89.781 Apud Maria Helena Diniz, op. Cit., p. 192.

³² Apenso nº 129 do D.J., de 9.7.73, à p. 285 Apud AUTUORI, Luis; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Op. Cit., p.71/72.

³³ LEANDRO, Valdemar. Condomínio de prédio de apartamentos e salas – sua construçãõ, vida e problemas. Rio de Janeiro: Alba, 1964, p. 29/31.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p.193.

condômino (art. 3º, ;h fine, já referido). A esse respeito, Nelson Kojranski esclarece que no direito brasileiro, Carlos Maximiliano adotou a tese de Bureta, no sentido de que as áreas comuns constituem partes acessórias das unidades condominiais, de propriedade exclusiva. Em consequência, não se admite usucapião de coisas comuns, isoladas, “porquanto seriam acessórios sem principal”³⁵. Valiosos ainda são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira a esse respeito:

"Como à sociedade têm mostrado os civilistas, não pode ocorrer prescrição aquisitiva enquanto perdurar o estado de comunhão. Sendo o proprietário de apartamento um comunheiro das partes do edifício não constitutivas da propriedade exclusiva de cada um, por mais que dure a ocupação exclusiva jamais se converterá em domínio daquele que dela se assenhoreou a parte comum do edifício" (Grifos acrescidos)³⁶.

Todavia, **nada impede o usucapião por estranhos**, transformando esta garagem em propriedade exclusiva independente do edifício em condomínio. Nelson Kojranski ressalta que aquela situação (de um condômino frente ao condomínio) não pode ser confundida com a hipótese do "estranho" ao condomínio. Segundo o autor:

"(...) se esse 'estranho' ocupar pelo **tempo de 20 anos** um cômodo de depósito, vão de escada, alojamento de empregada, sótão, etc., aí sim, neste caso, **verifica-se a prescrição aquisitiva**. É que o silêncio dos condôminos frente a esse 'estranho' caracteriza a omissão da entidade condominial completa. **E de sua área comum poderá ser destacada a parte atingida pelo usucapiente** (o beneficiário do usucapião)" (Grifos acrescidos)³⁷.

Caio Mário ao tecer também alguns comentários acerca do tema afirma que, nessa hipótese - do estranho ao condomínio que tenha a posse mansa, pacífica, e *cum animo domini* de uma parte do edifício, sem oposição nem resistência de quem quer que seja, e pelo tempo de 20 anos - ocorre a prescrição aquisitiva (art. 550 do CC). Em suas palavras:

"Prescreve porque nenhum obstáculo legal se lhe opõe. (...) se todo o conjunto dos co-proprietários se mostra inerte, a ponto de permitir o encrustamento de uma posse '*ad usucapionem*' na parte do prédio sem usar a pretensão de expulsar o invasor, sofre em conjunto a perda da propriedade da coisa usucapiada, que passará ao patrimônio do usucapiente"³⁸.

Em alguns edifícios, a área entre os pilotis (pilares de sustentação da base do edifício) é definida como sendo comum. Todavia ainda é lícito que, pela Convenção ou pela anuência de todos os condôminos, seja destinada para garagem de alguns deles. Pode-se ainda convencionar que os beneficiados paguem aluguel ao condomínio. Não proibindo a Convenção a existência de orçamento relativo às contribuições condominiais

³⁵ Tribuna da Justiça, 30.9.81 Apud Jorge A. M. Muccillo. Op. Cit., p. 31/32.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 115.

³⁷ Tribuna da Justiça, 30.9.81 Apud Jorge A. M. Muccillo. Op. Cit., p. 31/32

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 116.

dos titulares de vagas na garagem, nada impede seja votado pela Assembléia um orçamento específico.

6 . GARAGEM COMO PROPRIEDADE EXCLUSIVA ACESSÓRIA PRIVILEGIADA

Ainda no caso dos condomínios em que é insuficiente o número das vagas em relação ao de condôminos, ao invés de se determinar que a área da garagem seja de uso comum, é possível uma outra solução. É lícito que através da Convenção se estabeleça um método (sorteio ou acordo) pelo qual alguns dos condôminos ficarão com estas vagas, tornado-se, nesse caso, o direito à garagem um privilégio.

Esta não é mais uma exceção, mas uma confirmação da regra geral pela qual a **garagem é propriedade exclusiva e acessória da unidade autônoma**³⁹, embora nessa situação seja um privilégio de apenas alguns dos condôminos na medida em que nem todos serão beneficiados.

Trata-se de hipótese distinta da do condomínio misto. **A garagem aqui é acessória, sem registro próprio.** Por conseguinte, não cabe a alienação da garagem a estranhos, pois esta não representa uma fração própria, mas **um acréscimo na fração da unidade a que corresponde.** Além disso, seria uma excrescência alienar a garagem a terceiros se estas não bastam nem mesmo aos condôminos.

7 – CONCLUSÃO

Do exposto, vê-se claramente que a questão da garagem pode se apresentar de diversas maneiras; todas a depender do caso concreto apresentado. **Normalmente**, a vaga de garagem em condomínios em edificações é **um acessório da unidade autônoma** (principal) e é **objeto de propriedade exclusiva** (acessória) do condômino. Nos edifícios-garagem e nos mistos, contudo, **a garagem em regra é a própria unidade autônoma**, caso em que é o bem principal. Nos condomínios em **edifícios com menos vagas que unidades autônomas** por sua vez, a Convenção pode estabelecer que a área destinada a estacionamento não pertença a nenhum dos condôminos em particular, mas a todos como **área comum**. Outras vezes, é possível que a Convenção estipule um critério que confira somente a um número determinado de condôminos - dentro daquele universo total - a utilização das garagens, tornando-se um **privilégio**, persistindo, contudo, seu caráter de **propriedade exclusiva acessória**.

Apesar da falta de tato de nosso legislador pátrio ao gerar uma legislação tão concisa - e por que não dizer escassa - a tratar do "direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados "nas" propriedades horizontais", os julgados sobre o tema são de uma notável uniformidade de diretrizes. Graças ao papel assumido pela jurisprudência, o assunto em si não gera margem a dúvidas. O posicionamento assumido pelos nossos tribunais sobre o tema, mais do que nunca, continua sendo uma "arma "a serviço da Justiça ao servir de "bússola uniformizadora e apaziguadora dos litígios acerca dessa matéria ao mesmo tempo tão rotineira nas nossas vidas mas ainda pouco explorada a nível tanto legislativo quanto doutrinário. A jurisprudência, assim entendida, vem a se constituir em uma notável e autêntica fonte de direito de fundamental importância nas lides forenses a versarem sobre a problemática das vagas de garagem nos condomínios em edificações.

³⁹ Ponto 3, supra.

8-BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. Vagas de garagem em condomínios. Revista Jurídica Virtual JUS NAVIGANDI (<http://www.jus.com.br>), 1996.
- AÜTUORI, Luís; PINTO, Jorge Lopes; PINTO, Iracy Lopes. Sutilezas em tema de condomínio. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro - direito das coisas. 4. vol., 13. ed. atual., São Paulo; Saraiva, 1997.
- LEANDRO, Valdemar. Condomínio de prédio de apartamentos e salas – sua construção, vida e problemas. Rio de Janeiro: Alba, 1964.
- MUCCILLO, Jorge A. M. Condomínio: doutrina - jurisprudência - legislação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. 3. ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- RODRIGUES, Silvio. Direito das coisas. 5. vol., 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva 1972.
- SIMÕES NETO, Pedro. SIMÕES, Joentina. Direito das coisas - da posse e da propriedade. Natal: IBTJ e Nossa Editora, 1997.

O PRINCÍPIO DA VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO CIVIL

Lucy Figueira Peixoto
Acadêmica do 9º Período.

SUMARIO: I - Introdução. II - Considerações históricas. III - Certeza e verossimilhança em direito processual civil. IV- O princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário. V- As tutelas de urgência, VI- contraditório e verossimilhança. VII- A efetividade do processo. VIII - Conclusão. IX - Bibliografia.

1, INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo básico delinear os principais aspectos que norteiam a aplicação do princípio da verossimilhança no direito processual civil.

Para o objetivo ser alcançado, impende verificar as condições históricas que permitiram a supressão dos juízos de verossimilhança no procedimento ordinário.

Necessária ainda a compreensão de quatro conceitos fundamentais, quais sejam: certeza, probabilidade, risco e segurança jurídica. É que a verdade no processo civil em nenhum momento é absoluta, não existindo a certeza plena nas ciências sociais. O que existe são graus de cognição que variam conforme o direito posto em juízo e o risco que pode ser assumido em nome da efetividade do processo.

Ademais, a tutela de urgência possui patamar constitucional, cujo escopo é tutelar o direito e não o processo. Para tanto, impõe-se a ampliação dos juízos de verossimilhança em prol da efetividade do processo em detrimento da certeza, mas sem subjugar o princípio do contraditório. Essa busca constitui um dos objetivos fundamentais do processo contemporâneo.

2. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A busca da verdade é considerada o objetivo fundamental que direciona o direito processual civil desde as suas origens. A denominada verdade real é vista como ideal supremo de justiça, e, embora se possa falar em princípio da verdade formal, este somente é aplicável ao direito processual civil porque a instrução plena não garante a certeza sobre os fatos, satisfazendo-se o julgador com o que está posto nos autos do processo, mas a verdade real é sempre almejada.

Tal assertiva é fruto o Iluminismo, sendo uma herança racionalista das concepções políticas que marcaram esse período, onde a busca das verdades absolutas em direito constituía o ideal supremo¹. Significa dizer que o processo de conhecimento baseado no pensamento francês foi estruturado de maneira que, o que era apenas verossímil, deveria ser sempre descartado, desconsiderando, por conseguinte, o relativismo da verdade nas ciências sociais, buscando-se dirimir todas as dúvidas pelo método racional das ciências exatas.

A conseqüência foi a supressão dos juízos de verossimilhança no processo de conhecimento, gerando uma grande insatisfação. O procedimento ordinário do Código de Processo Civil foi estruturado com a idéia de que somente o provimento jurisdicional final poderia dizer o direito nos casos concretos, sacrificando-se o direito que desde o início de mostra-se provável, pois o julgador só estava autorizado a reconhecê-lo em um único momento: na sentença. Somente esta era capaz de compor a lide e conferir

¹ Cf. Ovídio Baptista, Teoria geral do processo civil, 1997, p.57.

segurança jurídica, sendo o juízo de cognição sumária apenas um juízo provisório sobre a lide, daí se falar em decisão interlocutória.

O direito verossímil era recusado sob a falsa idéia de que os juízos de verossimilhança poderiam comprometer a neutralidade do juiz², acabando por privilegiar o *status quo ante* do réu por anos, cujo direito era muitas vezes improvável. Um exemplo atual dessa herança racionalista era a impossibilidade de antecipação de tutela no processo de conhecimento brasileiro, o que só se tornou possível com a reforma de 1994.

O direito processual contemporâneo possui um nova busca: conciliar a satisfação do direito com a efetividade do processo. Não é, obviamente, uma tarefa fácil. Mas para tanto, impende romper com os dogmas racionalistas e compatibilizar o direito processual civil com as novas exigências e expectativas do mundo, privilegiando notadamente as denominadas tutelas de urgência, tornando a aplicação do princípio da verossimilhança mais abrangente³.

3.CERTEZA E VEROSSIMILHANÇA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Romper com os métodos e instrumentos fundamentados nos ideais racionalistas implica em reavaliar a aplicação de quatro conceitos no direito processual civil; certeza, probabilidade, risco e segurança jurídica.

Como foi anteriormente explicitado, a busca da verdade sempre foi motivada por ser considerada um ideal de justiça. Dessa forma, todo sistema jurídica está voltado para obter o estado de certeza do direito afirmado pelas partes de modo a diminuir os riscos de injustiça e erro nos julgamentos.

Segundo DINAMARCO, existe o entendimento doutrinário de que somente com a sentença é possível chegar à certeza da existência ou inexistência do direito. "A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual"⁴. Esclarece o mencionado autor que a relação entre direito e certeza ocorre em outro sentido, sendo exagero da doutrina conceber que os julgados de apóiam sempre na certeza, tratando-se de verdadeira ilusão⁵.

A teoria tradicional de que somente a sentença compõe a lide baseia-se no pensamento de CARNELUTTI sobre o escopo do processo, que somente era alcançado

² Marinoni esclarece que o mito da busca da verdade decorrente do pensamento Iluminista fez com que o procedimento ordinário “fosse comprometido com a idéia de que o juiz deveria atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte à figura do juiz como ‘bouche de la loi’, sem qualquer poder criativo ou de imperium, é o da neutralidade, supondo, de um lado, ser possível um juiz despido de vontade inconsciente e, de outro, ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas”. “... o julgamento com verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava ‘neutro’, o que evidencia uma nítida relação entre ‘busca da verdade’ e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao ‘subjetivismo do julgador” (a antecipação da tutela, 1997, pp. 95/96).

³ Ovídio Baptista, pronunciando-se sobre a insatisfação com o processo de conhecimento, ensina: “mesmo que a doutrina, e a própria lei que a representa, tentem preservar a instituição, mesmo bloqueando-as através de inúmeras formas, sem contudo afrontá-la diretamente, é certo que o processo de conhecimento – leito formado para receber lides totais, sob a forma de demandas plenárias – tornar-se-á, em breve tempo, não a regra em nossa experiência jurídica, mas a exceção, como deveria ter sido sempre, destinado à tutela dos conflitos de alta complexidade probatória, onde não haja qualquer evidência que possa ser reconhecida a um dos litigantes; e nem mesmo aquele grau de verossimilhança que poderia autorizar alguma forma de tutela especial antecipada, ou capaz de evitar o longo e desgastante procedimento ordinário (ob. Cit., p.59)”

⁴ A instrumentalidade do processo, 1993, p. 237

⁵ Ob.cit., p.238.

através da sentença de cognição plena e exauriente. MARINONI esclarece que a influência carneluttiana dificulta o abandono da doutrina tradicional de que o juízo de cognição sumária é apenas juízo provisório sobre a lide, de modo uma decisão interlocutória não poderia satisfazer o direito, o que só poderia ocorrer com a sentença⁶.

O problema da certeza está presente em todos os aspectos da atividade jurisdicional, embora não lhe seja exclusivo. No processo de conhecimento, tem-se a questão da prova e todas as dificuldades que medeiam a comprovação dos fatos; no processo de execução, a eficácia executiva do título decorre de um juízo do legislador, é a lei que estabelece a certeza de sua legitimidade.

Por mais que se queira obter a verdade através das provas, presunções legais, entre outros meios, a certeza é somente um ilusão. O que na verdade existe no processo civil são graus de cognição a serem aplicados segundo a exigência da questão posta em juízo e os riscos que podem ser assumidos. Consoante o entendimento de DINAMARCO, a probabilidade decorre da preponderância de motivos convergentes sobre os motivos divergentes e, por esse motivo, coloca-se abaixo da certeza pois os motivos divergentes não são excluídos, mas suplantados; e é a probabilidade mais do que a verossimilhança, pois nesta os motivos se apresentam em estado de aparente equivalência⁷.

O juiz ao se convencer da supremacia dos motivos convergentes sobre os motivos divergentes assim o faz por convicção psicológica, o que não se confunde com a certeza. Ao julgar, acolhe os motivos segundo o grau de disponibilidade do direito substancial em litígio, sabendo dos riscos inerentes à falibilidade humana, nada obstante tenha o julgador o ônus de conhecimento integral da lei.

No processo de conhecimento o grau máximo de "certeza" que o juiz pode chegar vai depender da sua convicção com relação ao direito e as provas produzidas; e, no processo de execução, a probabilidade da existência do crédito está na existência do título executivo. Em ambas as situações, existe a possibilidade de erros⁸.

Nas tutelas de urgência, seja cautelar, seja antecipatória, a aplicação do princípio da verossimilhança mostra-se ainda mais palpável, mas também possui graus distintos de aplicação. O art. 273, do CPC, impõe que o julgador se convença da verossimilhança da alegação para conceder a tutela antecipada. O direito deve ser, portando, provável, e não meramente possível. A mera aparência não é suficiente tendo em vista que "a verossimilhança exigida é mais do que *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar"⁹. A aplicação do mencionado princípio com relação às tutelas de urgência decorre da necessidade de garantir a efetividade do processo, protegendo o direito invocado.

O juízo de simples verossimilhança tem relevância profunda quando se trata de tutela cautelar, O juízo de probabilidade constitui, além de pressuposto, mérito desta espécie jurisdicional, sendo assim, a tutela cautelar justifica-se exatamente porque o juiz não tem meios de saber se o direito realmente existe, em face da urgência apresentada. Agora, se o direito apresenta-se mais do que mera probabilidade, a resposta jurisdicional será uma tutela de natureza satisfativa, devendo o juiz proclamar o direito, pois a demora seria injustificada. É que a jurisdição de urgência impõe o sacrifício do improvável para a proteção do direito verossímil.

Nota-se que, ao passo que a probabilidade e a verossimilhança constituem graus de cognição na busca da composição do litígio, o princípio de verossimilhança constitui

⁶ Ob.cit., p.92

⁷ Ob.cit., pp.238/239

⁸ Cf. Dinamarco, ob.cit., p.242.

⁹ Cf. Dinamarco. A reforma do código de processo civil, 1996, p.145.

critério de avaliação da prova nas tutelas de urgência. Esclarece OVÍDIO BAPTISTA¹⁰ que o verossímil não é outra coisa senão a verdade possível, isto é, "o índice de certeza capaz de ser alcançado pela compreensão humana". Certeza e verossimilhança não são categorias antagônicas, possuem a mesma natureza, apenas se diferenciando uma da outra pelo grau de intensidade e segurança que apresentam. Da mesma forma, não se pode afirmar que os riscos decorrentes da simplificação das técnicas de cognição constituem um atentado contra a segurança jurídica. Cabe ao juiz diante dos casos concretos avaliar a intensidade dos riscos e os males dele decorrente em confronto as vantagens a serem obtidas.

4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Como foi dito anteriormente, a aplicação do princípio da verossimilhança está intrinsecamente ligado às tutelas de urgência, sejam elas satisfativas ou cautelares. A tutela antecipada e a tutela cautelar são garantidas pelo princípio da inafastabilidade previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, dispondo que "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário **lesão ou ameaça** de direito". Tal princípio está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal que compreende não só o direito de ação, mas também o direito à tutela jurisdicional adequada à satisfação do direito material.

Relacionando os mencionados princípios, tem-se que existe um direito constitucional à tutela antecipatória e à tutela cautelar e, por conseguinte, um direito constitucional à liminar. Sendo assim, são absolutamente inconstitucionais todas as normas impeditivas de liminares, tendo em vista que a norma constitucional alberga a tutela não só do direito evidente, mas também do direito verossímil.

Diversamente do que costuma ser afirmado, as tutelas de urgência visam proteger o direito e não o processo¹¹. De acordo com esse raciocínio, o processo cautelar não é instrumento do instrumento como afirmado por CALAMANDREI, pois se assim o fosse, a liminar no procedimento cautelar seria um direito infraconstitucional, passível de restrição. Sendo instrumento do instrumento, buscaria garantir o processo e não o direito, quando resta evidenciado que o direito à tutela de urgência possui patamar constitucional. Restringir a medida liminar significa inviabilizar a tutela de urgência, o que redundaria em dano ao próprio direito.

Nessa esteira de pensamento, entende MARINONI que a legislação infraconstitucional embora possa estabelecer condições para o exercício do direito de ação, estará ferindo o princípio constitucional se impedir o direito de postulação de uma tutela urgente ou estabelecer mecanismos inadequados¹².

O Supremo Tribunal Federal discutiu a questão ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº223-6/DF, ajuizada contra a Medida Provisória nº 173, que proibia a concessão de liminares em ações contra o Plano Collor I. A Suprema Corte entendeu que as normas impeditivas de liminares não acarretam diretamente lesão ao direito do indivíduo, pois as medidas cautelares servem ao processo e não ao direito invocado, sendo assim, a liminar não seria um direito constitucional.

Posteriormente, o STF teve oportunidade de discutir novamente o tema, mas decidiu que a vedação à concessão de liminares cria obstáculos à obtenção da prestação

¹⁰ Curso de processo civil, v.3, 1998, p.139.

¹¹ Cf. Ovídio Baptista, Curso..., p.37.

¹² Ob.cit., p.109.

jurisdicional, além de sujeitar o Poder Judiciário ao Poder Executivo, atentando contra o princípio da separação dos poderes¹³.

Há o entendimento de que não existe um direito constitucional à liminar, pois existem liminares que visam proteger direitos violados e não ameaçados, não havendo um vínculo necessário entre liminar e ameaça à direito.

Ocorre que o princípio constitucional em apreço menciona dois vocábulos: lesão e ameaça. Se há liminares que visam proteger direitos violados e não ameaçados, estas também estão albergadas pelo princípio constitucional, e não somente os direitos ameaçados, podendo-se falar em um direito genérico à liminar. Se em toda a legislação infraconstitucional não houvesse nenhuma previsão legal de concessão de liminar, ainda assim, ela poderia ser concedida em face do princípio constitucional da inafastabilidade. O legislador ordinário ao eleger as situações em caberá ou não a concessão de medida liminar não está adotando política processual, mas restringindo o acesso ao judiciário. A tutela dos direitos, mesmo aqueles que são apenas prováveis, exigem meios para serem garantidos, se os meios não existem, subjugados estarão os direitos, por isso, a possibilidade de concessão de liminar não deve ser um juízo de conveniência do legislador infraconstitucional.

A efetividade do processo caminha inversamente às restrições ao acesso à justiça e impõe a ampliação dos mecanismos de tutela dos direitos, principalmente dos juízos de verossimilhança.

5. AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Os juízos de verossimilhança, tão temidos pèlos adeptos à teoria unitarista do ordenamento jurídico, hoje são tidos como mecanismos indispensáveis à conciliação da tutela dos direitos e efetividade processo. Mitos como, a busca da verdade, de que somente a sentença compõe a lide e de que não pode haver execução sem título, devem ser necessariamente reavaliados.

A urgência é verdadeiro pano de fundo, embora não seja o único, que autoriza o julgador a aplicar o princípio da verossimilhança, e tutelar um direito em estado aparente.

A complexidade das questões contemporâneas postas em juízo implica na adoção de um sistema jurídico que dê prioridade ao interesse de proteger desde logo o provável direito ameaçado. Se o ordenamento processual optar por preservar os mecanismos tradicionais de tutela jurídica, colocando as tutelas de urgência em segundo plano em prol da segurança, a proteção que vier a ser concedida poderá ser totalmente inútil, sacrificando o direito que era provável.

Daí a necessidade do ordenamento jurídico conferir proteção à aparência do direito. Não se pode conceber que um direito provável que reclame proteção imediata contra o perigo tenha que aguardar o curso de todo o processo para ser protegido, tendo em vista que, se o juiz somente vier a proferir decisão após exaustiva investigação probatória, aquela poderá ser inútil, prejudicando a efetividade do processo, o que gera um grau de insatisfação e descrença no judiciário.

A tendência do processo contemporâneo é justamente ampliar os juízos de verossimilhança (principalmente os de natureza satisfativa), fundado na tutela de urgência, buscando a efetividade do processo em contraposição à segurança jurídica obtida com a cognição plena¹⁴.

¹³ Cf. lição de Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 1998, pp. 154/155.

¹⁴ Cf. Ovídio Baptista, Curso..., p.20.

6. CONTRADITÓRIO E VEROSSIMILHANÇA

O princípio constitucional do contraditório tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação. Constitui na necessidade das partes terem ciência da existência da ação e de todos os atos da ação e da possibilidade de reação ante as situações desfavoráveis¹⁵. Nesses termos, o princípio em apreço é consubstanciado pelo binômio: ciência e participação.

Contudo, no processo civil, dependendo da natureza e finalidade do direito substancial posto em juízo, existe a possibilidade de conceder medidas liminares *inaudita altera pars*, como por exemplo, na tutela antecipatória, nas ações possessórias, no mandado de segurança, na ação popular, entre outras, sem que isso constitua ofensa ao princípio do contraditório. Exatamente porque o juízo de verossimilhança não impede a participação da parte contrária em nenhuma hipótese, o que ocorre é apenas a postergação dessa participação em virtude da urgência apresentada. A jurisprudência é amplamente majoritária no sentido de que em tal situação não existe ofensa ao princípio do contraditório.

Da mesma forma, as tutelas de urgência não podem ser restringidas sob o fundamento de que a verdade do processo civil seria a verdade resultante da realização plena e integral do contraditório¹⁶, o que seria um apego injustificável ao mito da busca da verdade.

Impende, pois, concluir que se a ouvida do réu puder comprometer a efetividade da tutela urgente, a sua concessão antes da ouvida do réu será justificável, exatamente porque "o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos"¹⁷.

É mister ressaltar que a tutela de urgência de natureza satisfativa tomou superada a relação entre tutela de direito e coisa julgada material. A introdução da tutela antecipatória no procedimento ordinário, permitindo que o autor obtenha desde logo aquilo que ele buscava com a sentença de mérito, leva à conclusão de que a efetividade de um direito não se vincula à coisa jogada material, sendo a tutela jurisdicional efetiva mesmo que o contraditório não tenha se desenvolvido plenamente¹⁸.

7. A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A aplicação do princípio da verossimilhança coloca-se como uma das medidas de buscar realçar de maneira significativa o valor da efetividade do processo¹⁹. Logicamente, deverá o juiz ponderar entre o valor jurídico dos bens em confronto, mas o risco será justificável, embora o não desenvolvimento pleno do contraditório impeça averiguar se o direito vai ser ao final acolhido, mas, por ser verossímil, merece tutela imediata se há receio de dano.

¹⁵ Cf. Nelson Nery Júnior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, 1996, p. 131 e 133

¹⁶ Cf. Marinoni, ob. Cit., p.97

¹⁷ Cf. Marinoni, ob. Cit., p.133

¹⁸ Cf. Marinoni, ob. Cit., p.101

¹⁹ Outro aspecto considerável que constitui um dos elementos que buscam garantir a efetividade do processo, é a participação ativa do juiz na produção das provas. Nesse sentido, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier que "hoje se vem paulatinamente difundindo a idéia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo. (...). Essa idéia...parte uma preocupação honesta com o acesso à justiça e também, do ponto de vista estritamente dogmático, da noção adequadamente entendida no sentido de que o processo é direito público, e que disso decorrem conseqüências inarredáveis" (O novo regime do agravo, 1996, p.312).

Por outro lado, é inegável que o processo, por ser instrumento, deve valer-se de mecanismos que superem cada vez mais a herança racionalista advinda do pensamento iluminista, como condição fundamental de efetividade.

Para tanto, além da reavaliação do papel do juiz no processo, que não pode ser mais uma figura inerte no processo probatório, é necessário redimensionar a intensidade do ônus da prova para as partes.

A moderna visão ideológica e instrumentalista do sistema processual impõe a relativização do ônus da prova, em face do entendimento de que a certeza no processo civil é igualmente relativa, pois a instrução não garante que o juiz encontre a verdade discutível e componha a lide com justiça.

Compatibilizando-se com a tendência moderna no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos, os juízos de verossimilhança exigem o sacrifício da segurança jurídica. O sistema de cognição sumária embora se afaste do requisito da certeza, ainda que sob o risco do erro, revela a preocupação pelo escopo social de pacificação através do processo, nada obstante tal entendimento seja visto ainda com reservas pela doutrina.

Na realidade, mesmo que o direito objetivo não seja fielmente aplicado, se a justiça foi feita de maneira rápida e eficaz, o processo alcançou seu objetivo. A busca da verdade não pode ser um processo burocrático arraigado às formas procedimentais, mais uma tentativa constante de simplificação dos procedimentos legais, viabilizando e garantindo a efetividade do direito²⁰.

Percebe-se que a garantia da efetividade do processo redundou em uma revolução considerável com relação às concepções tradicionais. O artigo 162, §1º, do CPC afirma que "sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa".

O dispositivo citado exprime exatamente a concepção já exposta de que a composição da lide só ocorreria com a prolação da sentença. Esse pensamento encontra-se superado. A liminar de natureza satisfativa, embora seja conceituada como uma decisão interlocutória, diz respeito à lide, interferindo na situação de direito material ainda que se trate de um juízo provisório, não podendo ser considerada apenas como uma decisão sobre o processo.

Um dos principais entraves à satisfação dos direitos é, indiscutivelmente, a morosidade dos processos. Tal fato sempre lesionou o princípio da igualdade. A expansão das tutelas de urgência visa distribuir o ônus do tempo no processo, ao mesmo tempo em que previne a ocorrência de um grave prejuízo em virtude da lentidão da justiça. É de se reconhecer que os juízos de verossimilhança exprimem riscos, mas esses são assumidos para garantir a efetividade do processo.

Ensina MARINONI que "o ideal de efetividade, entendido com ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele têm o direito de obter, é que teve iluminar as novas definições dos doutrinadores do processo"²¹.

8. CONCLUSÃO

Em atenção ao que foi exposto, algumas conclusões podem ser subtraídas. É o que se mostrará.

²⁰ Cf. Dinamarco, Ainstrumentalidade..., ob. Cit., p.243.

²¹ Ob. Cit., p.22.

A aplicação do princípio da verossimilhança objetiva garantir o direito substancial e favorecer a efetividade do processo, o que significa em valorizar os juízos de mera aparência em detrimento da certeza, embora a busca da verdade continue sendo o escopo que norteia o direito processual civil. Só que essa verdade é apenas quimera. Nas ciências sociais não existe verdades absolutas. O grau máximo de certeza que o juiz pode chegar decorre de sua convicção psicológica em privilegiar determinados motivos, e não necessariamente das provas apresentadas.

Sendo assim, o princípio da verossimilhança não é antagônico ao princípio da verdade, apenas se diferenciam pelo grau de intensidade e segurança. Aquele é inerente à tutelas de urgência, sejam satisfativas ou cautelares, cuja aplicação encontra raízes no princípio constitucional da inafastabilidade, enquanto a verdade constitui uma meta a ser alcançada, embora sempre se apresente num estado de probabilidade.

A complexidade das lides no mundo contemporâneo exige a adoção e ampliação dos juízos de verossimilhança. O sistema jurídico deve preocupar-se em proteger desde de logo o provável direito ameaçado, pois não se pode sacrificar o direito verossímil baseado na idéia de somente a sentença é capaz de compor a lide pois só ela pode conferir segurança jurídica através da coisa julgada.

Trata-se de um pensamento oriundo da teoria racionalista do Iluminismo que se apresenta absolutamente ultrapassado. A tutela de urgência de natureza satisfativa ao antecipar exatamente aquilo que seria obtido com o provimento jurisdicional final constitui decisão sobre a lide e não sobre o processo. Por outro lado, a satisfação do direito não se relaciona com a coisa julgada, haja vista que o direito pode ser satisfeito sem que o contraditório tenha se desenvolvido plenamente e antes da sentença de mérito.

9. BIBLIOGRAFIA

01. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, São Paulo: Malheiros, 1993.
02. _____, A reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 1996.
03. JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal, São Paulo: RT, 1996.
04. MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, São Paulo: Malheiros, 1997.
05. MORAES, Alexandre. Direito constitucional, São Paulo: Atlas, 1998.
06. SILVA, Ovídio Baptista e GOMES, Fábio Luiz Gomes. Teoria geral do processo civil, São Paulo: RT, 1997.
07. SILVA, Ovídio Baptista. Curso de processo civil. Processo cautelar (tutela de urgência), v, 03, São Paulo: RT, 1998.
08. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O novo regime do agravo, São Paulo; RT, 1996.

VIOLÊNCIA POLICIAL: O ESTADO QUE MATA¹

Marco Bruno Miranda Clementino²
Acadêmico do 6º período.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva apresentar as conclusões de pesquisa empírica, realizada no período compreendido entre os meses de agosto de 1997 e julho de 1998, sobre a situação da violência policial no âmbito do estado do Rio Grande do Norte, no que se refere às polícias civil e militar competentes na circunscrição estadual.

A análise investigatória ateve-se ao estudo qualificado da violência policial, em vários aspectos, sempre dentro de uma perspectiva jurídica e jurídico-sociológica. O trabalho foi desenvolvido ao influxo de dois questionamentos. De primeiro, a investigação apontou para a indagação quanto à hipótese de existência, ou não, da violência policial como fenômeno generalizado, dentro da esfera de competência da polícia norte rio-grandense.

Em segundo plano, constatando-se que há violência policial no Rio Grande do Norte, buscou-se demonstrar como ela se afigura, abordando-a sob vários aspectos fundamentais, direcionados a delinear os contornos do problema no contexto da sociedade atual.

O estudo empírico foi levado a cabo a partir da confecção de um questionário de pesquisa a ser aplicado a informantes qualificados em dois grupos. O objetivo foi a realização de estudo qualitativo, abordando algumas questões de cunho jurídico com o confronto das opiniões proferidas dos dois grupos. Destarte, os grupos foram estruturados justamente de sorte a propiciar esse cotejo de perspectivas de análise do problema: o primeiro grupo, representado pelos operadores do direito, representando, neste ínterim, a noção ideal da ordem jurídica no tocante ao tema; e, doutra parte, representantes graduados da instituição policial, cuja contribuição remete a uma visão prática do problema, notadamente quanto à forma pela qual a polícia tem exercido sua atividade.

Nesse diapasão, o texto a seguir representa a síntese de duas vertentes, não necessariamente contrapostas, entendendo que desta síntese foram detectadas as falhas da instituição policial no exercício de suas funções, e, a partir daquelas, poderão ser apontadas as soluções a equacionar o problema.

Não é despidendo ressaltar que a investigação foi precedida de um exaustivo estudo doutrinário-científico³, a partir do qual puderam ser apreendidos os conceitos necessários à consecução de uma análise desta natureza.

2. ELEMENTOS GENÉRICOS SOBRE O TEMA

A temática da segurança pública é tratada, no plano jurídico-constitucional, no artigo 144, da Lex Mater. No dispositivo, são mencionados os termos "polícia" e

¹ O presente artigo é resultado de pesquisa financiada pelo CNPq/PIBIC.

² Aluno do sexto período do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

³ O estudo teórico, consistente na primeira parte da pesquisa, foi publicado em forma de artigo na Revista In Verbis, de nº 07, lançada em 20 de novembro de 1998, sob título de "Algumas questões de direitos humanos".

"segurança", que, apesar de umbilicalmente ligados, não se confundem - lembra José Afonso da Silva⁴. Convém, pois, esclarecer a diferença.

No âmbito do Direito, o vocábulo "segurança" tem sempre conotação genérica de garantia, proteção, estabilidade situacional ou pessoal em vários domínios, dependente do adjetivo que o qualifica⁵. Destarte, ao influxo do conceito de ordem pública, denotado sob o prisma da convivência pacífica em sociedade, pode a segurança pública, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, ser definida como “uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. (...) A segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 144)”⁶.

Delineia-se, nesse teor, o papel da polícia como agente institucional ao qual a Constituição de 1988 expressamente conferiu a função de evitar a perturbação da ordem jurídico-democrática, constituindo este o seu dever, coibindo a prática de delitos infensos ao ordenamento jurídico e garantindo a segurança do cidadão, figura central da nova ideologia constitucional neste campo específico, ao qual é imputada, em concomitante, a responsabilidade pela segurança pública, junto com as instituições policiais, de sorte que polícia e sociedade civil possam trabalhar em consonância, no objetivo precípuo de assegurar a convivência pacífica dos indivíduos em sociedade.

Com efeito, a transposição do indivíduo a figura central norteadora dos objetivos a serem atingidos em nome da segurança pública resulta de uma total inversão de valores aferida nos últimos dois textos constitucionais. Portanto, é mister cotejar-se o que foi elencado pelo legislador constituinte nas últimas duas cartas acerca da temática, com o escopo de aferir as vertentes de orientação delineadas. Veja-se:

Fruto do período ditatorial, na Constituição de 1967, a questão em epígrafe tem como núcleo unicamente a esfera individual, não sendo imputado ao Estado o dever de velar pela segurança pública. Assim, era de responsabilidade da pessoa (natural ou jurídica) cooperar com a ordem estatal, ou seja, ao indivíduo incumbia-se a manutenção do *status quo*. A ordem estatal estava acima de tudo, inclusive dos indivíduos, os quais se viam sacrificados de parte de suas liberdades públicas em benefício do Estado e de argumentos sempre fundados na segurança nacional.

A Constituição Federal de 1988 altera peremptoriamente essa concepção, passando a defender uma posição extremamente inversa. Nesse diapasão, o Estado passa a zelar pela segurança dos indivíduos, cuja garantia se torna um direito subjetivo dos cidadãos e um dever do Estado, inolvidando-se, vale dizer, da responsabilidade atribuída à sociedade civil de operar juntamente com os órgãos policiais na preservação da ordem pública.

Malgrada tão significativa mudança de concepção, a sua absorção no âmbito institucional dá-se de forma mais lenta, de modo que as polícias ainda retêm a ideologia oriunda de legislações passadas, as quais continuam arraigadas em suas bases estruturais; eis que é ventilada aos quatro ventos a necessidade de reformulação estrutural junto às polícias, no sentido da democratização das mesmas, propiciando-lhes adaptarem-se devidamente à concepção aludida pela Lei Maior. A ideologia exclusivamente repressora não se coaduna mais com o que versa a lei. O policial deve manter uma identidade com a sociedade civil, não um distanciamento, este consistente numa das causas da violência cometida pelas instituições encarregadas da Segurança

⁴ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.709

⁵ Idem ibidem

⁶ Idem ibidem, p.710

Pública. A violência gerada por esses órgãos, por sua própria constituição e processo de formação dos seus membros, torna inapta a concretização do fim a que se propõem os mesmos, a saber, a efetivação do Estado Democrático de Direito. Cuida-se, pois, de profunda violação dos mandamentos constitucionais da atividade dessas instituições, ensejando a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca da questão no intuito de coibir tais violações, em nome dos interesses da sociedade civil tutelados pela Norma Sobranceira.

A temática da violência policial ganha contornos na atualidade uma vez que a desobediência aos princípios constitucionais tem ocorrido no próprio aparelho de Estado. O papel das polícias civil e militar presume a função do Estado de preservação da segurança pública, no Brasil dividida em policiamento ostensivo de caráter preventivo e policiamento judiciário de caráter investigatório. Trata-se de atividade imprescindível à ordem democrática, através da qual se confia um corpo destacado da cidadania a coerção limitada pelos regimentos constitucionais e infraconstitucionais.

A história recente do Brasil vem registrando a utilização de estruturas policiais (civis e militares) que continuam operando à margem de qualquer controle público. O envolvimento de policiais com a rede do crime organizado, a corrupção quase institucionalizada e a prática reiterada de delitos de toda ordem, notadamente o abuso de autoridade e as práticas de violência contra as populações e marginalizadas estão a indicar a necessidade de estudos que subsidiem reformas no interior destas instituições. A violência policial, sob a forma de tortura, espancamento, racismo, invasão de domicílios, abuso de autoridade, agressões a maiores e menores de idades, assim como a idosos e homicídios são graves violações dos direitos humanos no interior do próprio Estado.

No estado do Rio Grande do Norte, com efeito, a situação não é diferente, Pesquisas recentes atestam com veemência a realidade da segurança pública em seu território. A violência cometida por membros da instituição policial é patente, sobretudo contra indivíduos menos abastados da comunidade, vendo seus direitos formalmente tutelados ser material e gravemente violados justamente por aqueles formalmente imbuídos de tutelarem-nos.

É imperioso, pois, seja perpetrado um estudo que venha a suscitar os fatores delineados como causa da problemática, detectando as falhas do sistema, para que, a partir deles, as autoridades competentes tenham o condão de apontar as possíveis soluções a serem empregadas para um melhor atendimento aos anseios de segurança pelos quais clama a sociedade civil, anseios estes consistentes tão somente no cumprimento incondicionado dos direitos do cidadão pelas instituições imbuídas da garantia aos indivíduos da segurança pública. O direito à segurança é o direito fundamental e o desrespeito aos direitos fundamentais é o desrespeito à cidadania, ao Estado Democrático de Direito, à Constituição Federal. É resquício de uma época marcada pelo autoritarismo estatal e pelo sacrifício das liberdades individuais sob argumentos que feriam a observância dos direitos humanos, tão essenciais a uma ambiência de convivência social em que paire a normalidade institucional. Só assim os homens poderão fruir plenamente dos direitos que lhes são imanentes.

3.EXISTE VIOLÊNCIA POLICIAL NO RIO GRANDE DO NORTE?

Seguindo a metodologia do presente trabalho, conforme anteriormente demonstrado, procurou-se aferir, mediante a realização de entrevistas, quais os delineamentos da temática sob análise, ou seja, a violência policial, no estado do Rio

Grande do Norte. Destarte, como primeira pergunta de pesquisa, teve-se a indagação acerca da existência, ou não, de violência policial no estado.

Os resultados dessa primeira pergunta de pesquisa são surpreendentes. Surpreendem porque suscitam o reconhecimento das autoridades policiais de que o problema realmente existe, apesar de apontarem-no como não institucionalizado, fator que decerto merecerá posterior análise ainda neste capítulo.

Os valores obtidos são veementes. A totalidade dos entrevistados pontifica que a violência policial realmente existe no estado do Rio Grande do Norte. No entanto, o problema muda de figura segundo a opinião aventada por cada um deles. A grande maioria (70%) preferiu apenas mencionar a real existência do problema, sem emitir juízo de valor acerca da sua intensidade. Outros (20%) admitiram a existência de violência apenas em casos isolados, não de forma institucionalizada. Ainda, 5 % afirmaram que a mesma, em verdade, vem diminuindo, utilizando-se do critério do número de ações ajuizadas na atualidade por abuso de autoridade e tortura. E, por fim, os 5% restantes responderam que casos de violência têm ocorrido em grande intensidade.

Numa análise mais detida dos dados coletados, fatores vários podem ser extraídos, cuja explicitação se faz imprescindível em função do objetivo a que se propõe o trabalho. Primeiramente, é de interessante ressaltar que a problemática foi encarada por diversas vezes como resultante da própria natureza humana, presente em toda parte, inclusive em países mais desenvolvidos, sugerindo a importância de uma preparação impecável daquele agente designado ao contato direto com a comunidade, sobretudo numa área tão delicada como a segurança pública, em que se há de lidar diretamente com a marginalidade. Essa preparação inclui vários aspectos, inclusive no que tange às próprias condições materiais oferecidas ao policial para o exercício de suas funções.

Outro ponto de destaque é o fato dessa violência ser cometida deliberadamente, à vista da própria comunidade. Isso fica claro na opinião perfilhada por um dos entrevistados: "A constatação da violência policial pode ser feita através da própria observação pessoal. Quem não sabe que a tortura é praticada comumente nas delegacias de polícias? Quem já não presenciou, pelo menos na televisão, a prisão de alguém, que, mesmo depois de dominado e contido, ainda é espancado, sem qualquer justificativa. A violência arbitrária está intrinsecamente ligada às ações policiais". Vê-se que é notória na comunidade a existência de violência na ação policial, de modo que um estudo objetivando delinear os contornos que tomam o problema tem grande valia na reflexão acerca das possíveis medidas a serem acatadas no intento de solucionar a questão.

Doutra parte, merece análise a opinião segundo a qual a violência policial ocorre de fato, mas somente em casos isolados, não de forma institucionalizada, conforme perfilharam 20% dos entrevistados, todos do grupo de informantes que compõem a instituição policial. Destarte, o Dr. Manuel Alves da Silva, da Coordenadoria de Polícia (COPOL) proferiu as seguintes palavras: "Não existe violência policial no Rio Grande do Norte. O que pode acontecer é um ou outro excesso, casos isolados não comprometem as instituições policiais como um todo, na sua grandiosa maioria formada por pessoas responsáveis e com absoluta consciência do seu papel no contexto social. Não se deve esquecer que os Policiais do estado vieram todos, pelo menos a maior parte, da sociedade norte rio-grandense. Por outro lado, não se deve confundir o uso da força por parte da polícia com violência policial. Em casos excepcionais, o uso da força tem respaldo na Lei. O que não pode é o policial fugir ao que a lei estabelece, quando isto acontece, aí sim, começa a violência".

Por outro lado, é unânime, para os que responderam neste sentido, que a formação do policial ainda não é ideal. Ora, como não se falar em violência institucionalizada em se admitindo expressamente a necessidade de uma preparação

mais acurada do efetivo policial? Violência institucionalizada não quer dizer que a própria corporação pregue a prática de violência, mas, sim, que a própria estrutura da mesma ainda alberga em suas raízes a ideologia oriunda do período autoritário, em que a violência era generalizada. Anteriormente se aventou que a dificuldade que a polícia tem em se desvencilhar daquela estrutura montada para reprimir a população, pêlos mais diversos argumentos. Convém lembrar, inclusive, que grande parte dos policiais atualmente em atividade teve sua preparação realizada àquela época, tornando-se extremamente complicada a efetivação de nova formação à luz dos preceitos trazidos a lume pela atual carta constitucional.

Ademais, a própria condição sócio-econômica, sobretudo no plano educacional, da população brasileira, e, portanto norte rio-grandense não favorece à construção de uma sociedade consciente dos seus direitos e, sobretudo, dos seus deveres, o que se reflete na instituição policial, a qual recebe material humano mal preparado. A conjugação de todos esses fatores (má formação, nível educacional precário e defeitos estruturais oriundos do período autoritário) leva a uma atividade policial desmedida. O policial deve estar ciente de que lida diretamente com a comunidade, motivo por que sua atividade deve ser minuciosamente calculada.

Se o policial não está devidamente preparado, sua atividade não obedecerá a critérios previamente estabelecidos pela instituição, porquanto os valores desta não foram suficientemente ministrados. A atividade policial, nesse teor, desprovê-se de limites, posto que limites não se lhe impuseram mediante uma boa formação. O policial começará, pois, a agir segundo seus próprios critérios, os quais, em virtude do baixo nível educacional, são plenamente questionáveis. Não o conhece, provavelmente, nem mesmo seus direitos, quicá a lei, sob o amparo da qual deve cifrar-se suas ações. Desprovido de limites criteriosos, fundados na lei, age ele de forma arbitrária, ao seu falante, o que é sensivelmente perigoso quando se atua em área tão delicada. Como discernir entre quem é delinquente e quem é apenas um cidadão comum? Eis que a ação policial, nessas condições, torna-se muitas vezes arbitrária. A má formação tem influências mais profundas no íterim do relacionamento da polícia com a sociedade. Não é tão simples quanto parece. A polícia não terá o condão de execrar essa violência institucionalizada enquanto não encontrar meios de propiciar preparação adequada para seus membros. A busca e efetivação prática dessa preparação, por sua vez, somente serão alcançadas mediante esforço conjunto do Poder Público e da sociedade civil, também responsável pela segurança pública.

Naturalmente, como membros da cúpula da instituição policial, os entrevistados tendem a defendê-la. Mas o importante foi a preocupação demonstrada por todos os entrevistados na esteira de uma melhor formação policial, no objetivo de coibir casos de violência, isolados ou não, na melhoria do atendimento aos anseios da comunidade. Esta foi uma constante nos depoimentos das autoridades policiais, o que demonstra realmente o interesse de ver a polícia aproximar-se da sociedade civil, adquirindo seu respeito e confiança.

Em resposta a esta primeira indagação, conclui-se que os direitos humanos são constantemente violados, no estado do Rio Grande do Norte, pela instituição policial. Importa, em prosseguimento da análise, delinear os contornos que toma essa violência nos dias atuais, dando o diagnóstico da questão em vários aspectos.

4, QUAIS OS DELINEAMENTOS DESSA VIOLÊNCIA?

4,1. Das medidas cabíveis para a solução da violência policial

À indagação acerca das medidas cabíveis para equacionar o problema sob análise, as respostas de ambos os grupos de pesquisa gravitaram em torno dos mesmos pontos. Ora se aventou soluções no plano educacional, ora no plano das condições de trabalho oferecidas pelo Estado. Por fim, alguns entrevistados preferiram esquadrihar a questão dentro de uma ótica macro-social, considerando as condições sócio-econômicas da população como um todo.

Consabido que cada uma das medidas apontadas merece um aprofundamento específico, o que se torna impossível no contexto da presente investigação, ater-nos-emos tão-somente ao elenco das respostas coletadas, com uma breve análise de cada uma delas.

Inicialmente, pois, constatou-se um profundo descontentamento de todos os entrevistados em relação às condições de desempenho da atividade policial oferecidas pelo Estado. Os problemas vão da má remuneração à carência de equipamentos mais sofisticados e eficazes no combate, por exemplo, do crime organizado, melhor armado. Isso sem dúvida torna a carreira policial pouco atraente e não condizente com a atividade precípua que ocupa no plano da salvaguarda do Estado Democrático de Direito, qual seja, a defesa da segurança pública e da paz social.

Com uma carreira desvantajosa, a polícia não tem conseguido atrair profissionais de gabarito que, em face de carreiras mais bem remuneradas, que oferecem melhores condições de trabalho, não se interessam pelo ingresso à instituição policial. Nesse contexto, a polícia não consegue receber da sociedade civil um efetivo com alto grau educativo, o que seria ideal numa instituição que trata diretamente de problemas de profundidade no âmbito social, com os quais não é fácil lidar; eis que alguns entrevistados sugeriram a adoção de um mínimo de escolaridade de 2º grau para os policiais, entendendo que, com uma melhor base educativa, os policiais têm mais condições de assimilar a realidade social para, assim, exercer sua atividade com melhor trato, de sorte a aproximar-se da comunidade ao invés de separar-se. Compreendendo os problemas sociais, os policiais melhor lidam com eles, tornando-se, portanto, mais eficazes no combate da criminalidade.

Entrementes, examinando a questão de forma sistemática, há de detectar-se um problema. Ora, como limitar a escolaridade sem uma total reformulação na carreira, sem oferecer melhores condições de exercício da atividade, seja na remuneração ou nos equipamentos disponíveis? Vê-se que a problemática gera um círculo vicioso, com uma série de fatores a agravá-la ainda mais. É patente que nenhum indivíduo bem educado, com maiores chances no mercado de trabalho, vai ingressar numa carreira em que, além da baixa remuneração oferecida, correrá riscos de vida, não por lidar diretamente com a criminalidade, posto que toda polícia no mundo exerce tal atividade, mas pela falta de equipamentos mais modernos e aptos ao seu exercício seguro e eficaz.

Além da disponibilidade de um corpo de policiais bem educados - dizem alguns entrevistados -, a polícia deve oferecer, para os policiais, cursos específicos de cidadania e relações humanas, de molde a que a educação recebida na escola secundária requer maior aprofundamento, merece um treinamento mais específico, tendo por base, é evidente, o ensino auferido no ensino público ou privado regular. A importância desse treinamento voltado para a compreensão dos direitos humanos é de pleno denotado nos dizeres do Dr. Walter Nunes Júnior, Juiz Federal na Capital norte rio-grandense: "A polícia deve ser identificada como um estamento da sociedade que tem em mira conferir proteção ao cidadão. O principal, para se alcançar esse fim, é qualificar o agente policial, inserindo-o no contexto democrático. Antes de ser agente policial, de mister que ele tenha sólida formação de cidadania. Só assim, com grau de educação adequado, os

corpos funcionais das polícias civil e militar serão dotadas de capacidade para desenvolver as suas atividades voltadas a dar segurança ao grupo social".

Deve ser atestada, ainda, a necessidade de um acompanhamento psico-social do efetivo da polícia. O objetivo desse trabalho é o de obstar a que problemas pessoais dos próprios agentes venham a influir na sua atividade junto à comunidade. A história de vida do policial, ou seja, passado e presente, requer estudo e acompanhamento psicológico, no objetivo de evitar que possíveis distúrbios comportamentais, oriundos, por exemplo, da infância e da própria convivência familiar, venham a influir no seu relacionamento com a comunidade.

Foram pontificadas, ainda, soluções de ordem estrutural e corporativa, como a desmilitarização das polícias e a necessidade de efetivo funcionamento das corregedorias, obstando ao corporativismo exacerbado, este capaz de fomentar a impunidade.

Alguns foram mais longe, preferindo responder à luz de uma análise macro-social e citando como soluções a melhoria da educação do povo, bem como uma realização de uma nova política para o país.

As soluções são as mais diversas, todas contribuindo para equacionar o problema. Urge elucidar, todavia, que todas perpassam dois planos fundamentais, a saber, o educacional e o material. O primeiro, como base preventiva, gira em torno do ensino em geral, mas também da necessidade de preparo específico para desempenho da atividade, com ensinamentos de cidadania e relações humanas, para que, destarte, sociedade civil e instituição policial laborem em consonância. O segundo, doutra parte, diz respeito ao aprimoramento tecnológico dos equipamentos e à reformulação da carreira policial, tornando-a mais atrativa à população, 4.2.0 preparo da policia para o exercício de suas funções junto a comunidade.

Neste quesito, as opiniões se dividem em ambos os grupos de investigação. Em geral, ponderando-se as respostas carreadas junto aos entrevistados, a atividade policial vai de mediana a deficiente.

Os problemas apontados como óbices ao perfeito exercício de uma atividade em consonância com o espírito dos anseios da comunidade, são, genericamente, as mesmas elencadas no subcapítulo anterior. Correlacionadas ambas as indagações de forma lógica, a conclusão sobre a atividade policial não poderia ser outra. No entanto, há o entendimento de que pelo menos o essencial é ministrado ao policial, ou seja, a capacitação técnica mínima para lidar com a criminalidade, como o manejo de equipamentos e a noção básica dos seus direitos e deveres.

Os problemas outrora ventilados, contudo, têm levado o policial, no exercício de sua labuta, à prática de determinados abusos de direito, muitas vezes de forma truculenta. Trata-se de distúrbios comportamentais causados pelo despreparo ou pela preparação deficiente que a instituição transmite ao policial.

Apesar das dificuldades, há aqueles, porém, que considera satisfatório ou razoável o trabalho exercido pelos policiais, sobretudo na eficácia da ação policial no combate ao crime. Isto leva a crer que os problemas encontram-se precipuamente no âmbito do relacionamento com a comunidade. Ao compulsar o leque de respostas coletadas, denota-se a idéia de que, no campo do combate ao crime, a polícia labora razoavelmente, o problema maior encontra-se tão-somente na forma utilizada nesse combate. Cuida-se tão-somente de uma questão de perspectiva. Os fins são atingidos de forma aparentemente satisfatória, mas não adequadamente, como que a comunidade, para proteger-se da criminalidade, tivesse de suportar os abusos de alguns policiais. Nesse sentido, o problema está no fato de que não há uma horizontalidade no relacionamento da polícia com a comunidade, mas uma verticalidade, uma espécie de

sujeição em relação àquela, de temor, que leva os policiais ao cometimento de atos arbitrários, os quais, vale dizer, não serão coibidos senão com uma melhor preparação dos policiais para o trato com as pessoas. As pessoas têm de confiar nos policiais, não os temer. Enquanto não for invertida essa noção, a violência subsistirá, pois na horizontalidade está a igualdade e na verticalidade, a opressão.

4.3 Polícia e Constituição

Encontra-se o presente subcapítulo intimamente vinculado ao imediatamente anterior, de sorte que a grande parte dos entrevistados, em consequência ao que responderam anteriormente, foi quase unânime em afirmar que, em verdade, a atividade policial ainda não é exercida em consonância com os ditames constitucionais, salvo esparsas opiniões contrárias.

A Constituição Federal, em suas normas e princípios consagrados à segurança pública, traz a lume de forma expressa a noção de que aos órgãos policiais é imbuída a faina de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, numa límpida orientação preventiva da criminalidade. Ou seja, ao invés de atuar de forma a reprimir o crime depois da prática deste, a instituição deve laborar ostensivamente na prevenção da criminalidade, assegurando a incolumidade e a proteção dos cidadãos em face de atividades delituosas.

Polícia ostensiva, vale dizer, não é polícia violenta. A presença de agentes fardados junto à comunidade não consiste de forma alguma em agressão aos direitos fundamentais. Pelo contrário, leva à população o sentimento de segurança e confiabilidade, como num processo integrativo entre a polícia e a sociedade civil. O policial deve ser aquele em que a comunidade projeta sua confiança; deve ser aquele com qual cada indivíduo contará nos casos em que a segurança ou incolumidade deste se veja ameaçada.

Do que se depreende da análise harmônica das respostas ofertadas, deduz-se que, infelizmente, esse trabalho tão refinado de prevenção tem sido realizado inadequadamente. As razões para tanto se circunscrevem àquelas aduzidas nos subcapítulos anteriores, as quais efetivamente, exercem influência em âmbitos vários das deficiências da atividade policial.

Em exame sistemático dos dados carreados, é de plano conclusivo que a instituição policial tem atuado mais repressivamente, olvidando-se, pois, da ideologia preventiva que representa os anseios da Carta Política brasileira. Há casos isolados em que o policiamento ostensivo efetivamente funciona, até com certa eficácia. Na maioria das vezes, porém, a realidade é diversa.

Merecem destaque igualmente alguns pontos ventilados pelos entrevistados. De interessante ressaltar, por exemplo, a resposta de um dos integrantes do grupo composto pelas autoridades policiais, quando afirma que a polícia preventiva precisa ser desmilitarizada. Obviamente não é despicienda essa manifestação, sobretudo quando proferida por um membro da corporação policial, fato que, sem dúvida, requer maior ponderação.

Ora, o interesse de desmilitarizar uma polícia cuja atividade é exercida diretamente junto à comunidade é o de evitar as práticas repressivas inerentes à própria ideologia militar. Em que consiste a atividade militar senão no combate da ameaça advinda do inimigo, como o fazem o exército, a marinha e a aeronáutica? Trata-se de questão que demanda estudo aprofundado, em que a desmilitarização figuraria como hipótese de investigação no estudo de sua utilidade no combate da violência policial. No contexto da presente pesquisa, afirmar a eficácia de um processo de desmilitarização da

polícia preventiva seria ato irresponsável, inócuo e desabalizado, porquanto superficial foi o estudo nesse sentido.

Outro ponto aventado foi a carência de efetivo policial para a realização de um trabalho mais refinado, ostensivo; isso sem falar da formação deficiente, anteriormente demonstrada, o que pode tornar arriscado um contato mais direto entre a polícia e a comunidade. Ora, não deve ser deslembado que a polícia ostensiva é aquela presente na própria comunidade, levando-lhe segurança. Um trabalho tão aproximado deve, portanto, ser realizado de forma criteriosa e preparada, obstando a arbitrariedades e práticas de violência desnecessária. Trabalho tão refinado requer preparação adequada; eis que o problema remete às dificuldades já tão exaustivamente explicitadas, de sorte que, não tomadas aquelas medidas, a polícia não terá o condão de exercer a contento sua atividade, em paralelo com os preceitos constitucionais e dentro de uma perspectiva de respeito aos direitos humanos fundamentais.

4.4. Polícia e impunidade: como age o Poder Judiciário?

Na esfera de punição dos agentes policiais acusados da prática de crimes, as opiniões se dividem, notadamente dentre aquelas coletadas junto ao grupo dos profissionais operadores do Direito. Quanto às autoridades policiais, ao revés, as opiniões são bastante assemelhadas, sempre apontando para assegurar que aqueles policiais que cometem crimes são efetivamente punidos, seja na seara administrativa, seja na criminal. Defendem eles a punição com vigor, devendo sê-lhes utilizadas as sanções penais cabíveis, além de o regulamento disciplinar. São firmes no diapasão de negar ao policial acobertar-se do nome da instituição à qual pertence, restando impune.

Os operadores do Direito, contudo, responderam de forma mais diversificada, dependendo do ângulo sob o qual analisam a questão. Por exemplo: as maiorias daqueles que vêem o problema apenas do plano jurídico-positivo, tendem a considerar eficientes as punições desafiadas aos policiais, sobretudo no âmbito do júri singular. Quanto ao júri popular, por seu turno, entende os entrevistados estar ele conivente com a violência praticada, porquanto inaplicadas as penas cabíveis a evitara impunidade.

Outros há que analisam a questão diferentemente, preferindo, ao direcionar o tema para a sociologia jurídica, afirmar a dificuldade na produção de provas dos atos de violência, tendo em vista que a maioria das vítimas são pessoas menos abastadas e totalmente desassistidas. Ademais, perfilham alguns que a tese de defesa dos policiais é de fácil construção por excludentes de antijuridicidade, consoante aduziu um dos membros do Parquet que responderam a entrevista, in verbis: "Raramente os policiais são punidos pelos crimes que cometem. Inicialmente é de se considerar que poucas pessoas têm efetivamente coragem de depor como testemunhas de crimes cometidos por policiais, tal medo não é infundado, afinal não é novidade a intimidação de testemunhas e a existência de grupos de extermínio incrustadas no aparelho policial, logo, só em condições excepcionais conseguem se reunir o mínimo de provas necessárias para a viabilização de uma ação penal. Mesmo quando se consegue iniciar a ação penal correspondente, é muito comum ser acatada a tese de que o crime foi cometido acobertado por uma excludente de antijuridicidade, sempre será a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, a tese da defesa, nestes casos, é sempre mais fácil de ser construída. Por fim, é de se considerar que quase a totalidade de crimes cometidos por policiais são contra as camadas mais miseráveis da população, a maioria das vezes contra quem já tem antecedentes criminais, ou vive em ambientes de pobreza absoluta, pessoas excluídas cujos infortúnios não são divulgados pela mídia, nem comovem as classes sociais mais influentes, formadoras de opinião". Com efeito, parece uma

abordagem profunda, vislumbrando ângulos vários influentes nos delineamentos que toma a questão da impunidade dos agentes policiais em face dos crimes que cometem.

Ainda, outros pontos suscitados merecem explicitação, sobretudo no que concerne as falhas comuns do sistema judiciário brasileiro, que levam, à guisa de exemplificação, à demora muitas vezes excessiva na prestação jurisdicional e, também, quanto ao corporativismo da Justiça Militar, consistente em entrave à aplicação da punição ao militar, além da necessidade alvitrada de atuação mais efetiva do Ministério Público, atraindo para si a condução das investigações, obstando a que haja manipulação da verdade. Não se olvide que a apuração dos crimes praticados por policial compete à própria polícia.

No que pertine ao papel conferido ao Poder Judiciário como o competente ao julgamento de agentes policiais, vê-se que, em geral, cumpre-o de forma mediana, em função das deficiências do próprio sistema judiciário, principalmente na parte processual, o que leva ao retardamento na prestação jurisdicional. Doutra parte, afirmam alguns entrevistados a existência de casos em que os policiais são julgados com condescendência, até pela tese de defesa mais facilmente construída, destinada a acobertar a prática de atos violentos sob o manto de excludentes de antijuridicidade. Nesse sentido, o júri popular tem sido o mais conivente, chegando a absolver agentes policiais em determinados casos.

Em geral, o Judiciário cumpre fielmente seu papel na maioria dos casos, de modo que não pode ser responsabilizado por atos de violência policial. Alguns responsabilizam unicamente o Executivo; outros, ainda, alegam que o controle da polícia compete ao Parquet, controle este merecedor de maior efetividade. A Justiça Militar também é alvo de severas críticas, notadamente por seu viés corporativo.

Por fim, o grupo dos policiais fez boa lembrança acerca do papel da sociedade civil no objetivo de evitar a impunidade. Não se cuida, é bem de ver, de afirmação desabalizada, infundada. A responsabilização da sociedade civil pela segurança pública, falou-se, é expressamente prescrita no artigo 144, da Norma Sobranceira do ordenamento jurídico brasileiro; eis que a convivência do júri é prova de que a sociedade civil, de certa forma, tende a conspirar contra ela mesma, por razões cuja análise não cumpre realizar no presente estudo. Superficialmente, contudo, pode-se alegar a deficiência educacional da população em geral, tornando-a facilmente suscetível de manipulação por meios de comunicação de massa.

4.5. A simbologia do policial na comunidade

Este subcapítulo cuida, sem dúvida, de um dos aspectos mais interessantes da presente investigação. A simbologia do policial criada no imaginário da comunidade é reflexo direto do comportamento da polícia no trato social. Se atua adequadamente, cria imagem positiva, de confiabilidade, associada a uma convivência horizontal, num liame cooperativo. Ao revés, com ações desmedidas, causa temor na população, que o assimila formalmente à própria arbitrariedade, como se fosse ele o próprio "marginal".

Nesse diapasão, a questão da violência policial exerce marcante influência na simbologia atemorizadora do policial no seio da comunidade. Isso ocorre quando o plano objetivo da prática de violência insere-se na consciência subjetiva das pessoas, que passam assumir a imagem dos agentes ligada à truculência e intimidação, como aquele que vem reprimir as ações delinquentes, mas que, muitas vezes, tende a ser, pelo próprio despreparo, arbitrário no uso de suas funções. Ora, quem não conhece algum caso de vítimas da ação violenta da polícia, acusadas de cometimento de crimes, posteriormente inocentadas pelo Poder Judiciário? À polícia, incompetente para julgamento de delitos,

deve ser admitido fazer justiça com as próprias mãos? E quanto ao risco de pessoas inocentes serem vítimas de violência?

Ademais, a simbologia do temor gera a desconfiança; desconfiada, por seu turno, a população adquire um sentimento de insegurança, ou seja, no imaginário das pessoas, a polícia termina não efetuando a segurança pública, senão a insegurança pública, porquanto as pessoas concebem-se desprotegidas, numa ambiência completa de incredulidade nas instituições.

Essa insegurança, vale dizer, tem maior incidência nas camadas menos favorecidas da população, fruto, talvez, de uma cultura de defesa do Estado, em detrimento do cidadão, alusiva a práticas autoritárias até recentemente realizadas no seio da sociedade brasileira, reprimindo os fracos, em benefício da dominação dos mais fortes. O Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Procurador da República no estado do Rio Grande do Norte, tece salutares comentários a esse respeito: "A sociedade brasileira tem uma história de violência, autoritarismo e repressão, que lhe marcou a mentalidade e está impregnada, tanto nos costumes institucionais e sociais, como no próprio imaginário social".

Estruturalmente, pois, as instituições brasileiras ainda não conseguiram adaptar suas práticas aos preceptivos do Estado Democrático de Direito, de sorte que a herança institucional autoritária ainda se encontra latente em entes vários do Estado Brasileiro, apesar da propensão das autoridades, pelo menos da polícia potiguar, em alcançar a inversão desses valores. Isso fica claro nas palavras proferidas pelo Dr. Manuel Alves da Silva, Coordenador de Polícia do Rio Grande do Norte: "Só se/" que realmente a nossa sociedade teme a polícia. É uma verdade. Fico com inveja de alguns países em que a Polícia é a segunda instituição mais amada pelo povo, como a Inglaterra, onde fica atrás apenas das Forças Armadas. É possível que algum dia tenhamos uma instituição policial respeitada pelo povo. Está nas mãos de cada Policial a luta para que chegue logo esse dia".

Com efeito, muito interessantes os comentários acima transcritos, os quais requerem dupla análise. De primeiro, merece aplauso a espécie de declaração afetiva que o entrevistado fez à polícia. É bom observar que membros da instituição prezam por ela e pelo seu nome e, por isso, tem interesse em vê-la respeitada e querida pela população. De ressaltar, ainda, que, indiretamente, ele responde como alcançar a confiabilidade popular na polícia, quando menciona a polícia britânica, a qual, institucionalmente, é estruturada segundo o espírito comunitário, não se tratando de entidade ligada à Coroa. Destarte, há uma clara aproximação entre a população e a comunidade. É assim que se constrói uma polícia confiável; é também o que vimos defendendo ao longo do trabalho e o que apregoa a Constituição Federal quando implícita a necessidade de uma polícia defensora da cidadania, voltada sempre à prevenção do crime e ao bem estar da coletividade.

Em breve dição o Dr. Walter Nunes suscita o problema institucional que dificulta a persecução de uma polícia cidadã, aduzindo que "a questão da violência da polícia brasileira, consoante estudos realizados a respeito, provém da principiologia adotada para as suas criações. A polícia no Brasil, desde o início, foi concebida como instrumento de dominação política. Sempre serviu como órgão de repressão, e não enquanto instrumento indispensável para a consolidação do regime democrático. É preciso, antes de tudo, modificar a filosofia da postura da polícia, enquadrando-a dentro do perfil de um Estado Democrático de Direito (...) A polícia, ainda hoje, tem o mesmo perfil da polícia do Governo de Getúlio Vargas e da polícia do regime de 1964. Ou seja, ela é repressora, quando deveria ser um órgão para dar conforto e segurança à sociedade". Não é tarefa fácil desconstituir toda uma estrutura historicamente montada

para reprimir a população na manutenção do status quo. Porém, direitos não se efetivam senão quando conquistados; à sociedade civil cabe, portanto, a conquista de uma polícia que atenda fielmente aos seus interesses verdadeiros, de sorte que a insegurança pública possa tomar o rumo correio da segurança pública.

5. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BATISTA, Nilo. A Violência do Estado e os Aparelhos Policiais. 9 p. (mimeo).
- BICUDO, Hélio. A Violência e a Estrutura Judiciária Brasileira. Estudos Avançados. São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 67-78, mai-ago 1997.
- BICUDO, Hélio. Unificação das Polícias: Solução para a Violência. Brasília: Câmara dos Deputados, jan. 1991. 4 p. (mimeo)
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992,
- BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília, 1996.
- CiCCO, Cláudio de. Kant e o Estado de Direito: O Problema do fundamento da Cidadania, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 175-188.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. São Paulo., n. 2, 1997. Coleção Documentos.
- CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro; Forense, 1995.
- DIÁRIO DE NATAL, Natal, 12 out. 1997, ESTRATÉGIA de Intervenção Social no Estado. Tempo Social. São Paulo, v. 9, n. 1, maio 1997. 265 p. (13 artigos sobre o tema).
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 26 ago. 1997.
- HUMAN Rights Watch/Americas. Police Brutality in Urban Brazil. New York, 1997.
- HUMAN Rights Watch/Americas. Violência x Violência; Violações aos Direitos Humanos e Criminalidade no Rio de Janeiro.
- JORNAL DO GRUPO TORTURA NUNCA MAIS, Rio de Janeiro, 25 out. 1997.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: A contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 55-65, mai-ago 1997.
- LITRENTO, O. Curso de Filosofia do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro; Forense, 1984.
- LYRA, Rubens Pinto (org.) A Nova Esfera Pública da Cidadania. João Pessoa; Editora Universitária UFPB, 1996.
- MELO, José Tarcízio de Almeida, Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996.
- MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997. MORAIS, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997.
- MOVIMENTO Nacional dos Direitos Humanos. Relatório do VII Encontro Nacional. Brasília, 1992. 51 p.
- NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- OLIVEIRA, Luciano. A Dupla Face da Violência. Coleção Oxente. Recife, v. 3, n. 2, dez 1995.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência sem Controle e Militarização da Polícia. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, v. 2, n. 1, pp. 8-12, abr. 1983.
- PNUD/IPEA. Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil. Brasília: 1996. pp. 139-145.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1979.

RATTON JR. José Luiz de Amorim (org). *Na Trilha da Justiça*. Coleção Oxente. Fortaleza, v. 4, n. 3, dez 1996.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Académica, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONISMO E PLURALISMO JURÍDICO: APONTAMENTOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

Paolo Alves Dantas Terraguso
Acadêmico do 5º período.

1. UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE

Ao cabo de quase dois séculos decorridos da consolidação do Estado moderno e de sua ideologia, não nos parece concebível pensar em outra forma de juridicidade além da estatal. Esta última encontra seu melhor artífice no positivista austríaco Hans Kelsen. Concluindo uma trilha que havia começado em Hobbes, com sua redução da política ao poder estatal, aquele autor procede à redução do Direito ao Estado, destituindo quaisquer outras formas de produção jurídica, isto é, de formação de métodos para conciliação de conflitos sociais, de qualquer legitimidade; de tal modo que “a proposta 'científica' de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os em tamanha medida que o Direito é o Estado e o Estado é o Direito positivo”¹. É preciso deixar claro que não se pleiteia aqui uma desregulamentação, isto é, uma retirada da atuação jurídica estatal, nos moldes da feita, por exemplo, em relação à política trabalhista, em que se permitiu conflituarem interesses de forças bem diferentes, deixando ao arbítrio do mais forte a classificação das estruturas de emprego, a gestão e o uso do tempo de trabalho e, principalmente, a mudança das regras e normas de determinação dos salários. Neste caso, sem dúvida, a retirada estatal resultou em prejuízos à expressiva parcela da sociedade. Assim seria também em muitos outros, fazendo parecer, novamente, insustentável a tese acima esboçada. Mas não se trata disso. A questão é muito mais ampla e, em certo sentido, filosófica.

Como se sabe, um dos aspectos mais característicos da civilização moderna é o seu fundamento democrático, formado em contraposição ao autoritarismo e ao despotismo, segundo o qual, aquele, garante igualdade política e jurídica entre os cidadãos, de modo que, em teoria, todos são iguais perante a lei. Todo o arcabouço jurídico e o próprio Estado incorporam sua legitimidade a partir da aceitação de que este princípio é obedecido. E de fato, salvo diferenças geradas em outras esferas que não a jurídica e a política *stricru sensu*, ele realmente o é. Mas isso não basta, pois como é óbvio supor, estas outras esferas alteram por completo a igualdade nas duas primeiras. O que temos então é que o princípio democrático, que é indubitavelmente o pressuposto primeiro de uma sociedade plural e auto-regulável (e, portanto de seu governo), vale somente para as esferas jurídicas e política da sociedade, notadamente as esferas estatais. Esta não é, entretanto, a única forma de manifestação de juridicidade, mas, pelo contrário, é somente uma, entre muitas outras como, por exemplo, as relações entre patrões e empregados.

Como se vê, este texto pretende dar conta de duas tarefas: primeiramente, expor os diversos focos de juridicidade presentes no meio social, indicando igualmente quais os benefícios possivelmente advindos de sua legitimação como instância jurídica, tarefa à qual se tornam indispensáveis os conhecimentos da Sociologia Jurídica; em contrapartida, cumpre analisar os fundamentos da expansão dos princípios democráticos àqueles focos, constatando como esta última se impõe logicamente, para o que se fazem não menos imprescindíveis as análises elaboradas pela Teoria democrática.

¹ Antônio Carlos Wolkmer, 1997, p.51

2. A SOCIOLOGIA DA NORMATIVIDADE SOCIAL E A QUESTÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

2.1 Uma análise descritiva

Foi somente no século passado que primeiro se cogitou da importância das organizações da sociedade civil, enquanto elementos imprescindíveis à harmonia da sociedade como um todo. A partir da transição novecentista, essas considerações ganharão mais substância, passando de uma apreensão intuitiva da realidade, para outra, propriamente científica, tanto na Sociologia (especificamente na micro-sociologia), como na Sociologia Jurídica. Acompanhemos esta evolução.

Discípulo de Comte, o francês Saint-Simon, em plena restauração monárquica francesa, já concebera como ideal para a sua tecnocracia o papel central desempenhado pelas forças econômicas, as quais se organizariam autonomamente e redigiriam sua própria lei, pela qual tribunais de comércio e indústria iriam substituir tribunais estatais, como primeiro passo em direção a organizações futuras². Mais ainda, tal temática marcará nitidamente a obra dos anarquistas, de Bakunin a Proudhon, apontando ambos o caráter opressivo e estanque do Estado, em contraposição à sociedade civil, a qual deveria obter assim forças para organizar a si própria. Igualmente, a teoria marxista aponta, em seu estágio final de evolução civilizatória, para a livre organização das forças sociais, estabelecendo a produção e o regime de trabalho em comunas.

A partir do presente século, o tema ganhará uma abordagem propriamente acadêmica, estabelecendo-se, a partir de vários autores e seguidos trabalhos, uma análise das diversas estruturas que atuam em certa paridade e de que forças concorrem para estas últimas coexistirem de modo coeso. Neste ponto, faz-se necessário citar o francês Durkheim, cuja distinção entre solidariedade mecânica e orgânica é essencial para a compreensão de que forças asseguram a estabilidade e a coesão social. Ambas aquelas prescrevem normas de convivência, pelas quais se manterá a sociedade, sendo que a primeira é acompanhada por sanções repressivas, ao passo que a segunda, por sanções restitutivas. "A sanção repressiva impõe um dano imposto pela sociedade, uma desonra, seja ela uma punição corporal ou uma privação de liberdade (...), a sanção restitutiva consiste meramente em restaurar o status inicial, seja pelo reparo do dano, seja pela anulação do ato"³. A primeira é tipicamente a lei penal, imposta por uma forma superior e diferenciada a toda a sociedade, tomada igualmente; a segunda, por sua vez, equivale a contratos ou legislações internas de comunidades, em que as decisões são tomadas mais por coordenação entre comuns, os grupos sociais, do que pela subordinação destes ao Estado. Em uma análise mais detida, o autor francês distingue ainda entre solidariedade contratual e delimitativa, que reflete diferenças de classe nítidas e se baseia em princípios individualistas muito claros de troca; e uma outra forma de solidariedade, que pode ser designada de solidariedade por fusão parcial. Durkheim, então, afirma incisivamente: "o quanto mais a solidariedade mecânica predomina em uma sociedade, em que o indivíduo está integrado em um meio homogêneo, o mais a lei repressiva irá predominar sobre a lei restitutiva, Pelo contrário, em uma sociedade em que predomina a solidariedade orgânica, em um meio heterogêneo, grande parte da normatividade se desprende da lei penal"⁴.

Eugen Ehrlich já acentuara, em 1912, o caráter auto-regulatório da sociedade, organizada em suas inúmeras associações, como igrejas, fábricas, sindicatos associações

² Georges Gurvitch, 1953, p.69.

³ Idem ibidem, p. 84

⁴ Idem ibidem.

de bairro etc.: o seu papel é enfatizado pelo autor, influenciado pela teoria da solidariedade social, como sendo a base da própria organização e relacionamento entre as pessoas, de onde emanariam, a partir da interação entre diversos grupos, não só os valores, mas as próprias normas de conduta que regem a sociedade; de tal modo que o Estado somente reconheceria as transformações verificadas e, isto é o mais importante, a autonomia e o poder para determinar a validade e a eficácia de tais normas caberia ainda às organizações e associações privadas, isto é, pertencentes à sociedade civil. A norma social e a norma estatal desse modo completam-se, pois "nenhuma associação juridicamente regulamentada pode existir apoiando-se exclusivamente em normas jurídicas, ela precisa do constante apoio de normas extra-jurídicas, que completam e multiplicam sua efetividade"⁵. Rompe-se assim, de certo modo, a dualidade entre Direito público e privado, mesmo porque "esta dualidade não existe, não há um Direito individual, pois qualquer Direito é um Direito social (...); e, na prática, não existe o indivíduo desvinculado de seu contexto"⁶.

Estas posições seriam magistralmente retomadas e aperfeiçoadas algumas décadas depois, pelo francês Georges Gurvitch, ao sistematizar as diversas formas de interação social, em uma perspectiva de natureza micro-sociológica; inserindo-as posteriormente nas diferentes ordens sociais a que dão origem, analisadas de modo macro-sociológico.

Dada esta divisão, e tendo-se claro que a primeira é base para a segunda, o autor concentrar-se-á nas diferentes formas de sociabilidade distinguindo, de pronto, duas categorias, a saber: interações sociais diretas e espontâneas, ou organizadas e refletidas. As duas diferenciam-se primeiramente pela forma como penalizam a desobediência, que para o primeiro grupo manifesta-se sob a forma de pressões advindas do meio social, mas incorporadas, em maior ou menor grau, por cada indivíduo, consistindo, por assim dizer, em um estado de consciência e comportamento coletivos. As formas de sociabilidade organizada, por sua vez, validam-se por meio de sanções cristalizadas em normas rígidas e impostas a partir de uma esfera exterior ao indivíduo, a qual o mesmo pode incorporar, ocorrendo, porém devido ao caráter centralizado e hierárquico desta categoria, geralmente de modo submisso e passivo. Entre as categorias se estabelece sem dúvida uma relação de subsidiariedade, de modo que a sociabilidade espontânea é sempre a base da sociabilidade organizada, não se expressando totalmente nesta última.

Assim definida, percebemos que ambas não se excluem, mas, pelo contrário, pressupõem-se, pois se é impossível haver uma ordem baseada somente na imposição de sanções externas aos indivíduos, não sendo expressa livremente ou incorporada por estes; é também pouco provável que qualquer organização social, de relativa complexidade, constitua-se e se sustente baseada somente na organização espontânea de seus membros. De fato, esta é por demais instável para garantir segurança à ordem social. Impõe-se aos olhos, sem dúvida, a necessidade de conciliar satisfatoriamente estes dois fundamentos da sociabilidade, de modo a não sacrificar, por um lado, a sincronicidade entre as super-estruturas normativas, organizadas pelo Estado, e a realidade social, independente deste último e evoluindo a passos muito mais largos; mas mantendo, por outro lado, uma unidade entre as diversas transformações, uma ordem sobre as várias tendências que, caso não imposta, poderá levar mesmo à implosão do Estado.

Avançando nas distinções entre as formas de interação social, podemos apontar como critério também a intensidade da sociabilidade espontânea em um determinado grupo social. Por sua vez, a partir desta variação, podemos estabelecer três organizações

⁵ Georges gurvitch, 1953, p.49

⁶ Idem ibidem, p. 40

sociais paradigmáticas, das quais decorrem naturalmente formas de integração social distintas, a saber: as massas, a comunidade e uma ordem social ainda mais integrada do que esta última, que na falta de tradução precisa, chamarei de comunhão. A primeira se caracteriza pela superficialidade da integração, a qual atinge apenas determinadas esferas da consciência, permanecendo esta fechada em seus níveis mais profundos e pessoais. Quando esta se abre e se interpenetra em níveis mais íntimos, havendo uma identidade entre o indivíduo e a sociedade, sem, no entanto atingir o máximo de integração tem-se então uma comunidade. A terceira organização social é, enfim, a plenitude da sociabilidade espontânea, na qual a identidade entre as partes é mais elevada. Vale dizer ainda que tais grupos sociais pareçam ter organizações territoriais específicas, de modo que quanto mais intensa é a integração, menos vasto é o espaço delimitado pelo sistema social como um todo⁷. Assim, em tese, comunhões são realizadas apenas em círculos muito restritos, ao passo que a sociabilidade de massas, por exemplo, coexistem normalmente com complexas sociedades, grandes centros urbanos etc.

Dada esta estrutura social, pode-se estabelecer, por extensão, sua super-estrutura jurídica, isto é, como cada tipo específico de sociabilidade produz uma ordem normativa diferente.

A ordem normativa das massas, por ser de mais ténue integração entre as três, validando-se justamente por meio de sanções impostas a partir de uma ordem superior, caracteriza-se pela maior pressão sobre seus componentes, pois a instituição organizada que se impõe, não garantindo o cumprimento da lei por seu conteúdo material, tem de fazê-lo por outros meios; igualmente, esta categoria se diferencia das outras pela menor legitimidade, uma vez que aqueles não a reconhecem por si mesma, mas senão que, quando muito, pela sua coercibilidade⁸.

As comunhões, sendo o grupo social em que a espontaneidade é a mais alta e a violência organizada a partir de uma instituição centralizada menor, deveria se em tese a mais legítima e menos violenta ordem social, mas devido a fatores específicos de sua constituição, não é isso exatamente o que se verifica. Primeiramente, o fato de geralmente viger nestas sociedades uma legitimidade baseada em tradições, misticismos ou personalidades carismáticas, torna a eficácia de sua lei menos garantida. Neste sentido, a violência de uma reação espontânea à uma infração à ordem da comunhão é inspirada mais pelo choque de valores morais ou religiosos, do que por infrações de valores jurídicos⁹.

Finalmente, a ordem normativa da comunidade, que se põe entre aquelas duas categorias acima em níveis de espontaneidade e violência institucionalizada, não possui, em contrapartida, esta mesma posição intermediária em relação à legitimidade e à violência total desenvolvida no sistema social. Com efeito, a comunidade retém a dosagem correia entre aqueles fatores de constituição das sociedades, mencionados anteriormente: monismo e pluralismo, centralização e descentralização. Isso garante por um lado a segurança em torno dos valores normativos os quais, não sendo fixados em grupos sociais pequenos, têm ainda a proteção da instituição estatal. A lei comunitária, em contrapartida, tendo como origem as motivações espontâneas dos cidadãos a que se aplica, reveste-se de sensível mobilidade social.

Evidente está, após estas palavras, que se defende uma ordem pluralista de organização social, descentralizando o poder da esfera estatal para os vários focos de poder da sociedade, sem destituir aquela, contudo, de sua preeminência. Convém, portanto, determo-nos um pouco mais sobre o tema, apontando os principais caracteres de uma

⁷ Idem ibidem, pp.162 2 s.

⁸ Idem ibidem, pp. 168 e s.

⁹ Idem ibidem, p. 170.

sociedade pluralista e diferenciando-a desde já da democracia (formal) pois, se não se excluem, tampouco se pressupõem: "o conceito de pluralismo e o de democracia não têm a mesma extensão; pode-se muito bem encontrar uma sociedade pluralista não-democrática e uma sociedade democrática não pluralista"¹⁰. Democracia (formal) diz respeito ao modo como são tomadas as decisões em uma sociedade (consulta popular, parlamento, arbitrarismos etc.); e pluralismo à distribuição do poder em suas várias esferas. Assim, poder haver "pluralismo no nível econômico, onde exista em parte uma economia de mercado, várias empresas concorrendo entre si, e um setor público distinto do privado; pluralismo político, quando existam vários partidos ou movimentos políticos que disputam entre si, através do voto ou de outros meios, o poder no Estado e na sociedade; pluralismo ideológico, na medida em que não exista uma doutrina de Estado única, mas diversas orientações, diversos programas político com livre curso e dando origem a uma opinião pública não homogênea e não uniforme"¹¹. Pluralismo é, afinal, a diversidade de opiniões e conceitos, concentrando-se em vários centros de poder.

Em se tratando do pluralismo jurídico, a diversidade se verifica, como foi dito, na legitimação jurídica-política de várias esferas de poder. Desde já, convém lembrar que o "status de sujeito privado remonta à tradição cartesiana da realidade, que introjeta no sujeito o início da existência em si, bem como à filosofia do Iluminismo, ou mesmo ao subjetivismo kantiano (...). Desse modo, o conceito de sujeito individual corporifica uma abstração formalista e ideológica de um 'ente moral' livre e igual"¹². Com efeito, o atomismo metafísico do século XVIII (que ainda vive na sociedade contemporânea) projeta a comunidade como uma ordem social fundada na universalidade formal, livre e voluntarista de subjetividades individuais (contratualismo) que se identificam na mesma condição de seres racionais e homogêneos, capazes de estabelecerem os padrões de direitos subjetivos, bem como de regras jurídicas protetoras e limitadores da soberania estatal; quando bem se sabe, como foi dito, que esta igualdade não existe. O efeito principal desta concepção é manter o *status quo* dominante, dispersando as formas de organização popular que se oporiam a esta situação. Pelo contrário, o pluralismo jurídico visa a, justamente, romper com esse formalismo a partir da constituição de novos sujeitos sociais (jurídicos e políticos) que, por meio de práticas coletivas canalizadas por movimentos sociais, associações voluntárias, comitês de fábrica, conselhos comunitários e municipais etc., aluará na formação de uma nova cidadania. "Uma cidadania que nasce com a participação democrática dos diversos setores da sociedade na tomada das decisões e resolução dos conflitos pela descentralização de competências, recursos e riquezas e pela criação de mecanismos de controle sobre o Estado, assegurados pela real emotividade de um pluralismo jurídico e político firmado em novas bases de legitimação"¹³.

Estes outros focos de juridicidade, de que tanto se falou até agora, ao contrário do Estado, estão e sempre estiveram presentes, em maior ou em menor grau, nas sociedades. Em decorrência, porém, da inaceitação desta como Instância legítima de juridicidade — o que permite a não extensão das garantias democráticas conquistadas nas esferas jurídicas e política — os mencionados tocos passam a apresentar seguidos traços de arbitrarismos, dada as próprias diferenças de condições materiais presentes entre os seus elementos constituintes. Ironicamente, o Estado surge neste momento como o guardião necessário dos direitos ofendidos, restabelecendo uma situação de harmonia. Já vimos que embora a atuação estatal (sanções repressivas) seja

¹⁰ Noberto Bobbio, 1997, p. 59.

¹¹ Idem ibidem, p. 59 e s.

¹² Antônio Carlos Wolkmer, 1997, p.211.

¹³ Idem ibidem, p. 228.

imprescindível, as relações sociais se desenvolvem melhor e de forma mais coesa pela sua auto-regulação (sanções restitutivas). Veremos agora quais são esses focos de juridicidade, apontando quais as suas ordens normativas específicas e, enfim, como estas operam eivadas de despotismos.

São seis os focos de produção normativa em uma sociedade, a saber: o ambiente doméstico, onde se verificam relações familiares ou afins e vige a subordinação dos filhos pela autoridade paterna e/ou materna; o ambiente de trabalho, marcado pelas relações de produção a que se encontram subordinados igualmente os trabalhadores aos gerenciadores ou coordenadores da produção; o ambiente comunitário, caracterizado pela relações simbólicas entre elementos de identidade social de exclusão ou inclusão, valendo para este formas de diferenciação entre etnias ou grupos sociais; o ambiente do mercado, no qual operam as relações de distribuição e consumo e se caracteriza, inobstante os avanço efetuados pela lei de proteção ao consumidor, pela preeminência dos produtores em relação aos consumidores; o ambiente da cidadania, que é justamente a esfera pública estatal, caracterizada pela relação verticalizada entre o cidadão, no ponto inferior, e o Estado, no ponto superior; por fim, o ambiente mundial é a esfera dos Estados e organizações internacionais, em que atuam, igualmente, formas de diferenciação hierárquica entre as diversas nações¹⁴. Para efeito de nosso trabalho, concentrar-nos-emos nos cinco primeiros ambientes.

Como é razoável supor, e já foi implicitamente mencionado, cada ambiente produz uma forma específica de poder, as quais em nossa sociedade, entretanto, fundem-se todas, em maior ou menor grau, ao redor de uma classe ou grupo social, formando um grande mecanismo de exclusão social: no ambiente doméstico, ainda persiste de certa maneira o patriarcado, porém não tão despótico no Brasil como antigamente; no ambiente de trabalho, opera mais do que nunca a exploração, intensificada, aliás, pela desregulamentação das relações trabalhistas; no ambiente comunitário valem as formas de diferenciação desigual, vigente no Brasil pelo que se reconhece como "racismo velado" ou, explicitamente, nas agressões a nordestinos, negros etc.; o ambiente do mercado, por sua vez, tem como ponto de distinção hierárquica entre as pessoas o fetichismo, pelo qual os consumidores se subordinam às mercadorias, bombardeados por propagandas e desejando-as, sem saberem, porém, o real conteúdo ou forma de fabricação do produto; o ambiente da cidadania, por fim, se pauta pela relação de dominação política e jurídica que é, bem ou mal, a única na qual vige, a rigor, o princípio democrático de igualdade (no quanto à esfera jurídica, teoricamente no quanto à esfera política, como é em relação às outras).

E chegando ao ponto que mais nos interessa, cada forma de poder existente na sociedade produz a sua própria lei, tendo-se a lei doméstica, que rege as relações familiares; a lei de produção, que rege as relações trabalhistas; a lei de troca, que rege as relações de consumo; a lei da comunidade, que rege as relações comunitárias; e a lei do Estado, que organiza as relações políticas e jurídicas entre os cidadãos.

2,2 Uma análise axiotógica

Apesar de o Estado dispor sobre todas as questões acima mencionadas, já vimos que a sua percepção é por demais estática (não acompanha satisfatoriamente a dinâmica social, representando o próprio processo legislativo um gasto considerável); ineficiente (pois se impõe hierarquicamente ao indivíduo, apresentando-se a este como uma ordem exterior e coercitiva); e parcial (no sentido de que os princípios democráticos da

¹⁴ Boaventura de Sousa Santos, 1995, pp.420 e ss.

sociedade se estendem somente a certas áreas, subsistindo diferenciações quanto à etnia, a condições materiais, às relações entre sexos distintos etc.).

Tratando deste último aspecto, pode-se dizer, com efeito, que ao se consolidar como sistema dominante, o Estado capitalista previu que geraria despotismos inauditos, que clamariam, todos eles e a partir de vários focos, por medidas igualitárias. A solução para esse dilema foi encontrada na concentração da igualdade em um uma esfera social específica, a estatal. "Como consequência, somente as regras e os padrões normativos emanados do Estado e exercitados por este seriam considerados legais. Igualmente, somente o poder exercitado pelo Estado ou ao redor deste poderia ser considerado legal. Esta redução arbitrária ocultou um fato essencial para a consolidação do sistema político e jurídico capitalista: o de que tanto o poder do Estado quanto a sua estrutura normativa só poderiam operar eficazmente na sociedade em meio a outras formas de poder e estruturas normativas, geralmente mais despóticas do que ela própria. Estando consolidada no inconsciente da sociedade, por meio de uma vasta gama de estratégias (da Ciência ao mass-media e o sistema educacional), não havia mais sentido (ou pressão no sentido de) estender os princípios consolidados na ordem política e jurídica além do ambiente da cidadania às outras cinco esferas de juridicidade (outras formas de poder e Direito); inobstante estas, tomadas em conjunto, representarem uma parcela muito mais ampla da vida social e individual dos cidadãos. Assim, o despotismo destas formas de juridicidade permaneceu invisível como tal (isto é, enquanto uma forma de hierarquização autoritária), não podendo ser comparado e contrastado com o caráter relativamente democrático da juridicidade do ambiente da cidadania"¹⁵.

De fato, como sustenta Robert Dahl, qualquer tentativa de democratização de um sistema social que não gere, no mínimo, uma certa igualdade econômica entre seus membros, é uma tentativa fracassada¹⁶. E se além do mais, como já vimos, a fábrica, a firma ou a empresa, enfim, o local de trabalho pode ser tomado como um sistema político, no qual existe uma relação de poder, estabelecendo-se normas entre governantes e governados; se assim é realmente, não é legítimo insistir que estas relações entre governantes e governados devam satisfazer os critérios do processo democrático — da mesma maneira que corretamente insistimos no domínio do Estado?¹⁷

Como se depreende, o Direito tem papel central na resolução desta problemática. Não que se vá arbitrariamente destituir proprietários e reparar propriedades, por meio de leis. Por mais romântico e até mesmo, em certo sentido, axiologicamente correto que seja, o procedimento é bem outro. Aplicando a própria constituição brasileira, uma das mais avançadas do mundo, e utilizando-se mais da analogia e da interpretação analógica, estendendo os direitos elencados no artigo 5º, muita coisa poderia ser feita. E em um nível mais profundo de transformação social, poder-se-ia adotar o sistema de auto-gestão de empresas, implementado na Escandinávia e no Japão, notadamente as mais efetivas democracias do mundo, Neste mecanismo de distribuição de renda e justiça social, os trabalhadores passam a ter direito de voto sobre as questões mais importantes da empresa, como horas de trabalho, retirada de lucros ou reinvestimentos. Não há que se falar, aqui, em perda de competitividade e redução do capital, em consequência de retiradas ou má administração dos trabalhadores, pois o exemplo japonês é paradigmático de quão motivados executam suas tarefas nestas condições. Como se apontou acima, porém, estes próprios direitos já se encontram presentes na constituição e em face de isto, não há como negar que a questão é, sem dúvida, muito mais política do que jurídica.

¹⁵ Idem ibidem, p. 447

¹⁶ Robert Dahl, 1990, p.110

¹⁷ Idem ibidem, p. 85 e s.

3. PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA TEORIA SOCIOLÓGICA DA NORMATIVIDADE

Como se sabe, o Direito está indissolúvelmente ligado à sua legitimidade, enquanto ordem que se impõe sobre o sistema social. Aquela, por sua vez, mede-se pelo grau de introspecção adquirido pela norma em relação ao meio social sobre que se aplica, ou seja, o quanto cada indivíduo a reconhece como válida pelo seu conteúdo material. Esta aceitação, entretanto, não é um processo linear, e nem tampouco se pauta somente pela materialidade da norma e de suas sanções.

De importância reduzida atualmente, as formas simbólicas de exclusão social se constituíam no passado em significativo freio ao crime, notadamente em tempos de organização comunitária. Nestas organizações sociais, como apontou Gurvitch, opera formas de sociabilidade diretas e espontâneas, por meio de tradições e normas costumeiras, baseadas na prática social imediata dos moradores. O processo de aceitação é muito mais fácil, pois além da maior proximidade entre "legislador", "juiz" e receptor da lei, esta última não é imposta por uma instância superior e externa, em um processo de subordinação, mas pelos próprios moradores, que em conjunto votaram-na, em um processo de coordenação. Vale dizer, ainda, que entre os componentes da comunidade se estabelecem sólidas relações de identidade, as quais previnem a prática de crimes, por ser o próximo seu comum, tornando igualmente a cooperação mais freqüente.

Em contraponto a isto, sabemos que a modernidade e sua tradição jurídica se caracterizam pela atomização das relações. Em primeiro lugar, em níveis concretos, atomização dos próprios membros da sociedade, marcados pelo individualismo e pela pequena interação social, mas, igualmente, deve-se tal característica ao abstracionismo formalista da cultura jurídica ocidental.

Não se desmerecem aqui os avanços decorrentes de vários institutos jurídicos, como o mandado de injunção ou o mandado de segurança coletivo. Entretanto, assim como a maioria dos instrumentos de política social brasileira, estes e quaisquer outros estarão fadados ao insucesso, posto que, como já frisamos anteriormente, não tocam nas outras esferas de poder da sociedade, amiúde a econômica. Assim, mesmo que o Estado ofereça os meios processuais mais ágeis possíveis, em pouco isto ajudará a pessoas de baixa renda que têm dificuldade para acionarem o poder judiciário e constituírem advogados, ou que tampouco podem esperar e custear a resolução de um processo que se estendem as várias instâncias.

De fato, o judiciário brasileiro (e principalmente de outras regiões periféricas) vive uma crise de legitimidade, marcada pela incapacidade quantitativa em julgar com o zelo necessário os inúmeros processos que se lhe apresentam, e pela ineficiência qualitativa de suas decisões, o que pressupõe igualmente a incapacidade de apresentar o tipo legal infringido de forma a impor sua observação, ou seja, a sua possível inteligibilidade e, como vimos, o seu caráter exterior e opressivo em relação ao indivíduo. Este fato acaba por dificultar sensivelmente o reconhecimento das aspirações jurídicas populares, trazidas à luz pelos seus grupos organizados, pois não há, legalmente, algum tipo de disposição que legitime, em maior escala, o direito de uma coletividade popular (uma associação trabalhista ou um grupo comunitário, por exemplo) em relação a um privado ou a um grupo de pessoas, considerando-o para todos os efeitos como iguais. Ressalta-se, por conseguinte "a falência de um modelo jurídico estatal que, através de seu ordenamento positivo (Código Civil e Código de Processo Civil) e de seu órgão jurisdicional (o poder Judiciário), está limitado tão-somente a regulamentar conflitos individuais/patrimoniais, e não conflitos sociais de massa (...), A

legislação privada e as políticas legais impostas pelo Estado não conseguiram solucionar até hoje as questões estruturais da sociedade brasileira"¹⁸.

Dada esta situação de ilegitimidade, o que se necessita fazer é integrar estes grupos populares aos processo político e jurídico, inserindo-lhes o espírito de participação e de reivindicação, constituindo-os enfim em autênticos cidadãos o que, inegavelmente, passa pela "participação do povo no planejamento urbano; consulta à comunidade sobre propostas ao projeto orçamentário; representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada; participação da comunidade no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação"¹⁹. Que se entenda bem esta afirmação, pois não se pretende o retorno à auto-conciliação, desestruturando, por assim dizer, o Poder Judiciário; "ênfatisar a proposição de que o judiciário como meio de soluções de conflitos está defasado no Brasil, não implica sua rejeição como instância futura de absorção dos conflitos coletivos, desde que descentralizada e controlada democraticamente pelo poder dos movimentos sociais e demais corpos intermediários comunitários"²⁰.

4. BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia por uma defesa das regras do jogo São Paulo: Paz e Terra, 1997.

DAHL, Robert Alan. Um prefácio à democracia econômica. Rio de Janeiro- Jorae Zahar, 1990.

Dilemmas of Pluralist democracy. Nova Iorque: Vail-Ballou, 1982.

DEDECCA, Cláudio Salvadori et ai. Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado. Campinas: Fecamp, 1996

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 1986

GURVITCH, Georges. Sociology of Law, Londres: Routiedge, 1953.

SANTOS, Boaventura de Sousa, Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque: Routiedge, 1995.

WOLKMER, António Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1997,

¹⁸ António Carlos Wolkmer, 1997, p. 94.

¹⁹ Idem ibidem, p.229

²⁰ Idem ibidem, p. 92.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS QUANTO A SUA EFETIVIDADE FRENTE AOS OBJETIVOS SUBSTANTIVOS MOTIVADORES DE SUA CRIAÇÃO

Renata Lúcia Medeiros de Albuquerque
Acadêmica do 8º período

1. INTRODUÇÃO

A experiência fundamentada no dia a dia dos Juizados Especiais Cíveis proporciona a observação empírica de que dentre os defrontamentos que ocorrem nesse tipo de organização formal do Poder Judiciário, a falta do apoio logístico da informatização e a fragilidade da informação, podem ser considerados como fatores impeditivos, básicos, a que se busque alcançar níveis ótimos de efetividade desse sistema.

Essa assertiva está centrada na perspectiva de que os Juizados Especiais, sucedâneos dos Juizados de Pequenas Causa, criados pela Lei 9,009 de 29 de setembro de 1995, nesse aspecto da efetividade desejada, supõe-se que busquem atingir os objetivos substantivos para os quais foram criados.

Daí, um questionamento emerge dessas observações primárias: - Até que ponto os Juizados Especiais Cíveis estão atingindo a finalidade para o qual foram criados? O presente trabalho se propõe a levantar questionamentos que permitam uma avaliação de quais níveis de efetividade estão sendo alcançados, a posteriori, sobre até que ponto se dá essa efetividade desejada para os Juizados Especiais, diante de análises do comportamento das variáveis níveis de informatização e grau de informação dos usuários dos sistemas.

2. OS JUIZADOS ESPECIAIS E O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO

A necessidade de desburocratização do Judiciário brasileiro, encontrou nos Juizados Especiais sua estratégia operacional mais promissora. Assim é que a ideia da solução de conflitos, sem a necessária intervenção da figura do juiz como agente mediador, norteou a criação dos Juizados Especiais. Com isso, caberá ao magistrado atuar somente quando for estritamente fundamental a sua intervenção, como uma forma de racionalização do tempo de que dispõe, passando a ser mais bem utilizado no aprofundamento de causas que assim exigirem.

A idéia de conciliação data de considerável tempo. Sua origem chega a ser contraditória, pois informações precisas sobre esse aspecto praticamente inexitem e até mesmo se confundem; conforme expõe CARDOSO (1992).

Outros relatos históricos evidenciam a presença da conciliação na Suméria, antiga civilização erguida na Mesopotâmia. Também é referido que Hamurabi o teria inserido em seu famoso Código, que traduzia como determinação; "cada caso será primeiramente submetido a um arbitrador público, cuja função consiste em reconciliar as partes" (PRATA, apud CARDOSO, 1992, p. 172).

No mesmo artigo, também há referências sobre a utilização dessa prática de conciliação na civilização grega, perceptíveis na *Ilíada* de Homero ou em pensamentos de Platão, favoráveis a substituição da "ira pela mansidão, do ódio pelo amor, da incerteza pela tranqüilidade, tudo isso objetivando assegurar a paz e a ordem entre as famílias e os cidadãos" (Idem. *Ibidem*, p.173).

Entretanto, a mais recente idéia sob conciliação surgiu no contexto mundial na Holanda e foi firmada na França com a Revolução Francesa, tendo evoluindo até a noção que hoje se aplica nos Juizados Especiais.

No âmbito nacional, tem-se notícia da presença da conciliação que data das ordenações do reino. Asmanuelinas em seu livro III, título XV, 1º e o Código Filipino no livro III, título XX, 1º, que trazia:

"E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, e se dever concordar e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem poderia fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos tais, que segundo as Ordenações a justiça haja lugar" (sic) (Idem, íbidem. p. 178).

Na fase imperial, portanto, o instituto da conciliação esteve presente no decreto de 20 de outubro de 1823, na Constituição imperial de 25 de março de 1824, precisamente nos artigos 160 e 161 e em outros decretos, tais como os de 1824, 1827, 1830 e 1832, até o regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, que é visto como marco histórico, uma vez que foi o esboço para a criação do primeiro Código de Processo Civil elaborado no Brasil. Neste Código houve a previsão da conciliação nos artigos 23 a 38.

Posteriormente, foi editada a lei 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulada pelo decreto 4.824 de 22/11/1871, que também trazia em seu bojo menção acerca do instituto ora estudado.

A regulação de todas essas leis esparsas apenas se deu em momento seguinte, com a consolidação das leis de processo civil, mais conhecida por "consolidação das Leis do Processo Civil", nos artigos 185 a 200, um dos quais menciona: "Em regra nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o juiz de paz".

Já na fase republicana, editou-se logo em seguida o decreto 359 de 26 de abril de 1890, o qual aboliu a conciliação, apenas retomando em 1891 sem caráter de obrigatoriedade de que era revestido anteriormente.

A partir do seu reaparecimento, o instituto esteve presente nos decretos 22.132 de 25/11/1932, firmando-se no direito trabalhista em 1943 com a CLT e no direito de família em 1973, após presença em diversas leis e decretos.

Esse instituto, que fundamentou os Juizados de Pequenas Causas e é a base dos Juizados Especiais, tem origem longínqua e evoluiu até a forma que se observa nos mais diversos ramos do direito da atualidade.

Como há vários posicionamentos acerca de que a conciliação será sustentáculo da justiça do terceiro milênio, justifica-se o fato da escolha do tema, que tem suas fundações nesta proposta.

3. BASES PARA UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE EXCELÊNCIA

Quando se fala em boa estrutura, objetiva-se um bom serviço ao alvo no que toca a questões de local, ambiente de trabalho, de forma a ser o mais funcional possível, e com relação à informatização o que levaria a rapidez e atualização. Também, o direito deverá ser trabalhado de forma a propiciar uma satisfação a quem visa proteger. Por fim,

o magistrado é órgão que deve preparar-se para servir o social, seguindo e utilizando os formalismos quando necessários, mas cuidando para manter o desapego dos mesmos em detrimento do benefício das partes envolvidas em um litígio. Assim ensina Zaffaroni (1995,p.17):

"As Constituições latino - americanas tem-se dado acentuada atenção à consagração de direitos e garantias, mas pouca as instituições que devem torná-los efetivos e, em particular, o poder judiciário. Em alguns casos parece esquecer-se de que uma Constituição pode, inclusive, carecer da parte dogmática e nem por isso deixar de ser uma Constituição, mas jamais poderá carecer da parte institucional, porque esta diz respeito a sua essência. Os próprios movimentos populares de nossa região incorreram no erro de procurar alcançar o poder exclusivamente para exercê-lo, desperdiçando a oportunidade de racionalizá-lo. Estes erros tiveram um preço muito alto em todos os sentidos."

Apesar do entendimento de que a excelência da prestação jurisdicional tem por pilares uma boa estrutura (incluindo a informatização), adequação do direito e qualificação dos juizes, deve-se observar também o fator informação da população, já que o trabalho desenvolvido é voltado para esse objeto.

4. CONTRASTES ENTRE A LEI E A PRÁTICA

A letra da lei máxima de nosso país coloca aos que por ela são regidas, as teses de que todos são iguais e que ninguém pode alegar desconhecimento da Lei. Ocorre que, em uma sociedade como a brasileira, em que se questiona a educação e noções de cidadania, que apenas nos chegam com seus parâmetros moldados pelo interesse estatal, tais imposições legais se tornam destoantes.

Pode-se observar nitidamente que se o pensamento dos estudiosos do direito e legisladores não fossem uno, quanto a diferença entre os indivíduos, não se firmaria um dos pontos que sustentou a criação tanto do Juizado de Pequenas Causas, quanto do Juizado especial, que é o acesso gratuito ao judiciário, com o sentido de amenizar desigualdades.

Com relação ao desconhecimento da lei, para se passar ao questionamento do grau de informação dos usuários do sistema sobre direitos e deveres, deve-se contemplar prioritariamente a educação e a cidadania fornecidas, e qual sua fonte geradora. Assim, tendo como fonte geradora o estado e a sociedade, confirma-se a imperfeição da educação e a distorção do conceito de cidadania de forma a ligá-lo apenas ao conceito tradicional cívico ou constitucional, esquecendo a conceituação mais moderna denominada sociológica. Com relação a esta diferença menciona Djason B. Delia Cunha: "No primeiro caso, o cidadão é reconhecido em decorrência de ser trabalhador, produtor e consumidor. No segundo, o cidadão é aquele que se integra a comunidade e retoma como padrão político de sociabilidade a história e os valores culturais"(DELLA, 1998).

Essa imperfeição educacional e distorção conceitual não atingem isoladamente a noção de dever, já que estes também são norteados pela moral e regras de conduta, contudo, os direitos, ao contrário, são deturpados mais facilmente até mesmo por exploração da mídia, muitas vezes desinformada; daí a necessidade de esclarecimento.

Analisando o papel da imprensa, mencionou Teixeira (1996, p. 10-12);

"A imprensa, por sua vez, tornou-se indispensável à convivência social, com atividades múltiplas, que abrangem noticiário, entretenimento, lazer, informação, cultura, ciência, arte, educação e tecnologia, influenciando no comportamento da sociedade, no consumo, no vestuário, na alimentação, na linguagem, no vernáculo, na ética, na política, etc. representa, em síntese, o mais poderoso instrumento de influência da sociedade dos nossos dias".

Para solucionar a questão da escassez de informação e facilitar o acesso ao judiciário pensou-se na criação inicialmente dos Juizados de Pequenas Causa, com a Lei 7.244 de 7/11/84, que sofreu ampliações em seus ditames, bem como reformulações no pensamento original, sendo efetivada a criação dos Juizados Especiais, pela Lei 9.099 de 29/09/95. A criação desta segunda Lei veio revogar a primeira, salvaguardando seus aspectos eficazes.

Direcionando a problemática da informação para o enfoque da conciliação, observa-se, na prática, que aquela origina prejuízos. Observa-se também que o cidadão envolvido em litígio nos juizados, desconhece o fato de que sua ausência na audiência conciliatória o fará figurar como revel no processo. Outro problema gerado pela má informação leva a procrastinação do feito, pelo desconhecimento ou não utilização da fase conciliatória, de forma a chegar-se a acordo inicial.

Não se alega aqui que existe o desconhecimento acerca da existência de prejuízos, mas que não há a real consciência dos efeitos de seus atos ou omissões.

A comunicação e informação das partes é feita em fases anteriores, na conciliação e, posteriormente a mesma. Contudo, feita de forma não sedimentada, momentânea e ineficaz.

Além das questões da revelia e do não entendimento da importância da fase conciliatória como neutralizadora do conflito, também o desconhecimento das fases e momentos processuais, causam prejuízo. Esse ponto controverso não atinge a estabilidade da lei 9.099/95, quanto ao acesso do público, sendo desnecessária a assistência profissional, ou se quer que seja possível o conhecimento aprofundado daquele.

Por se entender que a urgência do atendimento não permite a elucidação dos questionamentos da população, levanta-se a tese de que seria fundamental um trabalho paralelo de esclarecimento além dos fornecidos no atendimento diário ou mesmo na fase conciliatória, isso por entender que a parte deve atuar praticamente e conscientemente durante o curso de processo de seu interesse.

Este esclarecimento induziria a um grau maior de satisfatoriedade e faria do interessado parte integrante e trabalhador auxiliar do judiciário por uma prestação jurisdicional mais adequada e eficaz.

Em verdade, tem-se o conhecimento de que o contraste marcante entre lei e prática é a problemática mais presente em tempos atuais e para todos que utilizam-se do direito e não está na imperfeição das normas, mas na inadequação prática das mesmas, tal ocorre também, nos Juizados Especiais Cíveis.

5. A INFORMAÇÃO E INFORMATIZAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Como mencionou CHIOVENDA apud PAVAN (1996, P. 12): "O processo há de dar a quem tem direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber".

Entende-se que, a velha máxima mencionada pelo renomado doutrinador, deva ser interpretada em sua amplitude. Analisando-se o processo, não apenas como uma cadeia de acontecimentos ou uma série de ritos, mas como um conjunto de fases nas quais litigam partes que deveriam acompanhá-las de forma real e participativa. Dessa maneira objetiva-se que ao final da demanda, tenham o conhecimento da questão na qual estiveram envolvidas e do motivo pelo qual foram vitoriosos ou não. Isso possibilitaria a compreensão da amplitude da prestação jurisdicional que lhes foi colocada a disposição e, então, o processo asseguraria mais do que um direito material, também um social e de conhecimento. Da mesma forma, como seqüência, aplicar-se-ia a sentença. Ilustres doutrinadores, defendem o acesso ao público de forma menos restrita e mais atenta. Pois é certo que, para quase toda a humanidade, é imprescindível o esclarecimento, senão porque o homem buscaria tanto a evolução, Paralelamente as razões econômicas, de status e orgulho, sempre existirão as questões sociais e de auto afirmação. Disto deduz-se que o indivíduo anseia pelo entendimento, pela compreensão dos fenômenos nos quais esta envolvido, no que o interessa.

Assim, analogicamente, comparando o processo a uma peça teatral, não é possível que permaneçam os litigantes como espectadores, quando devem assumir seus papéis no processo em curso, até o final com a sentença.

E dizia CALAMANDREI apud FERREIRA (1997, p.156): "Pensamos que não existe impedimento legal algum, para que ao lado das razões jurídicas se comuniquem outros argumentos de persuasão ao destinatário da sentença, A sentença teria, então, uma função exortatória e, por assim dizer, pedagógica".

Dessa indicação, afere-se que o fundamental no processo não é a solução, e sim o esclarecimento.

Entende-se, assim, que é possível a satisfação de um litigante, mesmo recebendo sentença de teor contrário a seus interesses, desde que lhes sejam colocados os argumentos que induziram tal posicionamento.

Reforçando esse posicionamento, em artigo publicado na Tribuna da Magistratura (p. 150-159 do caderno de doutrina de abril/maio de 97) a Dra. Maria Izabel Saldanha Ferreira menciona: "para que uma sentença possa ter a possibilidade de um efeito didático, primeiramente é necessário que na audiência a palavra seja persuasiva com alguma dose de afetividade e sugestão".

No tocante ao aspecto informação, coloca-se claramente o desacerto do Judiciário e mesmo a omissão quanto a essa preocupação, cuja incumbência caberia-lhe em parte, com apoio do Executivo.

A informatização assegura uma maior presteza e eficácia da prestação jurisdicional, tendo-se a noção de que informatizar é bem mais do que equipar tecnologicamente um setor, mas implantar programas, destinar recursos para a manutenção, treinar pessoal e colocá-los diante dos avanços. Ter acesso ao que mais novo existe em termos de informática, que vem a ser a Internet.

Em palestra proferida no Seminário dos Juizados Especiais - Um novo Tempo de Justiça - realizado de 20 a 21 de agosto de 1998, no painel "A Informação na Prestação Jurisdicional", o expositor Dr. Edson Aparecido Brandão, juiz de direito de São Paulo, colocou a importância da informatização como uma questão de legado ou apreensão de informações dadas em um momento único, irreproduzível nos exatos termos, gestos, que são positivamente influenciadores de uma decisão.

A captação desse momento permite a utilização da tecnologia com um fim dissociado do aspecto técnico e plástico, posta de forma a garantir ou manter o processo como acervo para futuros estudos, ou mesmo para consultas de interesse pessoal.

O processo estaria gravado em CD-ROM e sairia a unidade a custo de R\$ 2,00.

Certamente o custo estaria bem mais reduzido do que se dispense com papéis e materiais de expediente, com a vantagem da diminuição de trabalho e facilitação da informação.

Captar, manter uma imagem do presente de maneira a poder expô-la no futuro, seria um avanço tecnológico e social.

Enfatiza-se então o posicionamento de que a questão informatização, não obstante sua relevância deve ser a seqüência de um processo de informação, sendo esta sempre presença paralela.

Sabe-se, no entanto, que a mais simples das mudanças, tal como possa parecer a informação, requer um apoio financeiro. Também para a informatização, é exigido maior dispêndio. Ambas estão sujeitas a boa vontade e interesse Estatal, não são ideias inéditas, ou nunca sequer aplicadas, pois estão presentes em todas as ciências que trabalham com e para o público em geral, são práticas nos países desenvolvidos e, portanto, não podem ser vistas como realidades distantes para os demais países, no que se enquadra o Brasil.

6. ACESSO E CIDADANIA

Não se questiona, a princípio, a maestria da idéia dos Juizados Especiais, como garantidora de um acesso a uma parcela da população, que sofreria um enorme desgaste e certamente estaria desprovida de condições para litigar junto a Justiça Comum, com relação a causas menos significativas. Questiona-se aqui a presteza deste acesso, não no que diz respeito a utilização ou busca por esse serviço prestado pelo judiciário, que são os Juizados Especiais, e sim com relação a persistência do usuário, que muitas vezes sucumbe frente a demora, mesmo menor se comparada a justiça comum.

Os entraves não ficam apenas por conta da falta de estrutura e recursos financeiros, mas notadamente na fase executória, que continua como problema carente de solução.

Pelo exposto pode-se deduzir que na verdade existe acesso no sentido etimológico da palavra. Todavia, uma indagação se impõe, quanto a extensão deste acesso, do ponto de vista da continuidade. Assim sendo, é cabível falar-se que na prática pode haver uma cidadania no sentido constitucional ou civil da palavra, mas não na ótica social.

No que diz respeito ao despertar do indivíduo, quanto a existência de direitos, seria correto afirmar-se que existe uma movimentação social, perdurando a dúvida acerca de qual autoridade seria capaz de solucionar que tipo de problema. Observa-se na atividade prática, que não existe delimitação entre o trabalho da delegacia e do judiciário e a sugestão, inclusive, dos veículos de comunicação de massa como aptos a solucionar conflitos.

O cidadão sabe que tem direitos e tenta garantir o respeito aos mesmos por parte de quem os fere, isso já seria um grande avanço. Ocorre que há confusão na forma buscada para salvaguardá-los, Limitar o conceito de cidadania ao fato de que o indivíduo visa a proteção de seus direitos e que cidadão é todo aquele que tem direitos e deveres, é visualizá-la sob um prisma restrito, desejado pelo Estado.

Essa noção de cidadania há muito foi superada pela de cidadania de caráter sociológico, que vem a ser a tentativa pela solução com participação, acompanhamento, evoluindo em conhecimento e não se limitando aos dados impostos, as informações padronizadas.

Ser cidadão é exercitar a cidadania, tendo o conhecimento do que seja a mesma; é entender que o Judiciário é instrumento de realização social, que não trabalha sozinho.

Interessante apologia à humanização da justiça faz-se presente na 11ª obra *Eles, os juizes, vistos por um advogado*, em que busca-se estabelecer uma proximidade humana cada vez mais estreita e forte, entre advogados, juizes e usuários do sistema em nome de uma perspectiva de fazer uma melhor justiça.

7. CONCLUSÃO

Distante da intenção de se expor apenas visões mais particulares, e do caráter extremo de natureza exploratória desta abordagem, teve-se a pretensão de transmitir o que se considera como o ponto de maior fragilidade, não apenas para o funcionamento dos Juizados Especiais, mas para o judiciário extensivamente, que é a informação. Neste tocante, sugere-se a preparação da população para o exercício efetivo da cidadania na sua ótica mais abrangente.

Afora a questão da informação, enfatiza-se a problemática da informatização e das bases para a justiça do terceiro milênio.

Buscou-se também demonstrar que os Juizados Especiais fundamentam-se no instituto da conciliação, que tem origens mundiais, que em geral são influenciadoras das origens nacionais, provenientes de períodos remotos, o que configura seu caráter não inédito. Recente e modificadoras, são as idéias de busca por essas raízes de identidade desburocratizada, trazendo-as para a atualidade apenas permitindo a adequação ao tempo de sua utilização.

Infere-se a notável caminhada em direção a evolução, através da volta aos legados, respeitosamente, utilizando-os de forma a servir aos tempos hodiernos.

A adaptação acima mencionada é perfeitamente possível, todavia, mas outros fatores práticos frustram as perspectivas almejadas pelos doutrinadores, e em especial, aos responsáveis pela Lei 9099/95, com relação aos Juizados Especiais, que não obstante os inúmeros resultados positivos no âmbito intencional ou prático, vem apresentando deformações causadas pelos fatores analisados.

Finalmente, mesmo respeitando as teses positivistas dos inúmeros defensores da efetividade dos serviços prestados pelos Juizados Especiais, desde a sua criação, supõem-se existir carência de ajustes de ordem prática, técnica e de mentalidade do corpo que compõe essa organização formal do Poder Judiciário, que deve buscar o equilíbrio, de maneira a deixar o apego exagerado tanto em relação ao formalismo, quanto ao informalismo, ora existentes.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juizes vistos por um advogado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CARDOSO, António Pessoa. A conciliação no direito brasileiro. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v.21, n. 1,2. p. 171-203, dez. 1992.

DELLA, Djason B. Cunha. *Sociologia jurídica: direito, cultura, cidadania*. 1. ed. Natal: Ágape Edições, 1998.

FERREIRA, Maria Izabel Saldanha. *Corpo e alma da magistratura: o perfil o juiz moderno*, p 156-159 abril/maio, 1997 (Caderno de doutrina da tribuna da magistratura).

FIGUEIREDO, Maria das Graças Pessoa. *Recorrendo à justiça*. 2 ed. Manaus, [Sn.]

1997. SOARES, Nildomar da Silveira. *Juizado Especial Cível: A Justiça da Era Moderna*. 3 ed. São Paulo: LTr, 1996.

PAVAN, Renato Dourival, A lei 9.099/95 após seu primeiro ano de vigência. Revista dos Juizados Especiais. São Paulo, ano 1, v.2, p. 11-22, out./dez, 1996.

SOUZA, Ana Cecília Mendonça de. Juizados Especiais Cíveis, Cidadania e Democracia. Revista da Escola da Magistratura. Natal, ano 2, n. 2, p. 59-70, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A imprensa e o judiciário. Rio de Janeiro, IMB, [Sn] p, 10-12 abril-maio de 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NÃO ADVINDOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Robson Maia Lins
Acadêmico do 9º período.

SUMÁRIO: I - introdução; II - conceito de interesses individuais homogêneos; III - legitimação do Ministério Público para defender interesses individuais homogêneos não advindos de relação de consumo; IV - A Constituição Federal e os interesses individuais homogêneos; V - Constituição Federal e os direitos individuais homogêneos indisponíveis; VI-O Código de Defesa do Consumidor (art. 117) introduziu na lei da ação civil pública o art. 21, legitimando o ministério público para prevenir ou defender interesses individuais homogêneos, mesmo que não advindos de relação de consumo; VII - conclusão; VIII - Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O modo mais comum nas sociedades individualistas de defesa processual dos interesses do cidadão é a legitimação ordinária, em que o sedizente titular do direito age em nome próprio e defendendo interesse próprio (art. 6º, Código de Processo Civil brasileiro). Eis a legitimação ordinária, tão conhecida até pelos não versados nas artes jurídicas. E esse meio de defesa vem subsistindo nos dias hodiernos, não obstante a massificação das sociedades e, conseqüentemente, dos problemas, que passam a ser semelhantes.

Comprometidos com a efetividade do processo nas sociedades modernas e anteendo a insuficiência da legitimação ordinária para defesa dos interesses dos povos, os processualistas se viram diante da inescusável tarefa de criar ou remodelar mecanismos processuais de massa que fossem aptos à defesa coletiva dos interesses desses grupos sociais. E mais: atribuir essa defesa processual a alguma instituição que substituísse os indivíduos com interesses semelhantes.

O mecanismo processual encontrado foi a legitimação extraordinária através da substituição processual¹; e a instituição a quem, precipuamente, coube a tarefa de ativá-lo foi o Ministério Público, sem desmerecer os sindicatos e associações, que também substituem os sindicalizados e associados, respectivamente.

Este mecanismo da substituição processual é utilizado nas Ações Cíveis Públicas, nos mandados de segurança coletivos, nas Ações Coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, na Ação Popular, em Mandados de Segurança, dentre outras ações.

No que tange à legitimação do Ministério Público para ajuizar Ações Coletivas em defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, pertencentes aos consumidores, não há qualquer controvérsia, haja vista a previsão expressa do artigo 82, Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Igualmente, não restam dúvidas quanto à legitimação do Ministério Público para defesa dos interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos dos consumidores, através da Ação Civil Pública, consoante previsão do art. 1º, II, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

¹ Para Calamandrei (Instituciones de Derecho Processul Civil) substituição processual é o instrumento através do qual o substituto processual defende em juízo, em nome próprio, interesse alheio, porque “entre ele e o substituído existe uma relação ou uma situação jurídica de caráter substancial, pela qual, através do direito substituído, vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio”.

2. CONCEITO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O conceito de direitos ou interesses coletivos lato sensu é fornecido pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I, II e III. Esse último inciso trata especificamente dos direitos ou interesses individuais homogêneos como sendo "os decorrentes de origem comum". Hugo Nigro Mazzilli (A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 04) exemplifica uma situação fática em que os consumidores compram produtos fabricados em série com defeito. São, a priori, indeterminados os sujeitos titulares desses interesses individuais homogêneos, porém perfeitamente determináveis, pois a situação fática atingiu a todos, podendo causar efeitos diferentes aos que vierem a sofrer as conseqüências.

3. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DEFENDER INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NÃO ADVINDOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

A questão se torna nebulosa e tem provocado disceptações rumorosas na doutrina e jurisprudência quando se perquire acerca da legitimação *ad causam* do Ministério Público para, via Ação Civil Pública, prevenir ou defender interesses ou direitos individuais homogêneos não advindos de relação de consumo² (art. 1º da Lei n.º 7.347/85, II), pois os advindos de tais relações são perfeitamente defensáveis através da Ação Civil Pública, consoante dito alhures. Ainda mais: se, em caso positivo, tais direitos ou interesses não de ser necessariamente indisponíveis. Eis, pois o objeto desse desprezioso artigo.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No que toca à matéria constitucional, é de bom alvitre transcrever o preceptivo constitucional atinente à hipótese:

"Art. 129, São funções institucionais do Ministério Público;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;..."

Aos menos atentos pode parecer que a Constituição cidadã apenas conferiu legitimidade ao Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública tutelatória dos direitos difusos e coletivos, escanteando-se os direitos e interesse individuais homogêneos. De fato, esse equívoco resultaria de um método de interpretação literal, restritivo, que não mais se coaduna com os processos modernos de interpretação aplicados ao direito, máxime os critérios teleológico e sistemático.

Dessarte, uma análise mais percuciente do artigo 127, caput, da nossa ainda sobrevivente Carta Magna, observa-se, sistematicamente, que o legislador constitucional originário não se descuidou da proteção aos direitos individuais homogêneos. Para tanto, tratou de legitimar, extraordinariamente, o Ministério Público como substituto processual na tutela de tais direitos. Veja-se, pois, a dicção do supramencionado dispositivo constitucional:

² Para melhor sedimentar a hipótese, figure-se exemplo concreto: as secas e as enchentes periódicas, onde estão presentes individuais homogêneos; teria ou não o Ministério Público legitimidade *ad causam* para ajuizar Ação Civil Pública a fim de apurar possível omissão da Administração Pública quanto aos efeitos dos fenômenos naturais e, conseqüentemente, ser responsabilizada pelo ressarcimento dos danos causados aos administrados?

"art. 127. o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;..."

A discussão remanesce quando se procura tipificar quais são os interesses individuais indisponíveis. Segue-se a problemática em nível constitucional.

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS INDISPONÍVEIS

Mais uma vez, sob pena de cometimento de crime hediondo de hermenêutica como bem disse o ex-ministro Evandro Lins e Silva, ao se referir aos efeitos nefastos da súmula vinculante, não se pode querer que apenas os interesses individuais indisponíveis, por sua própria natureza (indisponíveis por expressa disposição legal), sejam protegidos pelo Ministério Público via Ação Civil Pública, E esse é o ponto nevrálgico das querelas doutrinárias e jurisprudenciais.

Desse modo, os interesses individuais homogêneos podem ser alçados à condição de indisponíveis por dois modos: o primeiro é quando a lei, expressamente, considera o direito material em seu aspecto intrínseco, atribuindo-lhe a característica de indisponível (por exemplo: direitos da criança e do adolescente); o segundo é quando, embora o direito material intrinsecamente considerado não detenha o atributo de indisponível, considerando-o conjuntamente, a defesa coletiva seja de imprescindível interesse social (questão processual). É nessa última categoria que a doutrina e a jurisprudência caminham para enquadrar alguns dos interesses individuais homogêneos cuja defesa seja de interesse social relevante, legitimando o Ministério Público para, mediante Ação Civil Pública, defender tais interesses, mesmo que não advindos de relação de consumo.

Esse também é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli³:

"desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigida a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário "(grifos acrescidos).

Diga-se, de logo, que não se trata de vulgarizar a legitimação do Ministério Público para defender quaisquer interesses individuais homogêneos, sob pena de transformá-lo em uma grande banca de advocacia. Tais interesses para serem defendidos pelo Ministério Público via Ação Civil Pública hão de ser indisponíveis por sua própria natureza ou porque a sua defesa (e não o próprio direito ou interesse material) interessa à coletividade. Fora disso, não há que se falar em defesa dos interesses individuais homogêneos disponíveis não advindos de relação de consumo ou de qualquer outra hipótese prevista no art. 1º, Lei n.º 7.347/85, pelo Ministério Público, via Ação Civil Pública.

E esse alargamento da legitimidade do Parquet para a defesa de quaisquer interesses coletivos /ato sensu⁴ é prestigiado pelo legislador Constitucional originário:

"art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

³ In Revista do Tribunais. Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, São Paulo, 1993, p. 151.

⁴ Os interesses coletivos lato sensu são os interesses difusos, individuais homogêneos e os coletivos stricto sensu ou propriamente ditos.

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade f. J "(grifos acrescidos).

Nem se diga que a defesa dos interesses individuais homogêneos, quando o interesse da coletividade o exigir, não é compatível com a finalidade do Ministério Público, pois a própria CF/88, art. 127 supra transcrito e a Lei Complementar n.º 75, esta que trata da organização e atribuições do Ministério Público da União, art. 1º, expressamente atribui ao Parquet a defesa dos interesses sociais. E a defesa dos interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, quando atinge certo grau de aprovação social, é um interesse social, portanto, mister institucional do Ministério Público.

Então, em conclusão parcial, pode se dizer que os interesses individuais homogêneos indisponíveis por sua própria natureza ou porque sua defesa coletiva interessa à sociedade são defensáveis pelo Ministério Público via Ação Civil Pública (CF, art. 127, parte final). Em caso de interesses individuais homogêneos disponíveis, somente serão eles defensáveis pelo Ministério Público via Ação Civil Pública se a sua defesa interessar à sociedade, dando-lhe certo grau de indisponibilidade a sua defesa.

Exemplos desses últimos interesses individuais homogêneos são aqueles advindos dos danos causados aos administrados pelos fenômenos periódicos da natureza (secas e chuvas). Nessas hipóteses, embora em se tratando de interesse individuais homogêneos, materialmente disponíveis e divisíveis, - direitos à indenização por danos causados à bens de natureza patrimonial - assiste ao Ministério Público legitimidade *ad causam* para, via Ação Civil Pública, pleitear as indenizações possivelmente devidas a cada administrado que teve seus bens danificados⁵. Repise-se, portanto, que são interesses individuais homogêneos não em razão de sua natureza, mas o são em função de relevância social na sua totalidade, alcançando importância socialmente maior do que a que alcançaria a simples soma aritmética de todos eles, e sua defesa coletiva, só por só, interessa à coletividade. É certo, doutro lado, que o Ministério Público, ao propor Ação Civil Pública dessa estirpe, o faz na suposição discricionária de que se tratam de interesses de grande relevância social, acima da simples soma aritmética de todos os interesses individuais homogêneos pleiteados, o que deve ser sopesado, criteriosamente, pelo julgador.

Não se pode negar, a bem da verdade, que devido ao inevitável esfacelamento dos titulares dos direitos individuais homogêneos nas hipóteses em que são pleiteados, não só é justo como legal, a um só tempo, que o Ministério Público atue, extraordinariamente, como substituto processual na defesa de tais direitos. Eis, pois a interpretação que melhor resgata a cidadania e homenageia os princípios do acesso à justiça e da economia processual. E não poderia ser diferente, pois a logicidade é um dos principais elementos de interpretação do direito, como bem realça Carlos Maximiliano apud Celso Antônio Bandeira de Mello: "deve o direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis"⁶.

⁵ Ressalte-se, de antemão, que a hipótese aventada de Ação Civil Pública, onde se discutiria se o ministério Público seria ou não legitimado ativo *ad causam* para pleitear interesses individuais homogêneos disponíveis em situação processual aos administrados que tiveram seus bens danificados, trata-se de exame de condição genérica de ação (legitimidade ativa *ad causam*). No mérito, o que iria ser perquirido é se houve omissão da Administração Pública quanto à prestação de um serviço público que arredasse ou ao menos minimizasse os efeitos dos fenômenos naturais, e não se a Administração deveria ter intercedido junto a São Pedro a fim de que ele aumentasse (em caso de seca) ou diminuísse (em caso de enchentes) a precipitação pluviométrica.

⁶ In Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 6ª ed., 1998, p. 87.

O escólio jurisprudência! emanado do Tribunal Alçada de São Paulo em acórdão cujo relato foi trilhado pela pena certa do juiz João Carlos Garcia, in verbis:

"Ilegitimidade *ad causam* - Ação Civil Pública - pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade de tributos municipais - Admissibilidade, em face do controle difuso da constitucionalidade - Legitimidade do órgão para a defesa dos interesses individuais homogêneos - Alegação de carência rejeitada - Preliminar rejeitada" (JTACP - VOLUME 164 - PÁGINA 160) - (grifos acrescidos).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Maurício Corrêa, também já ratifica esse entendimento, consoante julgamento do Recurso Extraordinário n.º 163.231 - SP, onde era questionada a legitimidade do Ministério Público.

6. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 117) INTRODUZIU NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA O ART. 21, LEGITIMANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PREVENIR OU DEFENDER INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, MESMO QUE NÃO ADVINDOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

Além dos argumentos de ordem constitucional já citados, os de ordem infraconstitucional, de igual defensabilidade, também respaldam a tese de legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de tais direitos ou interesses. Isso ocorreu devido à inclusão do artigo 21 na Lei 7.347/85 por força do artigo 117 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Logo após essa inserção, o entendimento da doutrina e da jurisprudência era de que o Ministério Público havia sido legitimado para defender os interesses individuais homogêneos advindos tão-somente de relação de consumo. Mas, logo em seguida, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça agasalhou a tese de que é o Parquet, como substituto processual, legitimado ativo *ad causam* para, via Ação Civil Pública, pleitear interesse individuais homogêneos não advindos de relação de consumo, já se pronunciou várias vezes sob a matéria:

"PROCESSUAL CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

A Lei 7.347/85 é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É princípio da hermenêutica que, quando a lei faz remissão a dispositivos de outra lei da mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto.

O artigo 21 da Lei n.º 7.347/85 (inserido pelo artigo 117 da Lei n.º 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da Ação Civil Pública a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, § único, III, da Lei 8.078/90).

Os interesses individuais, in casu, (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinente a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - "Ação Coletiva".

O incabimento da Ação Direta de Declaração de Constitucionalidade, eis que, as leis municipais n. 25/77 e 275/85 são anteriores a Constituição do Estado, justifica-se, também, o uso da Ação Civil Pública, para evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da Ação Civil Pública e determinar a baixa dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime⁷.

"RECURSO ESPECIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar a ajuizamento da Ação Civil Pública pelo Ministério Público.

Recurso especial conhecido e provido⁸.

De fato, quando o Estatuto do Consumidor, no seu artigo 117, mandou que se aplicasse à Ação Civil Pública (Lei Processual) o seu título III (título que trata da defesa do consumidor em juízo, portanto, de natureza processual também) em que Órgão do Ministério Público tem legitimidade para pleitear direitos individuais homogêneos (art. 81, III), admitiu expressamente que o mesmo Ministério Público se valesse da Ação Civil Pública para defender os interesses individuais homogêneos, independentemente da natureza da relação fática que os originou, seja de relação de consumo ou não. Portanto, se a pretensão ao direito material teve origem numa relação de consumo ou de qualquer outra hipótese prevista no artigo 1º da LACP, pouco importa para a defesa de tal pretensão, sendo o Ministério Público legitimado para tanto. Com isso, quer-se dizer que o artigo 1º da LACP deixou de ser taxativo para ser meramente exemplificativo, processualmente analisando, o que alarga, indubitavelmente, a legitimidade do Parquet para ajuizar Ação Civil Pública em defesa de interesses individuais homogêneos, independente de considerações acerca de que tipo de relação material tal pretensão advenha, Essa é, sem a menor dúvida, a tendência da doutrina e da jurisprudência.

Ad argumentando tantum, nada justificaria o fato do legislador infraconstitucional, por força do artigo 117 do CDC, legitimar o Ministério Público para,

⁷ STJ, 1ª Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. RE nº. 0049272/94. Decisão unânime.

⁸ STJ, 3ª Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes. RE nº. 58.682 - MG

através da Ação Civil Pública, defender interesses individuais homogêneos apenas advindos de relação de consumo. Isso porque tais interesses já podiam ser perfeitamente defendidos através da Ação Coletiva prevista no artigo 91 e seguintes do CDC, onde o Ministério Público já fora legitimado (art. 82, I e 91). É que a Ação Coletiva prevista no artigo 81 do CDC, através da qual o Ministério Público é legitimado para defender interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos somente originados de relação de consumo, não é a Ação Civil Pública de que trata a Lei n.º 7.347/85, nada obstante as disposições desta sejam aplicadas àquela por força do artigo 90 do CDC. Assim, não seria razoável, porque redundante, que o legislador, valendo-se do artigo 117 do Estatuto das relações de consumo, mandasse aplicar as disposições processuais deste à Ação Civil pública para defender os interesses individuais homogêneos apenas advindos de relação consumista. Interpretar doutra forma é, no mínimo, aderir ao pensamento dos "leguleios de plantão", na feliz expressão do já citado Celso Antônio Bandeira de Mello.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, deduz-se que:

a) é legítimo e razoável, a um só passo, que o Ministério Público seja legitimado ativo para, na qualidade de substituto processual, defender interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não advindos daquelas hipóteses elencadas no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (como é o caso dos interesses individuais homogêneos não advindos de relação de consumo), mesmo que disponíveis (materialmente), mas que considerados em conjunto, a defesa (questão processual) de tais interesses seja de interesse da sociedade;

b) não obstante a falta de a boa técnica legislativa refletir na aplicação do direito, a *mens legis*, precisamente a do CDC, artigo 117, é no sentido de legitimar o Ministério Público para a defesa de quaisquer interesses legitimamente protegidos;

c) à guisa de exemplos, em casos de enchentes e secas é possível ao Ministério Público ajuizar Ação Civil Pública para defender interesses individuais homogêneos, ainda que se trate de interesses patrimoniais e disponíveis (materialmente considerados) dos administrados afetados, apurando-se a responsabilidade por omissão da Administração Pública quanto aos efeitos dos fenômenos naturais periódicos.

Esse entendimento é o mais moderno e o que melhor acompanha a realidade social hodierna, onde as relações sociais massificadas se avizinham, tornando os problemas sociais também iguais ou semelhantes, circunstâncias que exigem trilhas processuais massificadas. Nesse contexto, o Ministério Público assume importância singular como substituto processual natural, defendendo, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos *lato sensu* dos cidadãos. E o desiderato a ser seguido, em termos processuais, é o da legitimação extraordinária através do mecanismo de substituição processual, atendendo, de um só passo, aos princípios da economia processual e o do acesso formal e material ao Poder Judiciário.

8. BIBLIOGRAFIA

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesse Difusos: conceito e legitimação para agir. 3 ed.. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Regime Jurídico do Ministério Público. Revista dos Tribunais análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, São Paulo, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed., São Paulo: LTr, 1998.

CD-ROM - JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. Coleção JURIS-CD-JTRF, em hipertexto. 4a ed.

CD-ROM - JURISPRUDÊNCIA INFORMATIZADA SARAIVA, N.º 12,13 E 14.

CD-ROM - JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CIVIL DE ALÇADA DE SÃO PAULO. ANO 97, BIBLIOTECA DIGITAL LEX.

A QUESTÃO ÉTICA NO ABORTO

Vidalvo Silvino da Costa
Acadêmico do 9º período.

1, CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

De antemão, analisando-se a etimologia da expressão aborto, ela deriva de ab, que denota privação, e de ortus, significando nascimento. Em sentido literal, quer dizer privação de nascimento.

O aborto configura-se como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto. E numa melhor definição, aborto é a expulsão ou extração do ovo fecundado ou do embrião ou do feto, ainda incapaz de viver fora do seio materno¹.

Ao longo da exposição, o aborto que iremos tratar será o aborto voluntário, ou seja, aquele em que há a previsão desejada e intencional de se retirar o feto do corpo da gestante.

Há o aborto involuntário, caso de ocorrência da morte fetal sem a mínima vontade mediata ou imediata da mãe. Aqui, exemplificamos o aborto espontâneo, quando acontece um tipo de rejeição natural e fisiológica pelo corpo materno. Como também, não nos preocuparemos em relatar casos em que existe a morte do embrião, proveniente de acidentes graves ou de alto risco com a mãe.

Na espécie humana, até 1 mês de gestação, o concepto é considerado OVO; de 1 a 3 meses, ele é um EMBRIÃO, pois adquiriu forma de animal; a partir do 3º mês, denomina-se FETO, já que se assemelha às formas humanas². A princípio, esta distinção seria irrelevante se levássemos em conta que poderia haver aborto em todos estes estágios de maturação e crescimento. Entretanto, ela mostra-se interessante ao verificarmos os níveis de semelhança biológica com um membro da espécie homo sapiens já desenvolvido, e isto serve até de indicador para se considerar um feto da mesma forma que um ser humano. E agora, compreendemos a sua importância num conceito mais completo sobre o aborto, principalmente elucidando o que foi exposto no segundo parágrafo. Mas para efeito didático, desconsideremos essa diferenciação com o intuito de facilitar a abordagem do assunto.

2.DA FRONTEIRA MORAL ENTRE ABORTO E INFANTICÍDIO

Vários estudiosos especulam até que ponto entende-se a morte do embrião como sendo a de um bebê. Este é um problema sério e merece muitíssima atenção, posto que matar um bebê poderá se inserir dentro da categoria de infanticídio³.

Com isto, temos de resolver obrigatoriamente esta problemática moral. Para tanto, recapitulemos a premissa: aborto é retirar um feto ainda incapaz de viver fora do útero materno. Isto é, existem fetos, com desenvolvimento completo, a exemplo de alguns bebês normais, que já podem viver fora da unidade uterina. Aqui, encontram-se os prematuros de 8, 7 e 6 meses. Alguns recém-nascidos sobrevivem somente em incubadoras, as quais reproduzem artificialmente o meio de vida da barriga materna, através da ajuda de máquinas e outros aparatos técnicos, proporcionando uma qualidade mínima de suas funções vitais.

¹ CAMARGO, Marculino. Ética, vida e saúde. P.20

² SOARES, José Luis. Biologia, p.202.

³ Neste caso, estamos falando de infanticídio em sentido amplo; e não no sentido estrito, como o definido pelo nosso código Penal.

Contra essa situação, insurgem-se aqueles que defendem que, se estes fetos estivessem fora do útero, morreriam de modo "natural", caso não lhe fornecêssemos o aparato tecnológico ao seu alcance; portanto, essa prática não mais se caracterizaria um aborto. Ora, "natural" é deixar um indivíduo portador de insuficiência cardíaca morrer quando não lhe fazem uma intervenção cirúrgica, introduzindo um marca-passo no seu organismo e evitando, conseqüentemente, sua morte. Tão "natural" seria não fornecermos insulina aos doentes de diabetes, diminuindo seu tempo de vida. Além disso, sabemos que a omissão é um ato delituoso e moralmente execrável. Portanto, este argumento fatalista está sem qualquer base de justificação racional.

Atualmente, já existem prematuros de até 5 meses que conseguem sobreviver fora do corpo materno, com a ajuda de aparelhos médico-hospitalares modernos, e ainda possuir desenvolvimento mental e físico normais, se comparados aos de um bebê de 9 meses de gestação. E diante dos avanços inegáveis da medicina, matar um feto a partir dos 5 meses de gravidez não mais classificá-los como aborto, mas sim como um infanticídio.

Por seguinte, conforme o apresentado, estabelecemos uma nítida linha divisória entre aborto e infanticídio. Quer dizer, há sempre um infanticídio ao negarmos as condições de sobrevivência proporcionadas pelo meio onde viveria um feto, o qual teoricamente possuiria as mesmas chances de vida de um prematuro⁴. Imprescindivelmente, isto implica que devemos ter em mente as possibilidades de desenvolvimento médico-tecnológico já difundidas e consagradas na nossa sociedade. Assim, hodiernamente, matar um feto de 5 meses com a intenção voluntária de abortá-lo é o mesmo que matar um bebê, pois aquele detém capacidade de viver fora do seio materno tanto quanto este.

3. AS PRINCIPAIS LINHAS DE PENSAMENTO ÉTICO

Algumas das mais destacadas correntes doutrinárias sobre o aborto filiam-se principalmente na corrente tradicional e na corrente liberal. Ambas possuem explicações fortes, bem aceitas e muito difundidas a respeito do tema. A posição tradicional, também conhecida como conservadora, defende uma opinião contrária à causa abortiva já que esta é, a princípio, uma prática amoral e imoral a ser cometida. A segunda, a liberal, aceita uma postura favorável ao ato, achando que as gestantes podem e têm direito de retirar o embrião de seus organismos.

Primeiramente, tecemos algumas características em relação a corrente tradicional. Seus adeptos pretendem fornecer uma resposta segura e inequívoca ao que tange o assunto. Para eles, é errado matar qualquer membro da sociedade. Isto se atribui a um valor sagrado, inalienável, especial e inato ao ser humano: a sua vida. O seu grau de valorização ímpar, há muito difundido em nossa cultura, advém da premissa de que não se deve fazer algo que não gostaríamos que acontecesse conosco. Quer dizer, não se extermina com a vida de outrem porque não desejamos o mesmo para nós.

Desta forma, os conservadores entendem que um feto faz parte da espécie homo sapiens e, por isso, precisamos vê-lo como um ser humano. Em outras palavras, matar um embrião tem a mesma conotação que assassinar um homem adulto, E por via de regra, titula-se o maior preceito moral do bem coletivo: a vida.

Ademais, eles vão bem mais longe do que possamos imaginar, com o intuito de proteger suas teses. Afirmam que um feto (além de ser humano) é, sobretudo, uma vida inocente e indefesa, a qual não teve culpa de haver sido gerado. E, aliás, o embrião não

⁴ A intenção, nesta afirmação, é tentar propiciar ao leitor qual, significativamente, seria o limite máximo e mínimo de discernimento entre aborto e infanticídio.

desfruta de condições seguras de autoproteção e nem de meios próprios para obrigar seus progenitores a conservá-lo vivo, a lutar pelo seu direito de autoconservação, seu direito de vida.

E, além disso tudo, os defensores da corrente tradicional sustentam que, ao negarmos o direito vital embrionário, estamos privando das possibilidades futuras de poder o feto usufruir de prazeres os quais os homens adultos gozam no seu dia a dia. Aí, estaríamos até desprezando os anseios posteriores que o feto houvesse de se beneficiar, isto é, colocaríamos nossos interesses à frente dos dele, o que exemplificaria um fato nitidamente discriminatório. E por analogia, esta seria uma escolha antiética perante as opções fetais, explicação clara que não abre espaços a dúvidas segundo a visão desfavorável ao aborto.

O outro ponto-de-vista é o da corrente liberal. Seus seguidores são amplamente simpatizantes à causa. Eles concordam que em determinadas fases do desenvolvimento uterino, o feto obtém caracteres de um membro da espécie homo sapiens. Contudo, discordam que o embrião deva ser comparado em pé de igualdade com um adulto.

Conforme seu pensamento, um feto nunca se igualará a um homem normal e já crescido, porque aquele não pode e não deve ser enquadrado como pessoa. De acordo com a filosofia utilitarista de Peter Singer, classifica-se um ser como pessoa⁵ quando este possui: autocontrole, capacitando-o a ter pleno domínio de suas ações e funções; o dom da autonomia, um princípio básico em que os seres podem tomar decisões em concordância com seus desejos; autoconsciência, a prerrogativa de um ente ter consciência da importância de sua força vital e da vida dos outros seres; senso de futuro e passado; e as características de se relacionar com as demais pessoas.

Neste caso, um feto jamais se equipararia a uma pessoa ou a um homem, Um embrião seria dotado apenas de uma vida senciente, meramente fisiológica, cuja capacidade estender-se-ia apenas a condições de sentir dor ou prazer, mas nunca se equivaleria a um ser racional e autoconsciente.

Na mentalidade dos liberais, a vida embrionária configura-se puramente como uma vida biológica, visto que o feto encontra-se desprovido de racionalidade, Assim, justificar-se-ia o aborto de forma ética, através deste pensamento, sabendo que não estaríamos prejudicando a vida de uma pessoa.

Por outro lado, haveria uma plena adesão com a linha liberal, se não fosse um pequeno detalhe. Quando refletimos sobre a vida de um embrião, imaginamos a sua condição fetal apenas naquele momento, pesamos somente em seu nível de desenvolvimento em determinado instante, sem teorizarmos sobre o que viria depois. Não somos capazes de abstrair que, um dia, esse embrião tornar-se-á um homem adulto, andando normalmente, freqüentando a faculdade e expressando sentimentos próprios. Ou seja, este feto é uma vida em potencial, a qual dará lugar a uma pessoa num futuro bem próximo. Desse jeito, podemos estar rejeitando as potencialidades de uma futura pessoa e descartando uma devida análise moral sob a óptica tradicional.

Portanto, diante deste impasse, as duas correntes de pensamento, a liberal e a conservadora, são coerentes, eticamente, com suas respectivas linhas de raciocínio. Elas não fogem de sua defesa moral a respeito do aborto, propondo explicações bem lógicas e avançadas dentro da temática.

5, A INCOERÊNCIA ÉTICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

⁵ SINGER, Peter. Ética prática. Cap.4.

Na legislação penal do Brasil, há gigantescas ambigüidades em relação ao aborto. Tendo em mente desmistificar a ausência de concisão moral no conteúdo de nossas leis, é que se dedicará um breve capítulo ao referido tópico, visando demonstrar a verdade e denunciar a carência de explanações racionais e da quase inexistência de juízos de valor em seu conteúdo (ou a sua mais perfeita confusão dos valores morais).

O princípio regedor da nossa força "legal" expressa a seguinte proposição: o feto humano é compreendido e contemplado do mesmo modo que uma pessoa⁶. Então, inferimos que se tutela a vida de um feto humano com igual grau axiológico da vida de um homem adulto. Essa concepção insere-se de forma explícita em nosso Código Penal, o qual classifica a prática abortiva como crime, especialmente incluída no Título "Dos crimes Contra a Pessoa"! Não obstante, ainda o especifica no Capítulo "Dos crimes Contra a Vida", elucidando implicitamente a razão de tanta preocupação: a evocação da prerrogativa do caráter sagrado da vida para proteger o feto com veemência.

Todavia, as nossas leis resguardam algumas exceções a esta restrição quase absoluta, de acordo com seu dogma. Na ética médica, presume-se, legitimamente, à gestante o "direito" abortar quando o embrião colocar em risco a vida materna. Seria um típico exemplo de Estado de Necessidade: uma excludente de ilicitude ética. Esta situação é perfeitamente exequível do ponto-de-vista ético (inclusa na corrente liberal e, com algumas restrições, na postura conservadora), pois se acontecer alguma complicação com a saúde da progenitora, morrerão tanto a mãe quanto o feto. Também, esta circunstância pode ser explicada até pela visão utilitarista, já que seria mais viável fornecer prazeres a vida da gestante, a qual gozará de muitas potencialidades futuras, do que não conseguir transmitir prazer a vida nenhuma, pois tanto o feto quanto a mãe estariam mortos.

No entanto, nosso capítulo terminaria muito bem se a nossa legislação tupiniquim não adicionasse uma oportunidade a mais para o chamado aborto "legalizado". Ela abre outro desvio de regra para uma ação em que o embrião seja fruto do estupro. Sua esquiva, sem muito fundamento, baseia-se em um pretensioso pretexto de que esta é uma gravidez não premeditada, e demasiado indesejada.

Essa exceção seria perfeitamente aceitável, caso nosso Direito Penal acatasse as idéias do pensamento liberal (amplamente favoráveis ao aborto). Mas na realidade, é justamente o oposto. Por isso, tão sem premeditação pode ser a gestação de uma mãe que não queria ter filhos e, Infelizmente, para ela, não utilizou qualquer método contraceptivo. Tão indesejada pode ser a gravidez de uma mulher, a qual não dispõe de qualquer mínima condição sócio-financeira para prover as necessidades básicas de sobrevivência do seu futuro filho, ocasionando um aumento substancial da infelicidade da mãe e da criança, promovendo a eles não mais uma vida, e sim, uma sobrevida⁷.

Aliás, qual tipo de ética segue a nossa legislação que se auto-intitula a protetora do caráter dogmático e sacramentado da vida, deixando que em um caso específico a mãe coloque seus interesses acima da vida do feto? É certo que o estupro é um crime bárbaro, ou mesmo hediondo; entretanto, justificá-lo a ponto de se permitir cometer um aborto não é contundente com o princípio abarcado no Código Penal: resguardar a vida da pessoa feto. Além do mais, o embrião não tem culpa de ter sido gerado mediante uma violência física, ele deveria nascer de qualquer maneira para proteger a sua vida. Teoricamente, a legislação seria obrigada a proteger seu direito de nascimento. Diante da sua postura de consagração vital e dogmática, a vida do feto necessitaria ser posta em

⁶ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. V.2. cap.1, p.102.

⁷ A filosofia Utilitarista defende a tese de que uma vida deve proporcionar mais prazeres do que desprazeres a um indivíduo. Um ser que goza de infelicidades e desprazeres, tão grandes, os quais possam superar incrivelmente o grau de felicidade, na verdade, não viveria plenamente, embora sobrevivesse.

patamar superior aos interesses individuais da mãe: essa deveria ser a real postura da lei frente a seu próprio preceito.

Assim, visivelmente, provamos a confusão princípios éticos dentro de nossa legislação, ou até a onipresença de valores morais ambíguos e incoerentes. Isto acontece porque ela não adere à corrente conservadora e, ao mesmo tempo, nem à linha liberal. Portanto, para sanar essa "distorção legal", ou se proibiria globalmente e inteiramente o aborto, ou se permitiria totalmente e ilimitadamente essa prática. O que não pode é continuar esta contradição, este paradoxo, esta absoluta falta de coerência moral e ética em nossa lei.

6. ESBOÇO CONCLUSIVO: UMA TENTATIVA DE SOLUÇÃO ÉTICA

Provavelmente, é certo que sempre existirão divergências e controvérsias acerca das indagações lógicas entre grupos contrários e favoráveis ao aborto. Do mesmo jeito, as discussões em relação ao tema tenderão a ficar cada vez mais acirradas e mais polêmicas, na medida em que surgirão novas idéias e concepções, acompanhadas do desenvolvimento de tecnologias mais avançadas, dos estudos médicos, além de incrementos nas descobertas científicas.

Conquanto, isso, de nenhuma maneira, implica que não possamos esboçar uma tentativa de resolver esta querela. Se fecharmos os olhos e tão somente continuarmos a debater as reflexões do aborto, sem nos preocuparmos em encontrar um apaziguamento, estaremos sendo sofistas, quer dizer, criticaremos e satirizaremos o tempo inteiro os parâmetros axiológicos de vanguarda, isentando-nos de chegar a qualquer proposta conclusiva para a problemática. E em conformidade com esta idéia, seríamos muito pouco éticos, já que desprezaríamos a realidade concreta.

É bem possível que ainda continuará a ocorrer práticas abortivas num futuro próximo. Inclusive, a elaboração de leis que coíbam o aborto, não acabará com ele. Milhares de mulheres em todo nosso país praticam abortos clandestinos, o que coloca em risco suas próprias vidas, posto que nessas cirurgias muitas vezes não haja assistência médica adequada. Se elas se arriscam tanto a fazer isso é porque não acatam os caprichos da doutrina conservadora e, no íntimo de suas consciências, é certa a ação que efetuam. Visto através de seu prisma, elas pensam que isto seria também um direito intrínseco de realizar o seu anseio.

Na Conferência Internacional da Mulher, realizada pela Organização das Nações Unidas, em maio do ano de 1995, na cidade de Beijing, na China, a primeira dama norte-americana Hiliary Clinton deu uma palestra a pessoas de vários países, defendendo a legalização irrestrita do aborto. Para enfatizar a sua ideologia, mostrou informações escabrosas a respeito do Brasil, relatando que várias mulheres, todos os anos, são encaminhadas aos nossos hospitais públicos, devido a complicações de abortos mal sucedidos. Como se não fosse o bastante, ainda divulgou as despesas que o governo brasileiro tem de arcar com seus tratamentos, comprovando que seus custos financeiros são bem maiores do que se fossem feitas cirurgias de cunho abortivo nestes mesmos hospitais.

Ademais, as mães oriundas de classes sociais privilegiadas economicamente obtêm meios de viajar para outros países, onde o aborto é totalmente permitido, com o intuito de retirar seus fetos, e o governo brasileiro em nada pode impedir. Por acaso, isso não se configuraria como um tipo de discriminação, visto que algumas poderiam abortar, mas outras não? Lógico que sim, E avaliando, dentro deste contexto, indaguemos se isto é realmente justo, se é moralmente correio, se é verdadeiramente ético? Iremos chegar a "brilhante" conclusão que não.

Desse modo, generalizar o moralismo de uma considerável parcela da sociedade, que pensa contrariamente ao aborto, estaremos desrespeitando um grande número de opiniões dos simpatizantes à causa. Consequentemente estaríamos restringindo suas liberdades.

Há outro ponto profundamente obscuro nesta questão. Ao se debater a temática, nunca explicitamos se um indivíduo, que mantém uma postura contrária ao aborto, respeita e aceita que uma outra pessoa pratique o ato. Em suma, não paramos para indagar se todo aquele que ideologicamente se contrapõe ao abortamento é necessariamente contra a legalização dele, visto que ambas são coisas distintas. Muito pelo contrário, alguém pode muito bem manifestar-se contrariamente a essa prática e ser favorável a sua legalização, respeitando a liberdade individual de outrem. Da mesma forma, nem toda mulher que engravide involuntariamente e defenda o ato abortivo, teria vontade ou coragem de praticá-lo. São aspectos definitivamente opostos.

Em face desta relação valorativa de animosidades, retomemos os ensinamentos de Kant. Para o genial autor, a humanidade detém a dever supremo de solucionar, ou ao menos de tentar sanar, os seus conflitos éticos. Almejando dirimir esta lide de princípios, afirmou que há de se fazer a distinção entre máximas morais das leis morais. As primeiras seriam subjetivas, contendo uma condição considerada pelo sujeito como válida somente para a sua vontade interior. As leis morais, ao contrário, seriam objetivas, contendo uma condição válida para a vontade de qualquer ser racional. Vale salientar que, conforme o pensamento do filósofo prussiano, toda lei precisa ser moral. Com o fim de chegar a tanto, Kant formulou seu "imperativo categórico", contendo uma razão pura (a universalidade sem contradição); também sendo por si mesma uma razão prática, revestindo-se de vida própria, a qual forneceria ao homem uma lei universal de conduta, chamando-a de Lei Moral. Ela se resumiria no seguinte enunciado: "Age de tal forma que o motivo que te levou a agir assim possa ser convertido em lei universal"⁸.

E a exemplo do que está ocorrendo com a discussão que gira em torno da causa abortiva, suas correntes ideológicas, as denominadas máximas morais, estão interferindo substancialmente na lei moral, quer dizer na lei formal, confundindo-se com a sua realidade. Em outras palavras, não percebemos que a lei moral pode, e deve, ter existência independente das máximas morais. Quer dizer, as opiniões pessoais sobre o abortamento não criam o dever de interferir obrigatoriamente na legislação que o rege, em tese, universal. Muito pelo contrário, o imperativo categórico reafirma a autonomia de vontade como a base de todas as leis morais, e essa autonomia desvinculada da matéria da lei, consistindo, sim, na determinação do livre-arbítrio por meio de um modo legislativo universal do qual o imperativo é capaz.

Justamente, é nesta acepção de respeito à liberdade de expressão que reside a solução para nossas dúvidas morais. A forma de resolvê-las seria a legalização do aborto. Assim, reconheceríamos tanto os ideais dos conservadores quanto os dos liberais, pois aqueles, que não são adeptos deste ato, não o praticariam; e os que são favoráveis, estariam aptos a abortar, respeitando ambas as doutrinas. Portanto, esta é a resposta ética mais viável para solucionar esse impasse, porque abriríamos espaço para todos democrática e moralmente falando.

9. BIBLIOGRAFIA

⁸ CHAUI, Marilena de Souza. Kant: vida e obra, p.15.

CAMARGO, Marculino. *Ética, Vida e Saúde*. 6° ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1981.
CHAUÍ, Marilena de Souza. *Kant: Vida e Obra. Os Pensadores*. Nova Cultural, 1996.
JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 18° ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol. 2.
SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
SOARES, José Luís. *Biologia*. 5° ed. São Paulo: Ed. Scipione, 1993.

PARA DIFERENCIAR O DOLO EVENTUAL DA CULPA CONSCIENTE

Vívian Marassi
Acadêmica do 9º período.

1 – INTRODUÇÃO

A arte de receber a lei pura e ir transformando-a, interpretando-a, amoldando-a ao caso concreto é, indubitavelmente uma das atividades mais belas e, ao mesmo tempo, mais difíceis do mundo jurídico, principalmente na seara penal.

Como afirma Ivaldo Lemos Júnior;

"(...) a interpretação das causas criminais nem sempre é fácil, mas, ao contrário, requer, de um lado, boa dose de percepção e sensibilidade, e, de outro, conhecimentos técnicos adiantados (legais, doutrinários, jurisprudenciais, de direito comparado, história e outras fontes). Boa justiça se faz com ambos os ingredientes, sempre. Justiça nunca pode ser demasiado leiga nem demasiada técnica".

Em agosto de 1997, uma sentença proferida por uma Juíza do Tribunal do Júri, no Distrito Federal, causou a revolta da população brasileira, ao mesmo tempo em que gerou um considerável constrangimento no meio jurídico deste País.

Quatro meses antes, em abril de 1997, cinco garotos de Brasília, a pretexto de uma 'brincadeira', atearam fogo em um índio, levando-o à morte horas depois, em decorrência de queimaduras em 95% de seu corpo. À época, tal crime foi utilizado em aulas de Direito Penal das faculdades brasileiras como exemplo de homicídio doloso praticado com dolo eventual, em virtude de o fato reunir todos os elementos caracterizadores deste tipo de dolo indireto.

Entretanto, segundo o entendimento da Juíza do Tribunal do Júri, o que ocorrera na realidade fora um crime preterdoloso, no qual houvera o dolo de causar lesões corporais, e culpa consciente quanto à morte, já que esta, no entender da julgadora, escapara à vontade dos rapazes. Entre a população leiga, houve indignação por se acreditar que ficariam eles impunes pelo crime que cometeram. Já no meio jurídico, o desconforto em relação à sentença foi motivado pela verdadeira confusão que se estabeleceu em relação à doutrina, confundindo-se os conceitos de dolo eventual, culpa consciente e crime preterdoloso. Muitos que julgavam saber diferenciá-los ficaram em dúvida ao lerem a referida sentença; na teoria os limites são bem traçados, mas na prática tudo se torna mais complicado.

Saber se o agente foi impulsionado pelo dolo ou pela culpa, no momento da ação praticada em desacordo com os preceitos legais, é de suma importância para o Direito Penal. Decidindo-se se houve dolo ou culpa, estar-se-á decidindo também, indiretamente, se a conduta do agente merece uma maior ou menor reprimenda por parte do Estado. Portanto, deve o jurista saber com clareza e precisão definir esses conceitos, saber realizar a correlação entre ambos, aprofundar-se, "mergulhar" no caso concreto, analisando, perquirição, investigando cada elemento separada e conjuntamente com os demais. E entre os conceitos de dolo e culpa, uma das dúvidas mais angustiantes é saber qual a verdadeira diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

Pretende-se aqui realizar um aprofundamento em tais conceitos, analisando-os dentro do contexto onde estão situados, partindo-se dos conceitos genéricos, de dolo e

culpa, para os conceitos específicos, dolo eventual e culpa consciente, Logo após, far-se-á a comparação entre ambos, perseguindo a sua real distinção. Diante da fundamentação teórica, será proposta uma solução visando a facilitar a sempre complicada tarefa de desvendar onde termina a culpa consciente para ter início o dolo eventual.

2. DO TIPO PENAL

O Direito Penal visa regular o fato social sempre que ele passe para o campo do injusto; ele intervém nas relações entre os seres humanos quando os outros ramos do Direito não são mais eficazes para manter ou restaurar o equilíbrio social.

A partir do momento em que o fato se desenvolve em sentido contrário ao que a norma jurídica determina, ele passa a merecer reprimendas. Quanto maior a gravidade do fato, maior rigor haverá por parte do Estado ao punir a ação (ou omissão) contrária à norma jurídica.

A moderna compreensão do tipo penal foi criada por Beling, em 1906 (teoria ampliada e reformulada em 1930), cujo conceito de tipo foi um marco, a partir do qual se reelaborou todo o conceito analítico de crime. Beling separou a tipicidade da antijuridicidade e da culpabilidade.

Com o advento do finalismo, foram admitidos os tipos dolosos e culposos. Helmut von Weber e Alexander Graf zu Dohna incorporaram ao tipo o conteúdo da vontade com que o ato contrário ao direito se realiza. Com isto, a culpabilidade tornou-se reprovabilidade pura, e o dolo e a culpa foram incorporados ao tipo, como estruturas típicas diferentes. O tipo passou a ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva (tipo objetivo), composta pela descrição legal, e outra parte subjetiva (tipo subjetivo), formada pela vontade reitora, com dolo ou culpa, juntamente com outras características subjetivas.

Hodiernamente, os doutrinadores consideram que o tipo penal compõe-se, além de elementos puramente objetivos-descritivos, de elementos normativos e subjetivos. Assim, o dolo, a culpa, e suas modalidades (dolo eventual, dolo alternativo, culpa consciente ou inconsciente etc.) integram o tipo subjetivo, juntamente com as intenções e tendências, que são os elementos especiais (acidentais).

3. O DOLO

Via de regra, os crimes são sempre dolosos. Eventualmente o tipo penal pode acolher a modalidade culposa na conduta do agente, entretanto, isto só é possível se houver a previsão legal, ou seja, o dolo é a regra e a culpa, exceção prevista em lei. Segundo Zaffaroni e Pierangeli:

"o dolo é o elemento nuclear do tipo subjetivo e, frequentemente, o único componente do tipo subjetivo (nos casos em que o tipo não requer outros)"(ZAFFARONÍ e PIERANGEU, 1997, p. 482).

De acordo com a teoria finalista da ação, de Weizel, o dolo é elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta omissiva ou comissiva. O tipo doloso implica sempre a causação de um resultado, aliada à vontade de causá-lo; implica a consciência e vontade de realização da conduta descrita no tipo penal. Esta vontade de obter o resultado é o dolo (para o Código Penal pátrio, ocorre o dolo ou quando o sujeito quer o resultado, ou quando assume o risco de produzi-lo, equiparando claramente o dolo direto ao dolo eventual).

Faz-se mister ressaltar que a doutrina finalista - adotada pelo Código Penal brasileiro, deslocou o elemento normativo (a consciência da ilicitude) para a culpabilidade, "como elemento indispensável ao juízo de reprovação"(BITTENCOURT, 1995, p.233). Desta forma, o dolo constitui-se apenas dos elementos cognitivo (conhecimento do fato constitutivo da ação típica) e volitivo (vontade de realizá-la). Como bem exemplificam Zaffaroni e Pierangeli, o dolo de homicídio (artigo 121, CP) é o querer matar alguém; há a pressuposição de que se saiba que o objeto da conduta é um homem ("alguém"), e que a arma utilizada causará o resultado (previsão da causalidade), visto que "todo querer pressupõe um conhecer" (ZAFFARONI & PIERANGELI, 1997, p.483).

Duas teorias norteiam a figura do dolo no Código Penal deste País: a teoria da vontade, no dolo direto, e a teoria do consentimento, em relação ao dolo eventual. Segundo a teoria da vontade, o dolo é a vontade dirigida ao resultado; é a vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação. Segundo Garrara, é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se sabe ser contrário à lei. Já a teoria do consentimento defende que o dolo é, ao mesmo tempo, vontade e representação (previsão do resultado como certo ou provável). Assim, de acordo com esta teoria, é dolo a vontade que, mesmo não dirigida diretamente ao resultado possível ou provável, consente na sua ocorrência (assume o risco de produzi-lo). Conforme a teoria do consentimento, "consentir" na ocorrência do resultado é um modo de querê-lo, ficando desta forma explicado o porquê de o Código Penal pátrio equiparar o dolo direto ao dolo eventual, reprimindo-os da mesma forma.

3.1.O dolo eventual

Haverá dolo eventual sempre que o agente, embora não querendo diretamente a realização do tipo, o aceite como possível ou mesmo como provável, assumindo o risco da produção do resultado. Não se requer, entretanto, que "a previsão da causalidade ou da forma em que se produza o resultado seja detalhada" (ZAFFARONI & PIERANGELI, 1997, p.487), é necessário somente que o resultado seja possível ou provável.

O agente não deseja o resultado, pois se assim ocorresse, não seria dolo eventual, e sim direto. Ele prevê que é possível causar aquele resultado, mas a vontade de agir é mais forte, ele prefere assumir o risco a desistir da ação. Não há uma aceitação do resultado em si, há a sua aceitação como probabilidade, como possibilidade. "Entre desistir da conduta e poder causar o resultado, este se lhe mostra indiferente", no dizer de DAMÁSIO DE JESUS, em parecer emitido sobre o caso do índio Pataxó queimado em Brasília.

Frank, em sua teoria positiva do conhecimento, sintetiza o conceito de dolo eventual em sua célebre frase: "seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei". Como bem elucidou AMÍLCAR GOMES, em monografia vencedora de concurso promovido pela Revista do Curso de Direito da UFRN, agir com dolo significa;

"(...) jogar com a sorte. Para aquele que se comporta com dolo eventual, o acaso constitui a única garantia contra a materialização do sinistro; o agente tem consciência da sua incapacidade para impedir o resultado, mas mesmo assim fica insensível ao que se apresentou diante da sua psique".

4. A CULPA

O tipo culposo, assim como o doloso, individualiza uma conduta. A diferença entre ambas reside no fato de ser o primeiro individualizado, não pela finalidade da conduta, mas porque na forma em que se obtém essa finalidade há a violação de um dever de cuidado, ou seja, o resultado é causado por imprudência (conduta que a cautela indica não dever ser realizada), negligência (deixar de fazer algo que a prudência impõe), ou imperícia (falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão).

No sistema penal brasileiro, só são típicos os resultados culposos que como tal são considerados na parte especial do Código Penal (artigo 18, parágrafo único). Para que se caracterize o tipo culposo, é necessária uma informação subjetiva: qual o fim da conduta? Não se sabendo qual a finalidade da conduta, não se irá saber de que conduta se trata, qual o dever de cuidado imposto ao agente e, conseqüentemente, se esse dever de cuidado, que é determinado de acordo com a situação jurídica e social de cada homem, foi ou não violado.

Não basta que a conduta viole o dever de cuidado e cause o resultado, é preciso que haja uma relação de determinação entre a violação do dever e a causação do resultado. Ou seja, não basta que o resultado tenha sido produzido, requer-se ainda que tenha sido causado em decorrência da violação do dever de cuidado.

4.1.A previsibilidade

O tipo subjetivo culposo é composto por dois elementos: o aspecto volitivo (vontade de realizar a conduta) e o aspecto cognoscitivo (possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria para os bens jurídicos alheios e de prever a possibilidade do resultado conforme esse conhecimento - previsibilidade). A previsibilidade condiciona um dever de cuidado, já que quem não pode prever não tem o dever de cuidado e não pode, assim, violá-lo.

A previsibilidade deve ser subjetiva, ou seja, o agente deve prever o resultado segundo suas aptidões pessoais, na medida do seu entendimento individual. Para que haja a culpabilidade é necessário que o resultado seja previsível para o agente. Ela pode até existir em outras pessoas, mas não existe no agente no momento do evento, e produz o resultado danoso.

Há que se salientar uma importante observação feita por Damásio de Jesus a respeito da previsão:

"(...) A previsão é elemento do dolo, mas que excepcionalmente, pode integrar a culpa. A exceção está na culpa consciente"(Grifo nosso).

O professor Damásio utiliza um exemplo, para melhor esclarecer o entendimento do que seja a previsibilidade exigida pela lei: se alguém toma um carro com a finalidade de fazer uma longa viagem, ele sabe que pode sofrer um acidente, mas não é essa a previsibilidade de que trata a lei. Trata-se de uma previsibilidade atual, nas circunstâncias do momento da realização da conduta. Se o sujeito foi capaz de prever o resultado, desloca-se do campo da culpa para o dolo. (DAMÁSIO DE JESUS,1995,p.292ep.295).

4.2. A culpa inconsciente

Uma das classificações básicas das espécies de culpa é a distinção entre culpa consciente e inconsciente. Na culpa inconsciente, também denominada culpa ex ignorância, o resultado, embora previsível, não é previsto pelo agente. São os casos de

negligência, imperícia e imprudência, em que não houve a previsão do resultado por descuido, desatenção ou desinteresse do agente. A culpa inconsciente, segundo Bittencourt, "caracteriza-se pela ausência absoluta de nexos psicológicos entre o autor e o resultado de sua ação"(não há a imprevisibilidade, caso contrário haveria caso fortuito ou força maior) (BITTENCOURT, 1995, p.251).

Em suma, a culpa inconsciente diz respeito às situações em que o agente deveria agir com previsibilidade e não o faz, ocasionando um resultado que ele não desejava e nem previu, quando deveria estar alerta - ou seja, as situações em que o resultado danoso ocorreu devido à imprudência, imperícia e negligência do agente.

4.3. A culpa inconsciente

O Código Penal pátrio equipara a culpa consciente à inconsciente, designando a mesma pena abstrata para ambos os casos.

5-OCRIMEPRETERDOLOSO

O crime preterdoloso é considerado um crime misto, em virtude de haver uma conduta dolosa, dirigida a um fim típico, sendo também culposa, por causar resultado diverso do desejado; há uma conduta inicial dolosa, da qual advém um resultado final culposo. No dizer de Mirabete, há "dolo no antecedente e culpa no conseqüente" (MIRABETE, 1997, p.150).

O "*prater dolo*", ou "dolo preterintencional", ocorre nos crimes em que o agente sabe dos riscos, tem plena consciência das conseqüências, e acha que "tal procedimento conduzirá a não mais o que aquilo que pretende", segundo Falconi (FALCONI, 1994, p.146). Ao término da execução, o resultado surpreende o agente pela sua alteração, a maior. Ele deseja um *minus* e produz um *majus*.

Há uma ação típica de um tipo doloso, e ao mesmo tempo, de um tipo culposo, frente à violação do dever de cuidado, Nesta categoria, enquadram-se os crimes de lesão corporal seguida de morte; o aborto qualificado; a rixa qualificada etc.

Entretanto, entre o resultado qualificado (culposo) e o sujeito que pratica o *primum delictum* deve haver um liame normativo. O resultado só poderá ser imputado ao agente quando for previsível (culpa), ou seja, ocorrendo caso fortuito ou força maior, ele não poderá ser atribuível ao agente, devendo este responder apenas pelo *primum delictum*.

Em síntese, no crime preterdoloso o agente responde pelo que "visou alcançar com sua culpabilidade sincera e prática"(FALCONI, 1994, p.146), não devendo ser punido pelo resultado se o agente não pôde exercer controle sobre ele.

6 . DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE

O limite entre a culpa consciente e o dolo eventual reside no fato de que, na culpa com representação, a única coisa que se conhece efetivamente é o perigo de que o resultado danoso ocorra, perigo este que o agente rejeita, por crer que, chegado o momento, ou ele evitará o resultado, ou este simplesmente não ocorrerá. Há apenas um conhecimento efetivo do perigo que os bens jurídicos correm; relaciona-se ao aspecto cognoscitivo do tipo subjetivo. Já o dolo eventual corresponde à aceitação da possibilidade de que o resultado danoso venha a ocorrer, ele relaciona-se ao aspecto volitivo.

Na culpa consciente, o agente não aceita o resultado danoso, apesar de prevê-lo; não assume o risco de produzi-lo; o resultado não é, para ele, indiferente nem tolerável. Já no dolo eventual, o agente tolera, aceita a produção do resultado; assume o risco de produzi-lo; o resultado danoso é, para ele, indiferente.

O sujeito que age com culpa consciente confia nas suas qualidades pessoais e nas possibilidades de impedir o resultado previsto; ele confia sinceramente na não-produção do evento. Se ele estivesse realmente convicto de que o evento poderia ocorrer, desistiria da ação. "Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age". (BITTENCOURT, 1995, p.252). O agente que pratica a ação com dolo eventual crê apenas no acaso; ele tem consciência de que é incapaz para evitar o resultado danoso, porém age mesmo assim.

7 – CONCLUSÃO

A hermenêutica jurídica é uma arte que necessita de toda diligência, todo zelo possível, para ser bem produzida, principalmente no Direito Penal, em que a condenação ou absolvição de uma pessoa pode depender, às vezes, de um pequeno detalhe. Deve-se agir cautelosamente; deve-se estar atento a cada pequeno detalhe do tipo penal; não se pode negligenciar nenhuma informação contida nos autos do procedimento, por mais insignificante que ela possa parecer.

A caracterização do tipo subjetivo, formado pela vontade reitora do agente, é de suma importância para a classificação do delito. Saber se o agente agiu com dolo ou culpa é imprescindível, porém deveras complicado, pois, como afirma Damásio de Jesus em seu parecer sobre o caso da morte do índio pataxó, "nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento".

Assim, para que se possa obter precisão quanto ao tipo subjetivo, sabendo se o autor agiu com dolo, dolo eventual, culpa (consciente ou inconsciente), se agiu em legítima defesa, se houve erro de tipo etc., faz-se necessário apreciar todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, externo. Damásio de Jesus, no referido parecer, cita conveniente observação de Nelson Hungria: "O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato".

Para a análise do fato devem ser observados elementos e circunstâncias que Munoz Conde denomina "indicadores objetivos da decisão contra o bem jurídico", dentre os quais se incluem; o risco de perigo para o bem, implícito na conduta; o poder que o agente dispunha para evitar o eventual resultado, abstendo-se de agir; os meios de execução empregados; e a desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico.

O jurista deve ater-se a estes elementos e circunstâncias a fim de descobrir se o agente agiu com dolo eventual ou culpa consciente, devendo analisar principalmente os meios de execução empregados na ação criminosa, assim como a(s) área(s) do corpo afetada(s).

Pergunta-se: "tiro mata?". Depende. Se o projétil atingir o antebraço, ou o pé da vítima, a possibilidade de que o evento morte ocorra é ínfima. Entretanto, se o projétil atinge a nuca da vítima, a possibilidade de que ela venha a falecer em decorrência do tiro é imensa. Da mesma forma ocorre com os meios de execução empregados; socos, chutes, empurrões, e até mesmo instrumentos cortantes (dependendo da área do corpo que for atingida) não são, via de regra, letais.

Quanto ao meio empregado na execução do delito for potencialmente perigoso, de modo a colocar a vida da vítima em risco (conforme o entendimento comum das pessoas), deve o jurista considerar que houve dolo na conduta do agente.

Assim, deve-se presumir o dolo: quando o meio utilizado for potencialmente letal (veneno, fogo, explosivo, asfixia etc.); quando, na ocasião de perfurações por instrumentos cortantes, a área do corpo da vítima atingida for mais vulnerável, sensível, como o pescoço, a cabeça e as regiões peitoral e abdominal (onde se encontram os órgãos vitais do corpo humano); e quando o crime for cometido mediante "tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum" (artigo 61, II, alínea "d" do Código Penal). Sempre que ocorrer qualquer das hipóteses previstas acima, o dolo deverá ser presumido.

Havendo dúvida quanto à culpa consciente, ao analisar o fato concreto deve o jurista perquirir se houve motivo justo para que o agente acreditasse que o resultado não ocorreria. Por exemplo: um homem perfura o braço de seu desafeto com uma faca, e este acaba falecendo dias depois, devido a uma infecção no ferimento. Pela análise do fato, deduz-se que o homem desejava apenas ferir seu desafeto, ele não tinha a intenção direta de matá-lo, nem assumiu o risco de fazê-lo; ou seja, no caso descrito ocorreu dolo quanto à lesão corporal e culpa consciente quanto ao evento morte. Outro exemplo, este clássico, é o do exímio atirador que atira em um alvo, distante de seu amigo apenas um metro, e acaba acertando-o, por um erro de cálculo seu. Após a análise minuciosa dos fatos, se ainda assim persistir a dúvida quanto à ocorrência de dolo eventual ou de culpa consciente, deve-se optar por esta, por ser mais favorável ao réu, obedecendo, assim, ao princípio *in dubio pro reu*.

Obviamente, a presunção do dolo, nos casos descritos anteriormente, não esgotará todas as dúvidas e incertezas do jurista, quando da aplicação da teoria ao caso concreto, porque existem infinitos modos de se cometer um delito; aliás, a mente humana é especialista em elaborar criativos meios de se praticar um ato ilícito; porém, como os casos em que deve haver a presunção são os mais comuns (em se tratando de dúvidas quanto à existência de dolo eventual ou culpa consciente), conforme comprova a jurisprudência, a sua aplicação facilitaria bastante o ofício dos juristas.

No caso em que foi proferida a polêmica sentença, pela juíza do Tribunal do Júri de Distrito Federal, a vítima falecera em decorrência de queimaduras em 95% de seu corpo, restando ilesos apenas o couro cabeludo e a planta dos pés. A juíza, como relatado anteriormente, afirmou terem os agressores cometido crime preterdoloso. Damásio de Jesus, em seu parecer emitido a pedido do Ministério Público do Distrito Federal, afirmou ter havido crime doloso, sendo o tipo subjetivo o dolo eventual. Diante de tudo o que aqui foi exposto, deixa-se a seguinte indagação: qual dos dois tem razão?

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, César Roberto, Lições de Direito Penal. Parte Geral. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FALCONI, Romeu. Lineamentos de Direito Penal. São Paulo: Ícone, 1994.

GOMES, Amílcar da Cruz. Dolo Eventual X Culpa Consciente: Área de Penumbra na Caracterização da Ação Psíquica, <http://www.cabugi.com.br/jurisnet/AMILCAR.htm>, 13nov,1998.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Parecer Emitido Por Damásio de Jesus Sobre o Caso da Morte do Indígena Galdino Jesus dos Santos, <http://www.jus.com.br/pecas/pataxo03.html>, 12 nov, 1998,

LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. Caso Galdino: Uma Opinião, <http://www.neofito.com.br/artigos/penallO.htm>, 14 nov. 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 12. ed., v.1. São Paulo: Atlas, 1997.

ZAFFARONI, Raul Eugênio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

Art. 1º. A Revista Jurídica IN VERBIS publica artigos referentes à área jurídica. Serão aceitos artigos necessariamente inéditos, não implicando remuneração, remessa, devolução ou publicação dos trabalhos.

Parágrafo único. O Conselho Editorial afastará o trabalho que souber, comprovadamente, ter sido publicado ou divulgado em qualquer local ou através de qualquer meio.

Art. 2º. Os trabalhos, obrigatoriamente redigidos em português, sob a forma de artigo, com no máximo doze (12) laudas, deverão ser entregues ao Conselho Editorial (vide créditos), em sua forma impressa, acompanhada de outra em disquete gravado em editor de texto compatível com "Word for Windows", versão 6.0 ou superior.

§ 1º. Nenhuma das versões será devolvida, tendo o autor o direito de consultar os comentários feitos pelo professores sobre o seu trabalho e os dos demais concorrentes.

§ 2º. Na versão impressa não deverá constar o nome do autor. No entanto, este será exigido na versão em disquete e na parte exterior deste.

Art. 3º. Deverão ser obrigatoriamente adotadas as seguintes margens: esquerda e superior: 3 cm; direita e inferior: 2,5 cm. O parágrafo deverá ser de 1,5 cm e o espaço entre linhas será simples. O tamanho do papel a ser utilizado é o A4.

Parágrafo único. Os trabalhos que não obedecerem aos padrões deste artigo não serão sequer avaliados pelos professores.

Art. 4º. Os trabalhos deverão incluir:

§ 1º. Título e subtítulo (se tiver);

§ 2º. Nome(s) completo do(s) autor (es);

§ 3º. Filiação científica, que indicará a universidade, o período ou ano e eventual bolsa ou monitoria;

§ 4º. Texto propriamente dito com os seguintes cuidados:

I - Siglas e abreviações, ao aparecerem pela primeira vez no trabalho, serão precedidas do nome por extenso e depois colocada entre parênteses; na repetição deverá ser utilizada apenas a sigla sem os parênteses. Ex.: "...consoante prega a Lei da Ação Civil Pública (LACP), o Ministério...", "...dessa forma, é assim que a LACP diz ser válida...";

II - A citação bibliográfica de texto inserido no artigo, se houver, deve seguir o seguinte exemplo: "...no sentido amplo, documento, no dizer de Carnelutti, é tudo que representa um fato" (Tourinho Filho, 1994, v. 2, p. 49);

III - Notas de rodapé poderão ser incluídas, numeradas seguidamente e lançadas ao pé da página em que estiver o respectivo sinal de chamada (p. ex.¹). As notas de rodapé devem ser separadas do texto por uma linha que se inicia na margem esquerda e tem 3 cm de extensão. Devem apresentar tamanho 10 de fonte e entrelinhas menores do que as usadas no texto.

IV - A referência por inteiro da obra deverá estar necessariamente nas "Referências Bibliográficas", a qual deverá constar obrigatoriamente do final do artigo, sob pena de não ser este avaliado pelos professores, além de obedecer o disposto abaixo;

a) Serão ordenadas de forma alfabética crescente de acordo com os sobrenomes dos autores;

¹ A nota de rodapé tem como objetivo aprofundar, esclarecer o assunto do texto: realizar remissões internas (ex.: "confira cap. 02, p. 03, desta obra"), ampliar uma afirmação do texto etc,

b) Sendo publicação avulsa (livro, folheto, tese e afins), obedecer-se-á a seguinte ordem: sobrenome do autor, pronomes, título da obra, local, editor, data, número ou indicação de páginas;

c) Se publicação de periódico, a ordem é a seguinte: sobrenome do autor, prenome, título do artigo, nome do periódico, indicação do volume, número, páginas inicial e final, data da edição.

d) Se de algum modo for utilizado obra proveniente da Internet a referência deverá atender o seguinte exemplo: DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro. Parecer Acerca da Sucessão Municipal no Município de Encanto. In Jurisnet: <http://www.truenetrn.com.br/jurisnet/>, 02 ago. 1998. A data é a que a página virtual foi acessada.

Art. 5º. Os trabalhos para a edição seguinte da Revista Jurídica IN VERBIS deverão sempre ser apresentados ao Conselho Editorial até o trigésimo dia após o início das aulas de cada semestre, ressalvada exclusivamente ao Conselho Editorial a faculdade de ampliar este prazo.

Art. 6º. Exaurido o prazo anterior, os trabalhos serão entregues aos professores, juntamente com o questionário a seguir apresentado, para a avaliação e definição do atendimento ou não dos níveis científico-jurídicos necessários à publicação.

Art. 7º. A entrega dos trabalhos aos professores se dará em caráter impreterível para que os mesmos verifiquem a plausibilidade ou não da publicação do artigo, podendo os mesmos, se quiserem, fazendo uso do questionário, sugerir mudanças. Todavia, divulgado o resultado indicando os artigos que serão publicados, os questionários só serão repassadas aos alunos que procurarem o Conselho Editorial no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir da divulgação do resultado.

Parágrafo único. Os artigos aos quais foram sugeridos alterações não concorrerão mais a publicação atual, pelo que recomenda-se que desde o início da confecção do artigo o autor busque um orientador, com o fim de uma melhor sistematização do trabalho.

Art. 8º. Os artigos não publicados não serão utilizados pelos membros do Conselho Editorial para nenhum outro fim.

Art. 9º. Quando se fizer necessária a intervenção do Conselho Editorial na escolha dos artigos a serem publicados, como por exemplo na hipótese de empate ou no caso de haver mais artigos aprovados que espaço para publicação na Revista, serão observados, na ordem que segue, os seguintes critérios de preferência:

I - Artigo tratando de assunto ainda não abordado em números anteriores da Revista Jurídica IN VERBIS;

II - Acadêmicos da UFRN;

III - Artigo escrito por uma quantidade menor de autores;

IV - Autor(es) que ainda não tenha(m) publicado artigo na Revista;

V - Artigo escrito por estudante mais próximo da conclusão do curso.

Parágrafo único. As decisões sobre os trabalhos que concorrem à publicação são tomadas sempre em conjunto pelos membros do Conselho Editorial, ressaltando-se que estes estão sempre disponíveis aos interessados para esclarecimentos sobre as publicações.

Art. 10. Os dados e conceitos emitidos nos trabalhos, bem como a exatidão das fontes e das referências bibliográficas são de inteira responsabilidade dos autores.

Art. 11. No que as normas aqui expostas forem omissas, aplicam-se as adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 12. O presente regulamento passa a vigor a partir de sua divulgação pelo Conselho Editorial e terá vigência até que este divulgue posteriores alterações.

QUESTIONÁRIO DESTINADO AOS PROFESSORES PARA AVALIAÇÃO DE ORIGINAIS

1. INTRODUÇÃO;

1.1. O plano e o propósito do trabalho foram delineados sucintamente?

1.2. Outras observações sobre a introdução:

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1. As IDEIAS forma encadeadas de maneira clara, objetiva e coerente?

2.2. Existe algum tipo de raciocínio falacioso?

2.3. Existe algum assunto que deve ser melhor explorado? Alguma sugestão?

2.4. Existe algum tópico que deve ser acrescentado?

2.5. Existe algum tópico que deve ser suprimido?

2.6. Outras observações sobre o desenvolvimento:

3. CONCLUSÃO;

3.1. As conclusões e recomendações finais foram decorrentes dos argumentos e/ou fatos apresentados?

3.2. O trabalho trouxe algo de novo (abordagem, conceitos etc.) sobre o assunto?

3.3. Outras observações sobre a conclusão:

4. O ARTIGO É MERECEDOR DE PUBLICAÇÃO NA REVISTA JURÍDICA IN VERBIS?

5. OBSERVAÇÕES ADICIONAIS SOBRE O ARTIGO:

6. NOTA DO ARTIGO:

7. PROFESSOR AVALIADOR:

8. MEMBRO DO CONSELHO EDITORIAL RESPONSÁVEL PELO ARTIGO:

9. TÍTULO DO ARTIGO AVALIADO: