



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 2, n. 1/2012 ISSN 2179-8222



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

Editor

. Msc. Richardson Xavier Brant

Organizadores

- . Msc. Raissa Neiva Melo Franco
- . Msc. Richardson Xavier Brant
- . Msc. Vivian Cristina Maria Santos
- . Msc. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

- . Msc. Edson Pires da Fonseca
- . Dr. Elton Dias Xavier
- . Msc. Hamilton de Almeida
- . Msc. Liz Helena Silveira do Amaral
- . Msc. Raissa Neiva Melo Franco
- . Msc. Richardson Xavier Brant
- . Msc. Vivian Cristina Maria Santos
- . Msc. Waldir de Pinho Veloso



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Richardson Xavier Brant



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Organizadores

Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos
Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Edson Pires da Fonseca
Elton Dias Xavier
Hamilton de Almeida
Liz Helena Silveira do Amaral
Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos
Waldir de Pinho Veloso

Correção Linguística

Waldir de Pinho Veloso

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas
Maria Rodrigues Mendes

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 2, n. 1, 2012 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2012-

v. : il. 21 x 29 cm.

Semestral
ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
ENTREVISTA	9
ARTIGOS DO CORPO DOCENTE	
ALIMENTOS GRAVÍDICOS: DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA LEI Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales.....	13
A INSUFICIÊNCIA DO FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS PARA O COMBATE AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO Richardson Xavier Brant	19
ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
O SISTEMA PUNITIVO: UMA TRAJETÓRIA DE POUCAS SOLUÇÕES Cyntia Cybelle Pinheiro Barbosa	29
JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NAS LIQUIDAÇÕES JUDICIAIS Andréia Coutinho Santos	37
TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES Vânio Soares Guimarães.....	45
ARTIGOS DE EGRESSOS	
A REPÚBLICA: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA DA SELEÇÃO DE FÁBULAS NO ENSINO JURÍDICO Igor Ramos Rosa.....	55
A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO Lorena Moreira Santos.....	61
AUTOR CONVIDADO	
AS RELAÇÕES ENTRE A VERDADE E A PROVA SOB A ÓTICA DO CONVENCIMENTO JUDICIAL Vitor Luís de Almeida.....	69
RESENHA	
A IDEIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN (2011) Tacyana Karoline Araújo Lopes.....	81

APRESENTAÇÃO

Na ausência de um rigor normativo dos textos acadêmicos, este espaço poderia receber o título de Editorial. Não, necessariamente, de autoria exclusiva do Editor, mas da coletividade dos Organizadores da Revista como um todo.

E assim é exatamente porque há uma realização científica completa com o vir a lume de mais um número da Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Não somente pelo fato do nascimento literário em si, mas pelo convencimento presente e reinante entre os Organizadores da Revista de que há qualidades nos textos que elevam, e muito, o nível da publicação.

A Revista Eletrônica **Fas@Jus** se mostra segmentada, para efeitos de organização e leiaute interno. A primeira seção é sempre solteira em conteúdo, pois a **Entrevista** é peça sem companheirismo no espaço. E sequer haveria necessidade de mais de uma, quando se pensa no conhecimento externado, na vivência demonstrada e na detenção de qualidades jurídicas que caracterizam o entrevistado, o Representante do Ministério Público, **Ivan Eleutério Campos**. Ao tratar das questões eleitorais, o entrevistado, como Promotor com funções eleitorais em Montes Claros, responde a questionamentos com maestria ímpar.

A segunda seção é ponto de divulgação dos textos dos Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Embora a Revista seja do Curso, não é *dos Professores do Curso*. Assim, o segmento é destinado a, no máximo três textos científicos de autoria de Professores da Casa. A Professora **Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales** ocupa do tema **alimentos gravídicos**, analisando a Lei 11.804, de 5-11-2008, não somente pelo seu aspecto formal, mas, por acréscimo, com a visão prática da sua aplicabilidade. Como trabalho científico que é, o texto apresenta críticas pontuais, mostrando a inviabilidade da obtenção do fim social ao qual a Lei em comentário se destina, devido às dificuldades do andamento de um processo judicial em face do inexorável caminhar de uma gravidez, cuja trajetória tem curso sem ato de enfrenar. De fato, uma vez iniciada e exceto em havendo uma interrupção por afecção ou provocada por meios mecânicos, uma gravidez não espera por nada:

desenvolve-se por si só. De lado oposto, uma ação judicial na qual se clama por alimentos para robustecer essa própria gravidez, se não célere e compatível com o evento, tornar-se-á inócua pelo menos quanto ao adjetivo “gravídicos”. É o que mostra a autora, com o que se pode chamar de estudo de caso.

Também há um artigo científico de autoria do Professor **Richardson Xavier Brant**, que utiliza os seus conhecimentos jurídicos recheados de experiência prática, em razão de ser mais do que um Juiz de Direito e Juiz Eleitoral, também o Juiz Diretor do Foro Eleitoral da Comarca de Montes Claros, para mostrar os bons motivos pelos quais **deveriam ser as campanhas políticas financiadas com verbas públicas**. A exposição, em complemento, prova o sucesso do financiamento público das campanhas eleitorais virá de uma fiscalização firme em relação à prestação de contas do dinheiro empregado na campanha, por ser dinheiro oriundo do orçamento público.

Inicialmente paradoxal, o tema central do artigo do Professor Richardson Xavier Brant conduz o leitor a entender como o financiamento das campanhas políticas com o dinheiro do público ainda ficaria mais barato à sociedade do que a captação de verbas com pessoas que, em vez de doar valores para a campanha política de quem tem ideias convergentes com as suas, tratam a entrega de valores como um “investimento” pelo qual espera retribuição “cem por um, cinquenta por um, trinta por um”, em uma inversão da aplicabilidade do texto bíblico. E este “retorno do investimento” será obtido de maneira ímproba, ilícita, em detrimento dos cofres públicos, cujo elemento que os enche é, exatamente, a contribuição feita pelo público. O mesmo público que poderia financiar campanha política com valores na proporção de “tanto por tanto”, para ficar em expressão jurídica.

Uma terceira seção da Revista Eletrônica **Fas@Jus** é ocupada pelos Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Assim, comparecem Acadêmicos capazes abordando temas de Direito que se mostravam, até então, carentes de melhor análise. O primeiro artigo científico da seção é de **Cyntia Cybelle Pinheiro Barbosa**, enfocando o **sistema punitivo**, com uma visita aos tempos antigos – possível apenas por meio

da história – até os dias atuais, passível de uma confrontação física, em querendo o leitor, uma vez que a concretização do sistema prisional é marcado pelos presídios, em termos físicos, e seus interiores (físicos e quanto aos procedimentos neles existentes e praticados). Outro artigo científico da seção é da lavra da Acadêmica **Andréia Coutinho Santos**, que entrou em detalhes quanto aos métodos de se calcular **juros e correção monetária nas liquidações judiciais**. Mostra o texto, inicialmente, que a Lei atribui atualização monetária a partir de pontos fixados em razão da matéria. E, a busca por este ponto inicial para colocar os valores pecuniários compatíveis com a época em que há a percepção por parte do beneficiário da Sentença, foi a tarefa da qual se desincumbiu a autora.

O terceiro e último texto da seção é escrito pelo Acadêmico **Vânio Soares Guimarães**. Sob o título “**Teoria dos Limites dos Limites**”, o texto científico mostra quais as limitações ao poder de legislar que devem ter os autores das leis referentes aos direitos fundamentais. A limitação, pelo que descreve o autor, não se trata necessariamente de um teto, mas o interstício que balança entre a restrição e o ponto máximo e extremo previamente fixado pelo texto constitucional, em espécie direta ou por meio de normas programáticas, além dos princípios de observância obrigatória no segmento.

A Revista ainda traz uma seção destinada à publicação dos textos científicos de autoria dos egressos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E as presenças dos hoje profissionais do Direito que um dia figuraram como alunos da FADISA têm, para a Revista Fas@Jus, uma das forças que justifica a sua existência. Afinal, um elo iniciado nos tempos de bancos escolares não se apresenta motivado a se desfazer.

Um dos egressos que comparece é **Igor Ramos Rosa**, hoje Professor Universitário. O seu texto mostra que a **teoria da seleção de fábulas**, presente no livro “A República”, de Platão, é uma forma pedagógica de apresentar para as crianças uma proposta para o comportamento. E essa mesma teoria de seleção de fábulas pode ser **aplicada no ensino jurídico**, como que mostrando o caminho do Direito ou do dever-ser. Também há um artigo científico de autoria de **Lorena Moreira Santos**, que trata da evolução histórica da **responsabilidade civil do Estado**. O texto faz uma composição dos elementos históricos, mostrando a fase em que ordenamento jurídico nacional indicava

a irresponsabilidade civil do Estado, passando pela discussão – sob a égide do Código Civil de 1916 – sobre a responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado e, finalmente, alcançando a responsabilidade objetiva garantida pela Constituição Federal de 1988.

A seção de estreia é a dos autores convidados. A decisão do Conselho Editorial é que tal espaço seja ocupado solitariamente, mas com autores diferentes a cada publicação. O artigo inserido nesta edição é de **Vítor Luís de Almeida**, Juiz de Direito, e abordou o tema “**as relações entre a verdade e a prova sob a ótica do convencimento judicial**”. As palavras carregam o leitor a entender como há a formação do convencimento do julgador, que deve se mostrar necessariamente fundamentado. Para tal, há uma abordagem sobre a prova realizada nos processos judiciais que têm a finalidade não somente de convencimento do Juiz de Direito, mas, principalmente, de descortinar a verdade processual que conduz a uma decisão carregada de justiça.

A Revista se encerra com a seção **Resenha**. O encargo foi atribuído à Professora **Tacyana Karoline Araújo Lopes**, que falou sobre o tema “A Ideia de Justiça de Amartya Sen”. Trata-se, obviamente, de um trabalho crítico focado em uma obra científica, mas a autora da Resenha inicia lembrando de Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, que já trazia a ideia de justiça até hoje estudada em disciplinas como Teoria do Direito e Filosofia do Direito. Como tema central, há uma análise detalhada do livro “A Ideia de Justiça”, de autoria do economista indiano Amartya Sen, com o qual foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1998. A obra, mesmo tendo a Economia como tema principal, traz o Direito e o Desenvolvimento Social como atividades desenvolvidas transversalmente. A forma de exposição no livro “A Ideia de Justiça”, fez de Amartya Sen um autor estudado em vários Cursos de muitas Faculdades em todo o mundo.

Em palavras finais, ficam os agradecimentos aos autores que fazem deste número da Revista Eletrônica Fas@Jus um repositório capaz de textos igualmente qualificados. Com a firme certeza de que a alegria de trazer à luz esta publicação restou renovada. O que se traduz em força na busca do próximo passo, que se materializará na continuidade deste veículo de divulgação científica.

Os Organizadores

ENTREVISTA

Entrevistado: Ivan Eleutério Campos¹

1) Na comemoração, neste ano de 2012, de 80 anos de criação da Justiça Eleitoral, quais são os principais marcos da atuação reconhecidamente eficiente no processo eleitoral?

R: É inegável que o processo eleitoral brasileiro se mostra como um dos mais eficientes do mundo, se não o mais eficiente. A criação das urnas eletrônicas trouxe reconhecido avanço, já que afastou a dúvida comum quanto a real vontade do eleitor – dúvida esta criada pelos próprios interessados – que surgia na interpretação do voto escrito. Também trouxe uma apuração célere, isenta de fraudes, já que os votos recebidos pela urna eletrônica são registrados em mídia que é entregue nos cartórios eleitorais, sendo dali transferidos imediatamente aos Tribunais Regionais Eleitorais, cujos sistemas já apresentam a totalização dos resultados, com indicação dos eleitos e respectivos suplentes, estes quando se trata de eleição proporcional.

2) Nos anos recentes, sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988, revela-se nítida a tendência de combate ao abuso de poder, tanto no campo político quanto econômico. O que – nesse aspecto – é mais significativo para as Eleições de 2012?

R: A meu sentir, o aspecto de maior significado e relevância para as eleições

deste ano é a completa e total aplicação da Lei Complementar n.º 135, de 2010 (LC n.º 135/2010), a chamada Lei da Ficha Limpa. Ela trouxe um maior rigor na análise dos requerimentos de candidaturas, bem como incrementou as sanções aos autores de atos que impliquem em abusos de poder político ou econômico.

3) Quais os temas mais importantes do atual debate sobre o processo eleitoral?

R: Penso que um deles são as discussões a respeito do sistema eleitoral brasileiro, no que concerne à representação proporcional nas Casas Legislativas. Também reputo relevante o debate quanto à sistematização do Processo Eleitoral, com a elaboração de normas processuais específicas. Além disso, é claro, um maior aprimoramento das regras eleitorais para que sejam afastados da disputa dos cargos eletivos aqueles que não apresentam conduta ilibada ou que ostentem em sua vida pessoal ou profissional práticas de atos ilícitos, em qualquer das esferas da vida cotidiana.

4) A Lei da Ficha Limpa (LC n.º 135/2010), fruto de iniciativa da Sociedade Civil organizada, traz que inovações importantes ao processo eleitoral?

R: Como já afirmado anteriormente, ela permite um maior rigor na análise dos

“
A Lei da Ficha Limpa trouxe um maior rigor na análise dos requerimentos de candidaturas...
”

¹ Promotor de Justiça integrante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e designado para as funções eleitorais perante as Zonas Eleitorais de Montes Claros nas Eleições de 2012.

requerimentos de registro de candidatura, já que ampliou as causas de inelegibilidade e afastou da disputa diversos interessados que não preenchem plenamente as condições exigidas em lei para o exercício da capacidade eleitoral passiva, isto é, de ser votado.

5) Quais são os principais desafios, no Brasil, para o aperfeiçoamento do processo eleitoral?

R: Penso ser necessário um estudo mais

aprofundado do sistema de representação nas Casas Legislativas, o estabelecimento de regras processuais próprias e permanentes para o processo eleitoral, bem como definição de regras ainda mais rigorosas para permitir ao brasileiro o exercício da capacidade eleitoral passiva, de forma a permitir que somente aqueles absolutamente íntegros e probos possam concorrer e exercer cargos eletivos, tão caros e importantes ao destino da população brasileira.

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA LEI

Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a efetivação dos alimentos destinados ao nascituro, após a implementação da Lei 11.804/08. Apesar do dispositivo legal em referência, percebem-se, na prática forense, alguns embaraços na concessão dos alimentos gravídicos, seja pela dificuldade no convencimento do magistrado encarregado de apreciar a questão, seja pela morosidade na prestação jurisdicional, que quase sempre deixa de conceder os referidos alimentos, tendo-se em vista a perda do objeto da ação, qual seja, o nascimento da criança. Com esse desfecho, a lei sob comento deixa de cumprir com a sua finalidade, e não prestar a necessária assistência ao ser que está por nascer.

Palavras-chave: Nascituro. Alimentos gravídicos.

ABSTRACT

This study aims to analyze the effectiveness of the right of maintenance for the unborn child, after the implementation of Law 11.804/08. Despite the legal regulations, is perceived in the forensic practice, great difficulties in granting alimony to unborn child, due to the difficulty in convincing the magistrate to examine the question, and the delays in judicial assistance, which almost always fails to provide the required right before the child's birth. With this outcome, the law fails to fulfill its purpose, and does not provide the necessary assistance to the unborn child.

Keywords: unborn child. Alimony to unborn child

INTRODUÇÃO

Os alimentos gravídicos foram introduzidos no Brasil através da Lei n.º 11.804, em cinco de

novembro de 2008. Essa norma regulamentou o direito de a gestante obter, do suposto pai, alimentos que garantam uma gravidez saudável.

A referida Lei aplacou tormentosa questão na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da possibilidade de concessão de alimentos ao nascituro, legitimando a própria gestante a pleitear, em nome próprio, verba para manutenção de sua gravidez, deixando de lado a discussão acerca da existência ou não da personalidade de quem está por nascer.

Porém, outras barreiras estão sendo estabelecidas na busca pela efetivação do direito aos alimentos no período gestacional. A primeira delas é de cunho subjetivo, e esbarra no livre convencimento do julgador que, deverá fixar os alimentos gravídicos quando estiver convencido de que haja indícios de paternidade.

A outra dificuldade encontrada na aplicação da Lei sob análise é a falta de mecanismos eficazes da justiça para apreciar a questão em tempo hábil, haja vista que a morosidade na solução das demandas dessa natureza, acarreta a perda do seu objeto, pelo transcurso do tempo, alcançando o fim da gravidez, com o conseqüente nascimento da criança.

Ao longo do presente trabalho se pretende evidenciar a Lei dos alimentos gravídicos, bem como as dificuldades de sua implementação, através da análise de casos concretos, cujas ações tramitaram na Comarca de Montes Claros, Minas Gerais.

1 Alimentos em Direito de Família

Os alimentos são verbas fixadas para prover as necessidades imprescindíveis para a vida de quem não tem condição de manter a si próprio. Como lembra Lobo (2008), são valores não somente destinados à alimentação propriamente dita, como também abrangem o necessário para a subsistência como vestuário, saúde, educação,

¹ Advogada. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Ciências Penais. Inscrita no Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires.

transporte, moradia, e tudo o mais que for essencial à manutenção de uma vida digna.

No Direito de Família, segundo Diniz (2010), os alimentos têm por fundamentos a preservação da dignidade da pessoa humana, bem como a solidificação da solidariedade social e familiar, já que, para a autora, a obrigação de prestar alimentos se justifica em razão do parentesco, do vínculo conjugal ou da convivência familiar.

Reforçando os argumentos acima, Farias e Rosenvald (2010, p. 666) afirmam: “a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica.”.

Neste viés, segundo Lobo (2008), fazem jus à percepção de alimentos as pessoas naturais, provenientes de relação de parentesco, de casamento e de união estável, além dos idosos que não tenham condições de manter a si próprios.

Aponta Lobo (2008), como a principal relação de parentesco geradora de alimentos, a existente entre pais e filhos, pois decorrem do dever de sustento, como também poderá advir da obrigação de prestar alimentos.

Sobre a distinção das duas circunstâncias geradoras de alimentos, esclarece Diniz (2010, p. 591):

Não se pode confundir a obrigação de prestar alimentos com os deveres familiares de sustento, assistência e socorro que tem o marido em relação à mulher e vice-versa e os pais para com os filhos menores, devido ao poder familiar, pois seus pressupostos são diferentes. A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, e só é exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que os deveres familiares não têm o caráter de reciprocidade por serem unilaterais e devem ser cumpridos incondicionalmente.

Na relação paterno-filial, a obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos vai além dos deveres decorrentes do poder familiar, pois permanecerá, ainda, nos casos de destituição do referido poder e poderá ser mantido, mesmo depois que o filho atingir a maioridade, como lembrado por Farias e Rosenvald (2010). Basta, para tanto, que seja demonstrado, pelo filho, a necessidade de manutenção.

Percebe-se, portanto, que o dever alimentar dos pais para com os filhos é bem mais abrangente do que os alimentos fixados noutras situações familiares também merecedoras dessa prestação, justificado inclusive por norma constitucional, já que no art. 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está determinado: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

Porém, apesar da importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao dever de alimentar na relação paterno-filial, no que concerne à obrigação de prestar alimentos ao nascituro, antes da Lei que instituiu os alimentos gravídicos não era consenso, entre os doutrinadores e tribunais pátrios, a constituição da obrigação alimentar nessa circunstância.

Segundo Dias (2009), havia uma tendência ao reconhecimento da obrigação alimentar paterna somente depois do nascimento do filho. Momento a partir do qual estaria o filho autorizado a se dirigir a um Tribunal em busca do direito alimentar. É que, segundo o Código Civil, art. 2.º, primeira parte, é com o nascimento com vida que há o início da personalidade civil.

Desconsiderava-se, dessa forma, o disposto no Código Civil Brasileiro de 2002, art. 2.º, *in fine*, que determina a preservação dos direitos do nascituro desde a sua concepção; neles compreendidos, inclusive, o direito de nascer.

Muito embora fosse esse o entendimento predominante – a obrigação e prestação de alimentos somente após o nascimento – alguns visionários e entendedores do verdadeiro sentido da prestação alimentar já disseminavam a ideia de que a obrigação alimentar poderia começar antes mesmo do nascimento, a fim de garantir ao nascituro um desenvolvimento saudável, com conseqüente nascimento viável.

Esse pensamento é compartilhado por Pablo Stolze Gagliano². Já em 2006, muito antes da Lei 11.804/08, ele já defendia a ideia de que havia o dever alimentar do companheiro reconhecido ao filho que estaria por nascer, por ser injusta a situação de a mãe ter que arcar, sozinha, com todas as despesas decorrentes da gestação. E justificavam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 86) antes mesmo da norma em comentário: “Tal matéria, embora não seja objeto de legislação expressa, pode ser reconhecida judicialmente em

² Doutrinador e Juiz de Direito no Estado da Bahia.

função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento.”.

Assim, alguns Tribunais concediam ao nascituro a possibilidade de receber alimentos do suposto pai. E outros Tribunais, negavam-lhe esses direitos. E nessa circunstância, seria a mãe a única responsável por garantir ao ser que ainda não nasceu, o direito a um desenvolvimento regular e a um nascimento saudável.

2 Alimentos Gravídicos e os Problemas na sua Aplicação

Como anteriormente noticiado, a Lei n.º 11.804/08 instituiu os alimentos gravídicos no Brasil a fim de auxiliar a mulher grávida na sua manutenção, desde a concepção ao nascimento de seu filho, para atender às necessidades de sua situação especial no que se refere à alimentação diferenciada, à assistência médica e psicológica, à locomoção, aos exames pré-natais, aos medicamentos e demais prescrições médicas atinentes a essa condição. Além disso, como lembrado por Farias e Rosenthal (2010), a fixação dessa verba alimentar deve abarcar, também, as despesas necessárias à formação do enxoval do bebê que está por vir.

Para a fixação da verba alimentar nessa circunstância, o juiz deverá levar em conta a situação econômica paterna, considerando também, a contribuição da própria mãe na proporção de seus recursos. Observará, ainda, como na fixação dos alimentos devidos aos filhos, o binômio possibilidade/necessidade, bem como o princípio da proporcionalidade.

A Lei sob comento determina que os alimentos deverão ser fixados a partir do mero indício de paternidade, deixando a cargo do suposto pai, para se ver livre da obrigação alimentar, a prova de que não existe entre ele e o nascituro relação paterno-filial.

Embora ainda muito cedo para se avaliar, diante da novidade da Lei em questão, o que se observa até o momento é que a concessão dos alimentos na gravidez se efetiva com tranquilidade, quando proveniente de uma relação matrimonial por força da presunção operada no art. 1.597, inciso II, do Código Civil brasileiro de 2002. Traz assim gravado desse Código:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
II – nascidos nos trezentos dias

subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

Observa-se, ainda, que, quando da existência de uma união estável reconhecida, para que haja a concessão dos alimentos na gravidez, aplica-se, analogicamente, a mesma presunção aplicada ao matrimônio. Daí, ser também tranquilo o reconhecimento do direito disposto na Lei n.º 11.804/08.

Em outras relações, porém, não é tão simples evidenciar o vínculo de paternidade/filiação essencial para a concessão dos alimentos na gravidez. Para se conceder os alimentos gravídicos, o juiz deverá se basear em mero indício de paternidade, não se exigindo, segundo Farias e Rosenthal (2010), uma prova irrefutável da perfilhação. Entretanto, a análise indiciária é subjetiva, e o que é indício para alguns magistrados, não o será para outros.

Se não bastasse a fragilidade da análise indiciária proposta pelo legislador, relações há em que não é possível constatar nenhum indício de paternidade, seja pela efemeridade dos relacionamentos, seja pela clandestinidade na forma como eles se perfazem, o que dificulta a produção de provas nessas circunstâncias, impossibilitando a concessão dos alimentos pleiteados pela gestante.

Quando da determinação da necessidade da produção da mera prova indiciária, o legislador excluiu a necessidade da realização do exame do DNA, pois para muitos doutrinadores (FARIAS; ROSENVALD, 2010), apesar de ser prova irrefutável, traria riscos ao nascituro.

Assim, a fixação dos alimentos gravídicos deverá ser baseada no livre convencimento do juiz. E como dito, o que convence a um julgador não necessariamente convencerá a outro. Uma fotografia, por exemplo, que para um magistrado poderá ser considerada como um forte indício de paternidade, nem sempre se apresentará como eficaz para convencer a um outro.

Na prática forense se observa que, não se convencendo o juiz da prova documental apresentada na inicial, tratam de marcar uma audiência prévia para a oitiva da mãe, e quando citado, também do suposto pai, para averiguar os indícios de paternidade.

Só que nem sempre essa audiência se mostra viável, pois quando se consegue um lugar na apertada pauta de audiências, a grávida, a ser

ouvida, já não se encontra em situação que lhe permita assumir compromissos pelo avançar da gravidez. Em outros casos, mesmo com a oitiva da mãe, não ocorre o convencimento do magistrado, necessitando, dessa forma, de uma maior dilação probatória. E nessa corrida contra o tempo, sempre quem perde é o nascituro, que deixa de ser assistido no seu período gestacional.

Ante as dificuldades probatórias nessa seara da intimidade das pessoas, o julgador deveria conceder os alimentos pleiteados sempre que estiver diante de uma situação de paternidade provável, e deixar a cargo do suposto pai, a prova de que não é o responsável pela gravidez da gestante autora.

Ademais, a prática forense tem demonstrado que dificilmente uma mãe procura o Poder Judiciário sem que haja qualquer chance de ser o verdadeiro pai do filho que carrega, quem ela aponta como suposto pai.

Ao se negar a fixar os alimentos gravídicos, o Judiciário estabelece privilégios aos supostos pais negligentes, os quais se aproveitarão do benefício da dúvida para não efetivar a tão festejada paternidade responsável. E deixam, por sua vez, de contribuir com o regular desenvolvimento gestacional de seus filhos.

Outro problema de ordem prática com que se tem deparado para a efetivação da Lei dos alimentos gravídicos é a falta de aparelhamento do judiciário para a apreciação rápida conforme a necessidade que a Lei em análise impõe.

Se for observado o trâmite regular das ações de alimentos para os já nascidos, pouca serventia teria a determinação legal em questão. Pois até se chegar à fixação, o nascituro já haveria nascido e, portanto, perder-se-ia o objeto da ação proposta para assegurar o direito a receber alimentos durante a gravidez.

Há, nas ações de alimentos gravídicos, uma verdadeira corrida contra o tempo, as quais devem ser resolvidas antes do termo da gravidez, a fim de assegurar os direitos de quem está sendo gestado, bem como, a titularidade da gestante autora, para a proposição da ação em destaque.

Porém, das muitas dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para garantir o trâmite célere dessa ação, pode-se destacar, como uma das principais, a promoção da citação válida, em tempo hábil, do suposto pai.

Muitas vezes, quando se consegue citar validamente a parte indicada como suposto pai, para a regular composição do polo passivo da ação em

referência, isso só se verifica após o nascimento da criança. Como ela (a criança) não figurou no polo ativo da ação de alimentos gravídicos proposta por sua mãe, não está legitimada para nela prosseguir. Além do mais, não existe, nesse referido momento tardio, uma gravidez, requisito essencial para o prosseguimento da demanda em epígrafe. O que resulta, por conseguinte, na extinção do feito.

Citam-se, para ilustrar, as duas situações elencadas, quais sejam, o problema do livre convencimento do julgador quanto ao indício de paternidade e a falta de aparelhamento judicial para as demandas dessa natureza. Mas, há outros pontos, presente em ações judiciais que tramitaram em Montes Claros, Minas Gerais, perante as Varas de Família.

A primeira a ser analisada será a ação de alimentos gravídicos, cujo processo é o de número 0433.09.275732-0, ajuizada em 19 de março de 2009, logo no início da vigência da Lei em estudo.

A referida ação tinha por Requerente CLS, que após um curto relacionamento amoroso com RJDS, veio a se engravidar dele. Mesmo já se conhecendo desde a infância, apenas em julho de 2008, Requerente e Requerido iniciaram o namoro na total clandestinidade, sem o conhecimento sequer dos familiares de qualquer deles. E em novembro do mesmo ano se constatou a gravidez da Requerente. Ocasão em que Requerido não mais quis dar prosseguimento ao relacionamento, negando-se a reconhecer a paternidade do nascituro em referência.

A ação sob comento frustrou-se, primeiramente, pela falta de convencimento do juiz competente para julgá-la, acerca da probabilidade de ser o Requerido o pai da criança que estava por nascer. Apesar das fotografias e mensagens, juntadas aos autos, comprobatórias do relacionamento entre Autora e réu, o juiz não se convenceu dos indícios de paternidade. Negou, portanto, a concessão liminar dos alimentos pleiteados.

Não se convencendo da prova indiciária trazida com a inicial, o juiz determinou a citação do Requerido sem fixar alimentos. Com essa medida, evidenciou-se outro problema na efetivação do direito assegurado pela Lei dos alimentos gravídicos.

Como não havia a fixação dos alimentos liminarmente, fator preponderante para o comparecimento do réu nas demandas judiciais, a fim de apresentar sua defesa – uma vez que sua inércia ocasiona um significativo aumento do seu

débito – ao tomar conhecimento da ação ajuizada, o Requerido se furtou, o quanto pôde, à citação. Tinha ciência de que dependeria de sua integração à lide para que os alimentos fossem fixados, visto que a prova carreada pela Autora não foi suficiente para a constituição do direito pleiteado.

Sabia também que quanto mais demorasse a comparecer em juízo, maior a probabilidade de se perder o objeto da citada ação, pois ocasionaria o nascimento da criança, e deixaria de contribuir com o sustento de sua filha durante todo o período gestacional. Situação que faria restar à criança, após o seu nascimento, iniciar uma nova demanda em busca do reconhecimento de sua paternidade, bem como dos alimentos para a sua manutenção.

Embora seja entendimento doutrinário (DIAS, 2009; FARIAS; ROSENVALD, 2010) de que os efeitos dos alimentos gravídicos retroagirão à concepção e não à citação, no caso sob comento, como não houve a citação, não houve, por conseguinte, a constituição da obrigação alimentar, e com o nascimento da criança, a ação de alimentos gravídicos perdeu o objeto.

Achou-se por bem, nesse caso, desistir da ação que concederia os alimentos durante o período de gravidez, e como já havia se configurado o nascimento da criança MCS, ajuizou uma ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos para que a criança pudesse agora usufruir do benefício que poderia ter sido concedido anteriormente à sua mãe, quando da sua gestação.

A Requerente CLS, à época em que moveu a ação para a consecução de alimentos gravídicos, estava desempregada. E com o advento da gravidez, maiores dificuldades encontrou para conseguir um emprego que lhe facultasse manter sua gravidez com dignidade. Teve que suportar todo o ônus comum ao seu estado, sem a contribuição do antigo namorado, contando apenas com a ajuda de amigos e familiares, para suprir a todas as necessidades provenientes da gravidez.

No caso em análise, mais de três anos após o ajuizamento da ação em que se pleiteavam os alimentos gravídicos, até a presente data, não houve um pronunciamento judicial que concedesse à criança MCS uma tutela que lhe garantisse melhores condições de subsistência. E seu pai continua sem ter constituída a obrigação alimentar, embora já se tenha comprovada a paternidade através do exame de DNA. A ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos continua

em curso aguardando a homologação do acordo entabulado pelas partes.

Em reforço aos argumentos aqui defendidos, destaca-se também a ação em que se pleiteava alimentos gravídicos na mesma Comarca, ajuizada em dezembro de 2010, processo de número 0115552.89.2010, a qual teve o mesmo desfecho da ação anteriormente analisada.

Antes da citação do suposto pai, não houve a fixação da pensão pleiteada, por falta do convencimento acerca dos indícios de paternidade. E nas várias tentativas infrutíferas de fazer com que o requerido integrasse a lide, ocorreu o nascimento da criança e, portanto, restará mais uma vez, à criança, que deveria ser a parte protegida na demanda, pleitear seus direitos em ação diversa. Tudo levando a ocasionar, por conseguinte, a não efetivação dos direitos garantidos pela Lei n.º 11.804/08.

Percebe-se que se o Judiciário brasileiro mantiver posicionamentos como os aqui apresentados, além de ignorar interesses maiores em jogo, como a vida, bem maior a ser protegido, afrontará outros preceitos constitucionais que tutelam a efetiva prestação jurisdicional, além de desconsiderar por completo à Lei recém-editada.

A Lei dos Alimentos Gravídicos determina a conversão dos alimentos fixados durante a gravidez em alimentos ao filho recém-nascido, destacando, desta feita, o princípio da economia processual. Objetiva com essa mudança de titularidade, evitar a formação de novas demandas após o nascimento da criança gestada. Todavia, não havendo a fixação dos alimentos nas ações em que se pleiteiam os alimentos com esta característica em destaque, após o nascimento é que o filho deverá procurar o Judiciário para ter reconhecida a sua paternidade, bem como se ver provido do necessário ao seu sustento e manutenção.

Por isso, para evitar que a Lei n.º 11.804/08 seja fadada ao insucesso, ou mesmo que seja aplicada somente nas relações matrimoniais e nas uniões estáveis devidamente reconhecidas, necessária se torna uma uniformização de procedimentos ágeis nas ações que tenham por objeto o recebimento dos alimentos durante a gravidez para se estabelecer na prática forense a consecução dos direitos garantidos pelo legislador. O que levaria a evitar a perpetuação de injustiças como as que restaram demonstradas no presente estudo.

3 Considerações Finais

Com a finalidade de implementar regra constitucional que impõe à família assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde e à alimentação, a Lei n.º 11.804/08 veio consolidar a divisão igualitária desse dever a ambos os pais, desde o momento da concepção de seus filhos.

Garante à mulher grávida, diante de indícios de paternidade, pleitear alimentos do suposto pai, os quais serão fixados desde a concepção, em favor da mãe, e perdurarão após o nascimento, transformando-se em pensão alimentícia, em favor filho.

Entretanto, para alcançar esse benefício, problemas de ordem prática têm surgido nos tribunais brasileiros, e têm sido verdadeiros entraves na concessão dos alimentos gravídicos.

Observa-se até aqui, que a não concessão *in limem* da medida, associada às dificuldades na citação do suposto pai, que se furta deliberadamente a integrar à lide proposta, inviabiliza a aplicação da Lei dos alimentos gravídicos.

Como a mãe, carecedora de alimentos, nem sempre consegue provar num curto espaço de tempo, com provas irrefutáveis, quem é o responsável por sua gravidez, suporta todo o custo adicional do período gestacional.

Diante do que apregoa o princípio da paternidade responsável, e o que era a real intenção do legislador quando editou a lei em referência, caberia ao julgador o dever de impor o pagamento dos alimentos pleiteados. E somente após essa medida, determinar a citação do suposto pai, que certamente não se furtaria à citação.

Com esse posicionamento, ter-se-iam garantidos ambos os interesses. Os do suposto pai, que teria a possibilidade de apresentar defesa imediata quanto à paternidade afirmada na inicial, livrando-se, por conseguinte, da obrigação imposta, se inveridicamente lhe atribuída; e, principalmente, os interesses do nascituro, pois, teria assegurado um auxílio para que tenha um período gestacional saudável, bem como a garantia do direito de nascer.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL, Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 nov. 2008.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. V. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. v. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. II. 24. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

A INSUFICIÊNCIA DO FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS PARA O COMBATE AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Richardson Xavier Brant¹

RESUMO

Este artigo procura abordar o tema do financiamento público de campanhas eleitorais, sustentando-se o argumento de que esse financiamento deve ser exclusivamente público. Para que isso tenha eficácia, defende-se a adoção de rigorosa disciplina, na prestação de contas à Justiça Eleitoral, dos recursos captados e aplicados pelos partidos e candidatos. O aperfeiçoamento democrático e do sistema eleitoral e partidário, no Brasil, neste limiar de século e milênio, depende de edição legislativa que garanta ao eleitorado a independência financeira dos candidatos e partidos como modo de coibir o abuso de poder econômico.

ABSTRACT

This article addresses the theme related to the public funding of election campaigns, supporting the argument that this funding must be exclusively public. So that it is effective, the adoption of a strict discipline is defended, in the accounting to the Electoral Court, of the raised and applied resources by the parties and candidates. The democratic improvement and of the electoral and party system, in Brazil, at this threshold of century and millennium, depend on legislative issue that ensures to the electorate the financial independence of candidates and parties as a way to curb the abuse of economic power.

1 Introdução

Não foram suficientemente submetidos à análise da sociedade civil organizada os estudos e propostas de reforma do sistema político-partidário

e do sistema eleitoral, no debate que se iniciara, no âmbito do Congresso Nacional, desde abril de 1995, ainda no início do Governo de Fernando Henrique Cardoso. O objetivo da Comissão Provisória então criada seria estudar, ampliar o debate e amadurecer a compreensão da reforma política necessária ao aperfeiçoamento do sistema democrático no Brasil.

Entre as principais propostas destacam-se a introdução do voto distrital misto, a extinção das coligações proporcionais para o Poder Legislativo, a filiação partidária e o domicílio eleitoral, a disciplina da fidelidade partidária e as regras de restrição à divulgação de pesquisas eleitorais. No que interessa mais de perto nesse estudo, assume especial destaque a discussão acerca do financiamento público de campanhas eleitorais como meio de prevenir e coibir o abuso de poder econômico nas eleições.

A Lei 9.504/97, editada com o objetivo de criar normas estáveis para as eleições, previu em seu artigo 79: “o financiamento de campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinada por lei específica.”. Embora não encontre resistência declarada em segmento algum da classe política, ainda não houve a edição da “lei específica”, registrando-se a existência de questionamentos quanto à oportunidade de sua elaboração.

Propõe-se, neste estudo, abordar o tema polêmico do financiamento público de campanhas, sob a perspectiva de que um dos mais graves problemas atuais da democracia brasileira é a apropriação do Estado pelas elites econômicas e que isso se realiza, em larga medida, em virtude da grande influência de pesados “investimentos financeiros” feitos por grupos nem sempre identificados, porque clandestinos, nas campanhas eleitorais.

¹ Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Exerce, atualmente, as funções de Juiz Eleitoral da 184.ª Zona Eleitoral e Diretor do Foro Eleitoral em Montes Claros. É Professor dos Cursos de graduação e Pós-Graduação na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) e nas Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros. É Mestre em Desenvolvimento Social pela Unimontes e doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA).

Parte-se da ideia de que a democracia brasileira, entre os avanços e retrocessos de um longo processo de construção², exige eleições justas e livres. Compreende-se assim um processo de escolha de governantes em que prevaleçam minimamente os princípios da liberdade de convicção do eleitor e da efetiva igualdade de oportunidades entre os candidatos, como dois aspectos necessários e complementares do princípio de igualdade política.

A Justiça Eleitoral, com a implantação do voto eletrônico, praticamente impossibilitou a prática de fraudes, tornando certa e imune a violações a manifestação de vontade do eleitor quando de seu comparecimento para o exercício do direito de sufrágio.

Resta o desafio de assegurar que o convencimento do eleitor, ao menos no período de propaganda eleitoral³, faça-se também de maneira livre e sem aliciamento, sem compra de votos nem quaisquer outras formas de pressão e cooptação.

Para que seja afastado ou minimizado, tanto quanto possível, o abuso de poder econômico, são exigidas várias alterações legislativas cuja implementação, para que sejam efetivas, hão de ocorrer *pari passu* com o exclusivo financiamento público de campanhas.

Algumas dessas alterações legais consideradas necessárias integram as propostas de reforma. Poder-se-iam mencionar, entre as mais importantes – além do financiamento público – a introdução do voto distrital misto, e as regras que restringem a divulgação de pesquisas eleitorais como “estratégia de *marketing* político-eleitoral.” (MEZZARROBA, 2004, p. 295).

Ao se basear em um modelo de democracia em que os atores políticos agem com racionalidade⁴,

Anthony Downs entende que assim pondera o eleitor, quando se orienta para a escolha de partidos ou candidatos em eleições:

Num sistema multipartidário, estima o que crê serem as preferências de outros eleitores; daí age do seguinte modo: a. Se seu partido favorito parece ter uma razoável chance de vencer, vota nele; b. Se seu partido favorito parece não ter quase nenhuma chance de vencer, vota em algum outro partido que tenha uma chance razoável, a fim de impedir que vença o partido que menos apóia. (DOWNS, 1999, p. 70).

O questionamento sobre a possível manipulação de resultados de pesquisas eleitorais de intenção de voto avalia se isso não tem servido de induzimento ao chamado voto útil. Tem-se em conta que os eleitores, racionalmente orientados, votarão no candidato que tem mais chance de vencer, ou em outro candidato que também concorra com chance de vencer, no intuito de impedir que vença um candidato que o eleitor menos prefira, mesmo que não seja este candidato escolhido o de sua preferência.

A defesa da introdução do voto distrital misto no Brasil tem-se baseado no argumento de que esse sistema pode diminuir a distância entre representantes e representados. Seriam criados distritos nos Estados e combinados os sistemas majoritário e proporcional. Os candidatos concorreriam nos distritos, em votação uninominal, pelo sistema majoritário; e em listas, em votação plurinominal, pelo sistema proporcional. Cada sistema preencheria metade do número de vagas⁵.

Definido esse panorama das principais propostas discutidas no âmbito da reforma eleitoral

² “A ‘abertura democrática’ tem início com Geisel em 1974, com mudança do ‘tom do discurso’ que evidenciava a antecipação de uma crise de legitimidade do regime estabelecido e que até então se sustentava no desenvolvimento econômico. Mas é, no ano de 1979, com Figueiredo, que acontecem a Anistia Política e a Reforma Partidária, o que contribui significativamente para a eclosão de manifestações de descontentamento popular. Nessa onda, o movimento das ‘Diretas Já’, em 1984; a eleição de Tancredo Neves e, logo a seguir, o movimento para a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.” (CARVALHO; QUADRA, 2000, p. 378-380).

³ “A mídia, com seu poder de alcance de massa, serve de instrumento de legitimação e de imposição hegemônica e, assim, divulga cotidianamente notícias que evidenciam determinados candidatos e partidos, bem como mensagens que levam à despolitização do eleitor.” (MILIBAND, 1972, p. 268).

⁴ Utiliza, ele, do conceito de racionalidade na teoria econômica. Para tanto, esclarece que “o termo *racional* nunca é aplicado aos fins do agente, mas somente a seus meios. Isso resulta na afirmação de *racional* como eficiente, isto é, maximizar o produto no caso de um dado insumo, ou minimizar o insumo no caso de um dado produto.” (DOWNS, 1999, p. 27).

⁵ O sistema distrital misto permite outras variações, como listas fechadas ou abertas na votação proporcional, com a possibilidade de os candidatos concorrerem nos dois sistemas, cláusula de barreira para os partidos que não lograrem obter pelo menos 5% (cinco por cento) dos votos ou de obter votos em um mínimo de distritos, etc. Para uma pesquisa mais completa ver a obra *Sistemas Eleitorais*, de Jairo Nicolau. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

e político-partidária, pode-se passar, agora, ao tema principal deste estudo: o financiamento público de campanhas.

2 O financiamento Público e a Imprescindibilidade de Alterações Legislativas

Nesse desiderato de contenção ao abuso de poder econômico, o financiamento público de campanhas, de par com a vedação ao financiamento privado, assume aspecto importante, diria mesmo imprescindível, para a consecução de tal objetivo.

A referência a outras medidas consiste em específicas alterações da legislação eleitoral para melhor disciplinar a prestação de contas de gastos realizados em campanhas eleitorais, a fiscalização do emprego de recursos destinados a campanhas eleitorais e as sanções que devem ser preconizadas legalmente pela violação dessas regras⁶.

Sustenta-se que, embora seja estritamente necessário o exclusivo financiamento público de campanhas eleitorais, tal proposta de reforma se mostra insuficiente para coibir os abusos, se não for acompanhada de vedação ao recebimento de recursos privados e de um rigor maior na fiscalização e no controle do emprego de recursos nas campanhas. O que se quer evitar é o recebimento clandestino de recursos privados como meio de burlar a vedação legal.

Tenha-se em conta que é relevante a objeção de que alguns partidos, candidatos ou coligações poderiam receber recursos públicos e, em não havendo rigoroso controle dos recursos arrecadados e efetivamente aplicados, arrecadar e aplicar também recursos oriundos de pessoas físicas ou jurídicas privadas. Situação em que a desigualdade não será evitada, mas ainda mais comprometida pela concorrência de fundos públicos para sua efetivação.

Para que seja possível conter o abuso, defende-se a adoção de um sistema de controle do emprego de recursos em campanhas eleitorais

que se baseará em quatro aspectos fundamentais: a) recebimento e emprego exclusivo de recursos públicos; b) divisão equitativa dos recursos entre os partidos, criando-se um piso e um teto, respectivamente para as agremiações menores e maiores, sempre considerando a representação na Câmara dos Deputados; c) o emprego de recursos deveria ser orientado por um plano de gastos previamente apresentado à Justiça Eleitoral, o qual norteará um controle pormenorizado dos recursos recebidos e empregados; d) a aplicação da sanção de perda de mandato aos infratores das normas que empregarem recursos além daqueles repassados publicamente, pela configuração de ato de improbidade que compromete a moralidade do candidato e o impede de assumir um cargo público eletivo⁷.

O controle dos recursos empregados em campanhas eleitorais, por se tratarem de verbas públicas, far-se-ia pelo Tribunal de Contas da União, em auxílio à Justiça Eleitoral, dentro de prazo suficiente para viabilizar a preparação de decisão judicial sobre a prestação de contas. Isso para que se viabilize a apreciação de impedimento do candidato à assunção do cargo para o qual concorreu. O candidato infrator estaria impedido de assumir o cargo por não deter condições de probidade e moralidade exigidas constitucionalmente. Isso garantiria, em acréscimo, o princípio constitucional da legitimidade republicana e democrática das eleições. Essa é a sanção adequada pela prática de ato ilícito em violação às normas que regulam o financiamento de campanhas.

3 Partidos Políticos

Os partidos políticos, na concepção do sistema representativo desenvolvido por Kelsen, cumprem o papel de evitar a distância e afrouxamento de laços entre eleitores e eleitos. As agremiações partidárias constituem um elo entre a sociedade civil e o Estado, entre o governado e o governante, entre o cidadão/mandante e o escolhido/mandatário (KELSEN, 2000, p. 153).

⁶ A Resolução n.º 23.376/2012 disciplina, para as eleições de 2012, a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros nas campanhas eleitorais. O capítulo III, Seção II, da referida Resolução, em seu artigo 32 e parágrafo único, dispõe sobre recursos de origem não identificada. Esse Regulamento trata com maior rigor essa matéria, confirmando tendência atual de aperfeiçoamento gradativo da disciplina legal de captação e emprego de recursos financeiros em campanhas eleitorais com vistas ao combate ao abuso de poder econômico.

⁷ A Lei Complementar n.º 135/2010, conhecida Lei da Ficha Limpa, ampliou, de forma significativa, as hipóteses de inelegibilidades e possibilitou o cancelamento do registro ou a cassação do diploma em caso de abuso de poder econômico.

Os partidos sustentam, desse modo, o sistema democrático, favorecendo a apresentação de programas de governo e gestão aos eleitores. Tais programas são previamente submetidos à crítica e ao aperfeiçoamento pelas discussões no âmbito interno da agremiação. Os vários projetos de vida, interesses particulares de grupos, princípios e valores dos múltiplos segmentos sociais encontram, no interior do partido político, campo próprio à veiculação.

A seguinte passagem, que coloca no centro do debate a questão da representação, corrobora esse entendimento: “O princípio de que só se deve admitir a existência de um partido, com a finalidade de assegurar a viabilidade do governo, é um elemento comum às ideologias antidemocráticas do fascismo, do nacional-socialismo e do comunismo.” (KELSEN, 2000, p. 153).

A chamada crise de representatividade deixa entrever os contornos dessa questão crucial para o aperfeiçoamento e consolidação da democracia. Em estudo sobre os mecanismos de participação popular, encontra-se um revelador aspecto dessa questão:

Na verdade, na democracia indireta, dita representativa, cada vez mais se denota que nem sempre a maioria parlamentar exprime os anseios da maioria do povo, gerando uma crise de legitimidade, de consenso. Na medida em que ocorre esse distanciamento, há quebra da estabilidade social. Geram-se leis que carecem de efetividade. A sociedade cria “sistemas paralelos” de resolução de conflitos, porque as “leis do Estado” não alcançam ou não servem para seus problemas. (MELO, 2001, p. 35).

Na formulação kelseniana de uma democracia de partidos, as agremiações partidárias deveriam contar com estrutura interna democrática, depurada de vícios, com livre escolha de seus dirigentes pela base sem qualquer corrupção ou resquício de burocracia, e com financiamentos transparentes e públicos (KELSEN, 2000, p. 154).

Em análise do sistema representativo, em outra passagem, encontra-se a compreensão de que há enfraquecimento do princípio da soberania popular quando, na chamada “república presidencial”, o Poder Executivo é confiado a um

presidente eleito diretamente pelo povo, em vez de ser escolhido pelo Parlamento. E complementa o auto citado: “Realmente, quando à frente da população de eleitores, que conta milhões de indivíduos, está um único indivíduo eleito, a idéia da representação do povo necessariamente perde o seu último resquício de fundamento.” (KELSEN, 2000, p. 154)⁸.

A função do partido político, nesse sentido, seria a de “agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal” e a “organização partidária nasceria de um processo sócio-político que envolveria um conjunto de pessoas com afinidades ideológicas e com um projeto definido de ação de governo.” (MEZZAROBÀ, 2004, p. 84-85).

Todavia, para que os partidos políticos sejam independentes e autônomos, devem ter condições de financiar suas próprias atividades. Os candidatos devem, sobretudo em campanha eleitoral, resguardar-se de receber recursos do setor privado para que os interesses dos eleitores sejam a única matéria de que se ocupará o futuro governante.

Sobre o recebimento de recursos, destaca-se que um “Outro aspecto importante do *fundo partidário*, enquanto instituto, está na possibilidade de os *Partidos* virem a disputar eleições com recurso próprios.” (MEZZAROBÀ, 2004, p. 282).

E destaca o autor o seguinte aspecto:

Isso faz com que eles se desvinculem de qualquer financiamento particular, o que reforça, sem dúvida alguma, a independência e a autonomia dos Partidos frente aos interesses econômicos e políticos de particulares e grupos isolados. [...] a constitucionalização do direito ao fundo partidário possibilita que cada organização partidária financie suas próprias atividades sem precisar depender de doações de pessoas jurídicas privadas ou de pessoas físicas, cuja pressão política acaba freqüentemente ocorrendo. (MEZZAROBÀ, 2004, p. 282).

Se somente forem viáveis candidaturas em que houver emprego de elevados recursos financeiros de origem privada, o poder econômico continuará comprometendo os mandatos e se apropriando do Estado para realização dos

⁸ Não se pode aprofundar, neste estudo, a discussão entre presidencialismo e parlamentarismo.

interesses de minorias. Grupos que, embora sejam minoritários em quantidade, exercem influência e são considerados hegemônicos.

Os interesses dos segmentos mais desfavorecidos da população continuarão relegados a planos secundários, mantendo-os em condição de não-integração e dependência e perpetuando-se – desse modo – a situação atual de injustiças e desigualdades sociais.

De outro ponto de vista, não se pode deixar de reconhecer que o financiamento público coloca os partidos políticos em relação de dependência com o Estado, quando o que se pretendeu – desde a constitucionalização das regras político-partidárias e com a edição da Lei n.º 9.096/95 – foi lhes assegurar autonomia. Essa situação, embora não desejável, parece menos prejudicial.

Foram transformados os partidos de entes de direito público em entidades de direito privado, garantindo-lhes a elaboração autônoma de seus estatutos. O fortalecimento de uma agremiação partidária se efetiva pelo apoio social que logre obter e não por benefícios corporativos oferecidos pelo Estado.

Haverá de ser encontrado, no entanto, um ponto de equilíbrio entre essa situação de relativa dependência com o Estado, propiciada pelo recebimento de recursos públicos, e a necessária independência dos setores privados, viabilizada pelo exclusivo financiamento público de campanhas. Acrescente-se a imprescindível complementação de vedação ao recebimento de recursos de fonte privada, para o desiderato de contenção dos abusos.

Alcança-se, nesse mister, o desejado afastamento da hegemônica atuação dentro dos partidos de “interesses econômicos e políticos de particulares e grupos isolados.” (MEZZAROBÀ, 2004, p. 292).

A independência dos partidos políticos é condição necessária ao aperfeiçoamento democrático. A autonomia administrativa, de criação, funcionamento e estruturação, deve se harmonizar com a independência financeira.

4 Exclusivo Financiamento Público de Campanhas e Vedação ao Financiamento Privado

O financiamento público – garantindo recursos mínimos a todos os candidatos, partidos e coligações – é condição necessária para minimizar o abuso do poder econômico. Com a injeção de recursos privados – de pessoas físicas, jurídicas e talvez até de organizações criminosas que se utilizam, hodiernamente, das mais sofisticadas técnicas para o alcance de seus objetivos – tem-se a quebra do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos.

Considere-se que foi unânime a aprovação pela Comissão de Reforma Política da proposta de que, por meio de projeto de lei, se estabeleça que as campanhas eleitorais sejam financiadas exclusivamente com recursos públicos. Esse o teor do dispositivo então proposto:

Nos anos eleitorais, as dotações do Fundo Partidário (art. 17 da Constituição Federal) teriam R\$7,00 (sete reais) por eleitor alistado pela Justiça Eleitoral até 31 de dezembro do ano anterior. [...] nos períodos em que fossem realizadas as eleições, os Partidos Políticos estariam proibidos de receber doações de pessoas físicas ou jurídicas. (MEZZAROBÀ, 2001, p. 296).

Mas, isso não é bastante. Como funciona, hoje, o sistema de prestação de contas, não se mostra eficiente no sentido de verificar a efetiva aplicação de recursos em campanhas eleitorais. O que se constata, a partir de observações empíricas, é a mais grosseira desproporção entre os valores declarados, na prestação de contas à Justiça Eleitoral, e o montante de recursos empregados em dispendiosas campanhas. Antes não eram raras as “apresentações artísticas”⁹ nos comícios, a instalação de muitos comitês e a contratação de grande número de pessoas. Isso em franco

⁹ Com a edição da Lei n.º 11.300/2006 ficaram vedados os “showmícios”, prática de contratação de artistas populares, de alto custo, para os comícios e reuniões de eleitores. Somente os candidatos com mais recursos conseguem pagar as apresentações, com quebra - clara - da regra de isonomia.

descompasso, a olhos vistos, entre o que se declara e o que foi gasto na campanha.

E esse fenômeno era comum e constatável por meio de inúmeros eventos promovidos quando das campanhas eleitorais e que não são sequer declarados nas prestações de contas. Mesmo que sejam doados serviços e uso de bens, essas doações deveriam ser declaradas para conhecimento pela população dos “apoios” recebidos para conquista dos mandatos eletivos.

A distribuição de recursos deve ser mais equitativa, contemplando-se os partidos menores, com a fixação de uma quota mínima que lhes assegure efetiva participação no processo político-eleitoral. Há de se superar a desigualdade encontrada na divisão de tempo reservado aos partidos menores, sem funcionamento parlamentar. Isso ocorre tanto do tempo de acesso à televisão e ao rádio quanto na participação em uma quota do fundo partidário.

5 Disciplina Atual da Prestação de Contas e Proposta de Alteração Legislativa

A legislação eleitoral, em atendimento ao comando da Constituição da República Federativa de 1988, determina a prestação de contas do partido à Justiça Eleitoral, e regula a prestação de contas e a constituição de Comitê Financeiro. Dispõe a Lei n.º 9.504/97, em seu artigo 29, incisos III e IV, e em seu § 2.º, que a prestação de contas dos gastos de campanha eleitoral deve ser feita até 30 (trinta) dias após a realização das eleições.

O candidato somente pode receber contribuições financeiras depois de oficialmente registrada a candidatura perante a Justiça Eleitoral, com a constituição de Comitê Financeiro e abertura de conta corrente específica para receber os recursos destinados à campanha (CERQUEIRA, 2004, p. 1.079).

Os partidos políticos podem receber doações e utilizar tais recursos para fazer pré-campanhas, mas não os candidatos¹⁰. Os comitês têm a

obrigação de se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), inscrição que será cancelada em dezembro do ano das eleições, porque destinada somente ao controle dos recursos recebidos para financiamento das campanhas eleitorais.

Existem limites para a doação de recursos. As pessoas jurídicas somente podem doar até 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior. As pessoas físicas têm o limite de 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos do ano anterior, limitado a mil Unidades de Referência Fiscal (UFIR's). As coligações, partidos e candidatos devem comunicar o valor máximo de gastos à Justiça Eleitoral, quando do registro de seus candidatos, como prevê a Lei n.º 9.504/1997.

A Lei n.º 11.300/2006 previu que os partidos, coligações e candidatos devem disponibilizar, na rede pública de computadores, os valores dos recursos arrecadados e gastos em campanhas, para informação aos cidadãos.

Apresenta-se proposta de alteração legislativa para que – a par do financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais – a prestação de contas seja feita diretamente ao Tribunal de Contas da União, com registro prévio, perante a Justiça Eleitoral, do planejamento e orçamento do emprego dos recursos.

O plano de gastos permitirá um detalhado acompanhamento pela Justiça Eleitoral e pelos eleitores dos eventos e despesas a serem feitas por cada partido, coligação e candidatos, reduzindo – significativa e eficazmente – a possibilidade de abusos.

6 Sanções pela Aplicação de Recursos Clandestinos

Sugere-se também a previsão de sanções severas ao candidato, partido ou coligação que receberem recursos clandestinos, que efetuem gastos além dos recursos públicos recebidos, como maneira de pôr cobro ao risco calculado¹¹.

¹⁰ Distinguem-se propaganda eleitoral, propaganda partidária e pré-campanhas. A *propaganda partidária* consiste em direito reconhecido ao partido político de divulgar seus princípios, programas e organização, sendo reservado tempo na televisão e no rádio, em cadeia nacional, para esse fim. *Propaganda eleitoral* é aquela de que se valem os candidatos, coligações e partidos para divulgação de seu(s) nome(s) e propostas, veiculada em período determinado na legislação eleitoral, antes da fase de recepção de votos, para que se tornem conhecidos do eleitorado os candidatos concorrentes em um pleito. As *pré-campanhas*, ou *propaganda intrapartidária*, acontecem no interior dos partidos políticos, de modo mais reservado, visando obter apoio a algum integrante do partido que pretenda se candidatar em convenção partidária na qual há escolha dos integrantes do partido que concorrerão em um pleito eleitoral.

¹¹ Assim considera-se quando o candidato utiliza-se de práticas abusivas, ilegais e desonestas calculando que o benefício da conquista do mandato compensa o risco de ser apanhado (prática utilitária).

A sanção adequada, para evitar o utilitarismo desonesto, seria a perda do mandato conquistado indevidamente, pela simples verificação da falta ética praticada. Inviável qualquer condicionamento à influência no resultado das eleições, pela impossibilidade fática de verificação dessa potencialidade danosa.

A previsão de abuso do poder econômico nas eleições é antiga, datando de 1965, com a edição do Código Eleitoral. Vários diplomas legislativos disciplinaram o abuso e instituíram meio processual de apuração e aplicação de sanções, inclusive de perda do mandato obtido com violação da lei.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, no entanto, em vários casos, condicionou a perda do mandato à “potencialidade do dano”, no sentido de que o abuso – para justificar a perda do mandato – deveria comprometer o resultado das eleições. Além disso, somente após o trânsito em julgado da decisão, ocorreria a perda do mandato. Na esmagadora maioria dos casos, o candidato beneficiado pelo abuso terminava o mandato sem que o julgamento tivesse chegado ao final.

Nesse aspecto, a Lei n.º 9.840/97, conhecida lei que define a captação ilícita de sufrágio, introduziu inovações. Desse modo, a perda do mandato pela prática da conduta de ofertar qualquer vantagem ao eleitor independe de “potencialidade do dano” e impede o candidato de assumir o cargo, tendo efeito imediato. Os Tribunais pátrios, sensíveis à origem popular da lei¹², têm construído jurisprudência inovadora, com a moralizadora perda de mandatos de candidatos que incorrem na prática de captação ilícita de sufrágio.

Posteriormente, confirmando essa tendência moralizadora, a Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) introduziu norma que estabelece não depender de influência no resultado das eleições a conduta grave de improbidade que constitui abuso de poder econômico ou político.

Nesse sentido, a comunidade jurídica comprometida com o ideal democrático recebe com entusiasmo essa manifestação de franco respeito ao cidadão e à lisura do pleito. Com a edição de normas que tornam mais efetiva a exigência de probidade e moralidade da vida pregressa do candidato, disciplina mais severa do abuso de poder

econômico foi introduzida, o que contará – de modo decisivo e firme – com a alentadora interpretação dos Tribunais pátrios.

7 Considerações Finais

Não se quer sustentar seja “uma panaceia para todos os males” o financiamento público de campanhas. Todavia, sua introdução é um avanço significativo, desde que as necessárias alterações legislativas tratadas sejam também consideradas e aplicadas com o apoio da legitimidade popular.

Certo que – a par dos necessários aperfeiçoamentos que o debate na esfera pública permitirá – o exclusivo financiamento público de campanhas poderá se tornar um meio eficiente de reduzir, em medida considerável, o abuso do poder econômico e político nas eleições.

A par disso, se forem ampliadas e tornadas efetivas as instituições que permitem a participação do cidadão na formação e deliberação da decisão política, com a abertura de um canal de diálogo com a sociedade civil, mediado pelos movimentos sociais, a democracia brasileira pode dar um passo decisivo na dinâmica de sua consolidação. Isso é um fator imprescindível para a construção coletiva de uma sociedade menos injusta e desigual.

Ao cabo dessa análise, cuida-se de traçar algumas considerações que servem de síntese ao estudo e como pontos de discussão sobre o tema.

Mostra-se necessário, mas não suficiente, o financiamento público de campanhas eleitorais, pelo ainda ineficaz sistema de fiscalização previsto pela legislação atual que deixa inúmeras “brechas”, por ser um controle apenas formal, à captação e emprego de recursos privados sem declaração à Justiça Eleitoral.

Além de ser público, então, o financiamento deve ser exclusivamente público, vedando-se o recebimento de recursos de origem privada, de pessoas físicas ou jurídicas, assim como as doações de qualquer espécie.

A exclusividade do financiamento público, para ser um modo efetivo de controle do abuso de poder econômico, depende de acompanhamento e fiscalização do plano de gastos em campanhas. Sem isso, perde-se o controle eficaz da aplicação,

¹² A Lei de Captação Ilícita de Sufrágio teve iniciativa popular. Ocorre que, embora tenham sido colhidas mais de um milhão de assinaturas, por não terem sido identificados os subscritores da proposta, não foi aceita pelo parlamento a iniciativa popular. Porém, um parlamentar apresentou o projeto que já iniciou com o aval de um número significativo de eleitores. Nasceu a referida lei com essa legitimidade.

em campanhas eleitorais, de recursos recebidos clandestinamente.

Para prevenir a prática do abuso de poder econômico, dentro da previsão de que os candidatos podem se valer de uma orientação racionalmente utilitária, quando se sujeita ao “risco calculado”, a sanção para o emprego de recursos sem declaração à Justiça Eleitoral, seja qual for o montante de recursos, deve ser a perda do mandato ou o impedimento à assunção no cargo.

O efetivo acompanhamento da arrecadação e aplicação de recursos não prescinde de um plano de gastos a ser registrado perante a Justiça Eleitoral antes do início da propaganda eleitoral, permitindo acompanhamento e controle simultâneo pelos eleitores, partidos e pela Justiça Eleitoral.

Em se tratando de recursos públicos, a prestação de contas deve ser aferida pelo Tribunal de Contas da União, com apresentação de parecer prévio à Justiça Eleitoral, para apreciação antes da diplomação dos candidatos, de modo a viabilizar a não diplomação de candidatos cujas contas não forem aprovadas.

O procedimento previsto no artigo 96 da Lei n.º 9.504/97¹³ deve assegurar a necessária observância do devido processo legal ao candidato que tiver impugnação na prestação de contas, a cargo do Ministério Público, de qualquer candidato, coligação e partido que concorrerem ao pleito.

Referências

CERQUEIRA, Thales Tácito Ponte Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO, Mônica de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular**: mecanismos constitucionais de participação popular. Porto Alegre: SAFE, 2001.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. A modernização autoritária. Com a colaboração de Alessandra Carvalho e Samantha Viz Quadrat. *In*: LINHARES, Maria Yedda (Org.). **História geral do Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

¹³ Prevê o artigo 96 da Lei n.º 9.504/97 um procedimento célere para apuração de reclamações ou representações por descumprimento daquele diploma legal.

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

O SISTEMA PUNITIVO: UMA TRAJETÓRIA DE POUCAS SOLUÇÕES

Cynthia Cybelle Pinheiro Barbosa¹

RESUMO

O texto trata do sistema punitivo desde os tempos antigos até os dias atuais, demonstrando uma trajetória de equívocos e ineficácia que vão desde a falta de infraestrutura até a grave violação de direitos humanos. Buscou-se conhecer a história do sistema punitivo, sua evolução e estratégias de atuação com o objetivo de diagnosticar problemas existentes desde os primórdios da humanidade até os dias atuais. O trabalho se justifica a partir do interesse pela preservação dos direitos humanos, bem como pelo apontamento de políticas preventivas à criminalidade, a partir de uma busca pelo bem-comum que, conseqüentemente, culminará em justiça social. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e virtual. Somente partindo do respeito pelo ser humano é que a sociedade se transformará a ponto de não mais ser necessário o cárcere.

Palavras-chave: Sistema punitivo; trajetória; violação de direitos humanos.

EXEMPLARY SYSTEM: a journey of a few solutions

Cynthia Cybelle Pinheiro Barbosa²

ABSTRACT

The paper deals with the punitive system since ancient times to the present day, showing a trend of misunderstandings and inefficiency ranging from the lack of infrastructure to the serious human rights violations. We tried to know the history of the punitive system, its evolution and action strategies in order to diagnose problems since the dawn of humanity to the present day. The work is justified by the interest in preserving human rights as well

as the appointment of the crime prevention policies, based on a search for the common good that, consequently, will culminate in social justice. The methodology used was literature and virtual. Only based on the respect for human beings is that society will become the point of no longer need the prison.

Keywords: Punitive system; trajectory; human rights violation

1 Introdução

O homem, ao se agrupar socialmente, esteve em toda sua trajetória histórica e política impelido a punir os desviantes e/ou divergentes de maneira que fosse exemplar para evitar que outros indivíduos se motivassem às práticas criminosas.

Não se pode negar que, ao longo da história, o sistema punitivo passou por significativas mudanças. Buscaram-se, em vários momentos, a modernização das formas e a humanização das penas, com o fito de se garantir direitos e tornar efetivo o sistema em sua totalidade.

Embora com importantes progressos havidos, o que se observa hoje é que tais medidas coercitivas fracassaram, pois comungam de uma experiência altamente injusta e revoltante, levando a um aumento quase palpável da criminalidade.

Mas, como falar em progressos e fracassos ao mesmo tempo? Há que se considerar a passagem de um sistema que massacrava diretamente o corpo físico como forma de castigo pelos males praticados, a um sistema que “poupa” o homem de flagelos corporais, mas lhes impingem penas semelhantemente brutais ao se pensar no cárcere com todas as mazelas que lhe são inerentes.

¹ Graduada e Pós-graduada em Arte Educação pela Universidade Estadual de Montes Claros; Professora de Canto no Conservatório Estadual de Música Lorenzo Fernandez; Acadêmica do Sexto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Graduate and Post-graduate degree in Art Education from Montes Claros State University, Professor of Singing at the Music State Conservatory Lorenzo Fernandez; Academic Sixth Period of the Course of Law, of Faculdade de Direito Santo Agostinho.

2 Uma trajetória a “duras penas”

Por volta de 1700 a.C. o *Código de Hamurabi*³, baseando-se na Lei de Talião, estabeleceu como critério de justiça uma suposta proporcionalidade entre o crime e a condenação. Suposta porque, para a época, medidas severíssimas de castigo eram consideradas naturais, o que nos dias atuais seria inconcebível, como por exemplo, decepar a mão do ladrão para que este não voltasse a delinquir, medida desarrazoada nos tempos modernos, mas absolutamente comum naquela época.

Na Idade Média, as penas corporais eram predominantes e, em face do desenvolvimento do Direito germânico, as ofensas – segundo Aníbal Bruno, que é citado por Dotti (1998) – eram gradativamente substituídas pela *compositio*,⁴ inicialmente voluntária e depois imposta através da lei. Não obstante haver previsão desde *Hamurabi* para a composição como forma de imputação patrimonial, determinados crimes só se depuravam através da expiação física do criminoso.

Tem-se com Foucault (1987), em *Vigiar e Punir*, uma visão panorâmica da política punitiva do começo do século XVIII, a partir dos suplícios impostos aos condenados, que tinham na humilhação pública e nos flagelos corporais a execução da sentença pelos males praticados. A obra segue apresentando as muitas formas de punição até chegar ao sistema carcerário, que de certo modo, ainda é tal qual se conhece hoje. Para Dotti

a pena pública era caracterizada por uma dupla natureza originária: ora se apresentava como exercício da vingança coletiva, ora como sacrifício expiatório.

[...]

A ideia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a *pena pública* que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e

procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens. (DOTTI, 1998, p. 31).

Os flagelos corporais e os suplícios em praça pública foram, por séculos, as principais medidas punitivas, cujo objetivo era servir de exemplo a novos possíveis delinquentes. A punição era algo espetacular, capaz de provocar discrepantes sentimentos em seus expectadores.

Ocorre que tais sentimentos não eram sempre favoráveis à severidade e aos martírios imputados aos transgressores. Em um determinado momento, o carrasco se torna equivalente ao criminoso, deixando de portar o emblema da justiça para se emparelhar àqueles cujas condutas eram castigadas. Abrem-se novas ideologias e questionamentos acerca da necessidade de medidas tão desumanas aos condenados.

A história da punição, que vinha sendo trilhada sempre numa perspectiva desproporcional ao do delito cometido, passa a ter novo enfoque no fim do século XVIII e início do século XIX. O cárcere se torna uma opção mais humanizada de se punir, cujo intuito era, segundo Foucault (1999), tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo.

No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os “modelos” da detenção penal — Gand, Gloucester, Walnut Street — marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade.” (FOUCAULT, 1999, p. 260).

Os castigos do século XVIII eram de grande selvageria, mas alguns criminosos eram tolerados

³ O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a. C. pelo rei Hamurabi, da primeira dinastia babilônica. É baseado na Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”. Hamurabi, ou “Khammu-rabi” em babilônico, foi o sexto rei da Suméria por volta de 1750 a.C. e também foi ele quem uniu os semitas e sumérios, fundando o império babilônico.

⁴ *Compositio* (composição) era uma espécie de indenização através da qual o transgressor poderia satisfazer a ofensa. Incluída no código de Hamurabi, foi acolhida pelo Direito Germânico dando origem à indenização no direito privado e à multa no direito penal.

pela população. Com a industrialização e a capitalização da classe popular, surge a necessidade de proteção da riqueza gerada. E já não se aceitam mais aqueles de comportamento considerado desviante. Assim, no início do século XIX buscou-se uma moralização através de campanhas de cristianização da classe operária e da população como um todo. “Foi absolutamente necessário constituir o povo como um sujeito moral, portanto separando-o da delinquência.” (FOUCAULT, 2001, p. 133).

Embora houvesse grande empenho para a preservação do patrimônio e transformação da sociedade em um ente moral, a consolidação do sistema prisional foi inevitável, pois toda sociedade abriga indivíduos delinquentes.

A prisão tinha, desde o começo, o objetivo de transformar os indivíduos. Deveria ser um instrumento tão eficaz quanto a escola, com critérios, inclusive, pedagógicos de ressocialização, mas fracassou concomitantemente com sua criação. Desde 1820, para Foucault (2001), a prisão não é capaz de transformar os criminosos em pessoas honestas, mas serve apenas para fabricar novos criminosos ou afundá-los ainda mais no crime.

Com Beccaria, em *Dos Delitos e das Penas*, nota-se uma abordagem muito mais preocupada com o ser humano envolvido nos processos de delinquência e punição. É mister repensar o sistema punitivo, de modo a torná-lo menos desumano e mais justo:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. (BECCARIA, p. 20).

Assim, passa-se a uma nova perspectiva, mais equânime e mais profícua do direito de punir, com justiça e com precisão para que inocentes sejam poupados da amargura do cárcere. O foco agora é a justiça em sua totalidade, é o ser humano desviante e a sua integridade que estão em jogo:

À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis

poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão. (BECCARIA, p. 26).

Embora houvesse uma preocupação honesta com a efetivação da justiça e a humanização das penas, o direito de punir ainda latejava das feridas medievais e da tradição funesta dos horrores aplicados aos criminosos. Beccaria trouxe uma reflexão humanizada e franca que teve o condão de modificar grande parte do pensamento de seu tempo.

Para Lombroso (2011), um século mais tarde, a etiologia do crime é substancialmente individual e deve ser buscada através de um estudo pormenorizado do próprio delincente. A conduta humana está atrelada à sua própria natureza, de modo que é através dela que se pode descobrir a causa dos delitos. Assim surgiu o determinismo biológico, fruto de um estudo que organizou estruturas físicas individuais a fim de enquadrar o possível delincente em estereótipos engendrados pela ciência. Desse modo, seria possível constatar a predisposição ao crime apenas observando as características físicas dos indivíduos.

Tal teoria foi criticada severamente ao longo da história, mas sem resultados práticos. Fato é que, hodiernamente, em razão dela ou não, observa-se que a prisão é local de recrutamento de indivíduos estereotipados biológica e socialmente. Segundo Hulsman e Celis (1997), os discursos políticos, a imprensa e alguns estudiosos da política criminal concordam com a existência de um “homem comum” obtuso, covarde e vingativo. Mas, ele mesmo defende que tal homem não existe, sendo uma cômoda abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas.

Para mim, cada ser é, ao mesmo tempo, profundamente diferente e existencialmente próximo. Isto me livra de explicações do mundo que se assentam em discriminações e pretendem provocar o isolamento de algumas pessoas vistas como más. (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 46).

3 Violação de direitos no Brasil

No Brasil, desde os tempos da Colônia, os presídios possuem o mesmo caráter segregativo e punitivo, ineficaz para a recuperação dos presos. As condições de vida são precárias, convivendo o detento com superlotação, doenças que se proliferam rapidamente devido à falta de higiene, enfim, sobrevive-se em condições subumanas.

As mais antigas prisões do Brasil, como a Cadeia Velha, na ex-capital imperial, possuem relatos de suas condições miseráveis. A prisão de Aljube, já em 1808, tinha capacidade para 20 presos e abrigava 390. Em 1834 foi iniciada a construção da primeira Casa de Correção da capital federal, somente terminada em 1850, após inúmeras interrupções e alterações de projeto. No estado do Rio Grande do Sul, as cadeias existentes também apresentavam condições lamentáveis de funcionamento, não havendo, por parte das autoridades, interesse em melhorá-las; menos ainda em construir novas. Dados históricos estabelecem a construção da *Cadeia Velha* por volta de 1812, mas já em 1824 era referida como *um lugar de infecção e morte*. Foi finalmente desativada em 1841. Em 1853 foi criada a Cadeia Civil em Porto Alegre; mais tarde, em 1897, denominada *Casa de Correção*. Sua construção foi acompanhada de polêmicas e críticas. (GUIMARÃES, 2002, p. 287-288).

Embora, com o decorrer do tempo, as penas privativas de liberdade tenham sofrido importantes modificações no sentido da humanização e garantia de direitos fundamentais dos presos, pouca coisa mudou ao longo desses duzentos anos. Modernizou-se a legislação, a começar pela Constituição do Império de 1824 que, segundo Guimarães (2002), aboliu os castigos bárbaros. Em 1830, promulgou-se o Código Criminal do Império que, além de estabelecer limites às punições, determinou que as cadeias fossem limpas e arejadas e os réus fossem separados em conformidade com seus crimes. Ainda segundo Guimarães (2002), vieram em seguida o Código Penal de 1890, já na República, e o Código Penal de 1940, que introduziu o regime progressivo. E, mais recentemente, a Lei 7.210, de 1984, chamada de *Lei de Execução Penal* (LEP).

Apesar dos avanços havidos, jamais se conseguiu efetivar o que as leis sempre previram. Não é necessário ser especialista para saber que os prédios dos cárceres se encontram deteriorados, os direitos e garantias fundamentais são constantemente violados dentro dos presídios, os presos não desfrutam de segurança ou de condições mínimas de higiene e saúde. Além disso, o sistema carcerário é feito para minorias específicas da população. Para Zaffaroni (1999), “os órgãos legislativos inflacionam as tipificações aumentando o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.”

Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas de pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como ‘delinqüentes’ e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais. (ZAFFARONI, 2001, p. 58).

Guimarães (2002, p. 292) afirma que “os presos em sua maioria são pessoas oriundas das classes sociais mais humildes e com baixa escolaridade.”. Nos dizeres de Andrade (1997, p. 265) “a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados.”. Daí pode-se inferir que o recrutamento vivenciado no sistema carcerário se liga visceralmente à pobreza e, ainda, que a falta de oportunidades é um fator relevante que leva o homem a delinquir.

Outra doutrina que se adapta ao tema que está em discussão é a que diz:

A prisão não reúne apenas indivíduos infratores. Ela abriga em seus altos muros todos aqueles que de certa forma são considerados “anormais”. Crianças abandonadas, loucos, psicóticos, adolescentes “mal comportadas”, enfim, todos os “desviados” encontrados em sociedade. Reúne todos em um só “caldeirão”, submetendo-os às mesmas punibilidades. (ALMEIDA; AGUIAR; NEVES, 2004, p. 137-138).

Observa-se que não apenas a forma de punição viola os direitos humanos, mas o ser humano, que por infortúnio encontra-se encarcerado, na maioria das vezes já sofreu ao longo da vida algum ou vários tipos de violações de direitos, tais como nenhum ou pouco acesso à educação, lazer, moradia, dentre outros, sem esquecer do mais importante: o direito à dignidade.

Para Symonides (2003, p. 208) “a violação de um direito humano mina o respeito por todos os demais.”. Percebendo-se desprovido de direitos e garantias elementares para subsistir em sociedade, o homem se torna marginal.

É gravoso concluir que há todo um aparato legal e social de exclusão capaz de ceifar da subjetividade humana a visão imanente dos próprios valores, levando ao caos social. Para Zaffaroni (1999, p. 27) “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer

habitante, mas operam quando e contra quem decidem.”.

Tal seletividade, por si só, é uma forma de violação dos direitos humanos. Some-se a isso a violação da legalidade processual e, também, a violação da legalidade penal, a partir da duração exorbitante dos processos, além de fatores legais e doutrinários, cuja obscuridade pode levar à aplicação injusta da pena através da utilização valorativa de determinados elementos, ou seja, possibilitando ampla margem de arbitrariedade dos agentes. Como se não bastasse, ao cair na rede carcerária, o condenado – ainda que não o seja de fato, dada a morosidade do sistema – conviverá com abusos infinitos pela máquina estatal, por sua ineficácia atestada de longa data.

Promessas vitais descumpridas, excessivas desigualdades, injustiças e mortes não prometidas. Mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade. (ANDRADE, 1997, p. 293).

Tendo por escopo suavizar as eloquentes mazelas causadas pelo sistema em voga, correntes surgem clamando seu fim e/ou sua repaginação, correntes abolicionistas e minimalistas tentam estabelecer um roteiro rumo à salvação do sistema. Nestes termos,

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais. (ZAFFARONI, 1999, p. 89).

Pinto (2008), a seu turno, afirma que o Abolicionismo não será uma empreitada imediata para o sistema de Justiça, muito embora possua um grande valor humanitário e ético, haja vista que a sociedade é o que a classe dominante preconiza e etiqueta.

Quanto ao Minimalismo Penal ou contração penal, Zaffaroni (1999, p. 89) leciona que “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do

sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera como mal menor necessário.”.

Em complemento ao mesmo raciocínio, tem-se que

Pelo minimalismo penal, propõe-se a diminuir os usuários do sistema carcerário, aprisionando somente os sujeitos que cometeram delitos mais graves. Isto é: aplicar penas alternativas, além de inserir outras esferas para a resolução desses conflitos. (PALADINO, 2010, p. 61).

O que se busca, na verdade, é uma espécie de garantismo penal, objetivando assegurar aos presos a preservação de sua dignidade e dos seus direitos. Garantismo penal no sentir de Carvalho (*apud* PALADINO, 2010, p. 65),

visa a estabelecer critérios de racionalidade à aplicação do Direito Penal, deslegitimando qualquer prática maniqueísta que aponte a defesa social acima dos demais direitos individuais. Os direitos individuais são, pois, intangíveis. Por conseguinte, tem como escopo a desconstituição do fundamento terapêutico e o diagnóstico das falhas da instrumentalidade processual.

4 Conclusão

No desenrolar dos grossos tapetes da história da humanidade, nota-se que sempre houve e sempre haverá segregação social. Sem políticas públicas que ofereçam equidade de direitos e garantias individuais a todas as pessoas, dificilmente se poderá pensar em uma sociedade cujo sistema punitivo seja abolido por completo.

No mesmo lastro se pode inferir que muito mais urgentes são as políticas preventivas às práticas criminosas, tais como a garantia de acesso à saúde, educação, lazer, moradia, alimentação etc., pilares para a construção e preservação da dignidade da pessoa humana.

Melhor seria se não fosse necessário o cárcere, mas como ainda não há meio menos agressivo de se punir condutas criminosas, há que se pensar nos direitos de quem se encontra atrás das grades.

O primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra em 1955, adotou regras mínimas para o tratamento dos reclusos, dentre elas constam a não discriminação

de presos, proibição de que alguém seja preso sem uma ordem válida de detenção, separação dos presos em razão do sexo, idade, etc., bem como pelo motivo da prisão (se civil ou criminal), condições mínimas dos presídios, em termos de higiene e preservação da dignidade humana, direito e dever de trabalhar, etc.

Também há as palavras de Herkenhoff, que combinam com o que até aqui vem sendo exposto. Diz o doutrinador que

A “Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes” foi adotada e aberta a adesões, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Entrou em vigor em 26 de junho de 1987. (HERKENHOFF, 1997, p. 115).

Tal convenção tem por objetivo preservar a integridade física do preso, a fim de que não lhe sejam impostos sofrimentos físicos ou mentais, por pessoa no exercício de função pública ou funcionário, haja vista atos violentos terem se tornado práticas comuns, especialmente na obtenção de confissões.

Mas, ainda há muito o que fazer. É claro que há de se considerar importantes avanços havidos ao longo desses muitos séculos de quando datam os mais longínquos registros da atuação do homem na esfera penal, mas é possível verificar ainda nos dias atuais muito do Talião sendo praticado pelos próprios detentos, uns contra os outros, dentro dos presídios, onde não há fiscalização adequada.

Com vontade política se constrói uma nova sociedade, justa, humana e igualitária, e na qual, talvez um dia, se possa falar em abolicionismo penal.

Por enquanto, basta que se pense em garantias de direitos dos presos e já será um grande passo.

Referências

ALMEIDA, Margarida Maria Barreto;
AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de;
NEVES, Lailson Braga Baeta. *Vozes do cárcere: uma investigação da vida carcerária*. Montes Claros, Ed. Unimontes, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CESARE LOMBROSO. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso>. Acesso em: 5 maio 2012.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUIMARÃES, Tânia Lopes de Almeida. Estabelecimentos penais e o tratamento penal. In: ZIMERMAN, David E.; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millenium, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. Aparecida (SP): Santuário, 1997.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. O crime segundo Lombroso. Disponível em: <<http://criminologiafla.wordpress.com/2007/08/20/aula-2-o-crime-segundo-lombroso-texto-complementar/>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

PALADINO, Carolina Freitas. Política criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/189/200>. Acesso em: 2 abr. 2012.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. O abolicionismo penal. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/922323>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SILVA, Lívio Paulino Francisco da. Dos delitos e das penas: Beccaria e a proporcionalidade das penas. Disponível em: <<http://nalettradalei.wordpress.com/2011/02/08/dos-delitos-e-das-penas-beccaria-e-a-proporcionalidade-das-penas/>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

SIRENA, Gustavo. Antropologia criminal de Lombroso: uma visão atual. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=159>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

STIPP, Álvaro. Garantismo. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki->

[index.php?page=Garantismo](#)>. Acesso em: 9 abr. 2012. SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: Unesco, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NAS LIQUIDAÇÕES JUDICIAIS

Andréia Coutinho Santos¹

RESUMO

Existe, no âmbito do Poder Judiciário, um grande número de processos que tratam sobre dívidas, inclusive quando a Fazenda Pública é parte. No entanto, apesar de haver leis que tratam sobre débitos discutidos judicialmente, elas normalmente estão esparsas no ordenamento jurídico. Além disso, é grande a dificuldade em calcular estes débitos considerando as variações de valores que ocorrem quando a ação é proposta até a decretação de sua Sentença, além da carência de conhecimento a respeito desses cálculos. Este trabalho tem por objetivo esclarecer as formas de juros e correção monetária segundo o ordenamento jurídico brasileiro, assim como seus valores. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico, analisando-se doutrinas, normas e jurisprudência. A moeda, apesar de prevalecer com o decorrer dos anos, tem o seu valor alterado em virtude de variações que ocorrem na Economia. Para acompanhar estas mudanças, no sentido de minimizar ou neutralizar as variações de valores econômicos, é necessário fazer sua correção monetária. Faz-se essa correção pelo valor nominal da moeda afetado pela inflação e incide, também, sobre qualquer débito que resulte de decisão judicial, segundo a Lei n.º 6.899/81. Os juros são a quantia em moeda corrente que se calcula percentualmente sobre o valor do capital e em proporção ao decurso do tempo; podem ser classificados, dentre outros, em simples ou compostos, e legais ou convencionais. Segundo o art. 406 do Código Civil brasileiro de 2002, quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada ou, ainda, quando provierem de determinação da lei, serão fixados com base na taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional que, no caso, variará conforme o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

No tocante ao pagamento de juros moratórios pela Fazenda Pública, regulamenta a Lei n.º 4.414/64, esta responderá por tais juros na forma do Direito Civil. Sobre a capitalização dos juros, dispõe do art. 4.º do Decreto n.º 22.626/33 que é vedada a contabilização de juros compostos. Portanto, os débitos judiciais devem ser corrigidos com base em juros simples e sofrer efeitos da correção monetária. Esta se fará com base nas tabelas próprias, atualizadas mensalmente e disponíveis nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça Estadual e do Tribunal Regional Federal, para cálculos no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente. Além disso, a taxa de juros é fixada em 1% ao mês, inclusive nos processos em que a Fazenda Pública seja parte.

Palavras-chave: juros; correção monetária; art. 406 do Código Civil.

INTERESTS AND CORRECTION MONETARY IN JUDICIAL PROCEEDINGS

Andréia Coutinho Santos²

ABSTRACT

Exists a large number of judicial proceedings that deal with debt, even when the Treasury is a party. However, despite the existence of laws that deal with debts discussed in judicially, they are normally scattered in the legal system. Furthermore, it is not easy to calculate these debts considering the variations of values that occur when the action is proposed until the adjudication of his sentence, beyond lack of knowledge about these calculations. This paper aims to explain the forms of interest and inflation according to the Brazilian legal system, as well as their values. To that end, we conducted a literature review, analyzing the doctrines, rules

¹ Graduada em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual de Montes Claros. Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Graduated in Biology by Montes Claros University Stated; Student of Law by Santo of Law Agostinho Facultyes

and jurisprudence. The money, though prevail with the years, its value has changed because of variations that occur in economics. To accompany these changes in order to minimize or to neutralize the changes in economic values, it is necessary to make its monetary correction. This correction is made at the nominal value of the currency affected by inflation relates and also on any debt resulting from judicial decision, according to Law No. 6.899/81. Interest rates is the amount of currency that percentage is calculated on the amount of capital and in proportion to the passage of time, can be classified, among others, in simple or compound and legal or conventional. According to art. 406, CC/02, when the moratorium interest is not agreed, or are without the rate stipulated, or even when they come from determination of the law shall be fixed based on the rate that is in effect for late payment of taxes due to National Treasury that, in this case will vary depending of Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC). Concerning to the payment of default interest by the Public Treasury, regulates Law No. 4.414/64 that account for such interest in the form of civil law. On the capitalization of interest, provides art. 4 of Decree No. 22.626/33 which is forbidden to charge interest compounds. Therefore, the judicial debts should be corrected based on simple interest and suffer effects of monetary correction, this will be done based on the tables themselves, updated monthly and available from the State Court and Federal Court, for calculations in the State Courts and Federal, respectively. Moreover, the interest rate is fixed at 1% per month, including in cases in which the Treasury is a party.

Keywords: interest; monetary correction; art. 406, CC.

Introdução

No âmbito do Poder Judiciário, há um grande número de processos que tratam sobre dívidas. Uma simples busca no sítio Google, com o termo “débitos judiciais”, obteve, aproximadamente, quatro milhões, seiscentos e dez mil resultados (GOOGLE, 2011). No entanto, apesar de haver leis que tratam sobre débitos discutidos judicialmente, elas normalmente estão esparsas no ordenamento jurídico. Além disso, é grande a dificuldade em calcular estes débitos considerando as variações de valores que ocorrem quando a ação é proposta até a decretação de sua

Sentença, além da carência de conhecimento a respeito desses cálculos. Em virtude disso, faz-se necessário, muitas vezes, a presença de profissionais das áreas de Contabilidade, Economia e Administração.

Este trabalho tem por objetivo esclarecer as formas de juros e correção monetária segundo o ordenamento jurídico brasileiro, assim como seus valores. Não objetiva, porém, esgotar todo o assunto uma vez a sua tamanha dimensão e sua interdisciplinaridade.

1 Juros e correção monetária

A moeda, apesar de prevalecer com o decorrer dos anos, tem o seu valor alterado em virtude de variações que ocorrem na Economia. Pode haver, portanto, uma inflação ou uma deflação. Vieira Sobrinho diferencia estes dois termos: “a inflação caracteriza-se por aumentos persistentes e generalizados dos preços dos bens e serviços à disposição da sociedade; quando ocorre o fenômeno inverso, tem-se a deflação.” (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 261).

Ainda acerca da deflação, ou índices negativos de inflação, tem-se que

Salvo decisão judicial em contrário, os índices negativos de correção monetária (deflação) serão considerados no cálculo de atualização. Contudo, se a atualização implicar redução do principal, deve prevalecer o valor nominal. A redução do valor nominal como consequência da correção monetária representaria o descumprimento do título executivo e infringiria a coisa julgada. Ademais, poderia acarretar reduções vedadas constitucionalmente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 33.)

Para acompanhar estas mudanças, no sentido de minimizar ou neutralizar as variações de valores econômicos, é necessário fazer sua correção monetária. Faz-se essa correção pelo valor nominal da moeda afetado pela inflação e incide, também, sobre qualquer débito que resulte de decisão judicial, segundo a Lei n.º 6.899/1981 (GUIMARÃES, 2010, p. 240). Conforme Vieira Sobrinho, é através da correção monetária que os valores ditos monetários – como preços de bens e serviços, salários, empréstimos e financiamentos – podem ser reajustados com base na inflação ocorrida no período anterior. Esta inflação é medida por um índice de preços calculado, normalmente, pela Fundação Getúlio Vargas ou pelo Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 261).

Os juros são a “quantia em moeda corrente que se calcula percentualmente sobre o valor do capital e em proporção ao decurso do tempo (arts. 389, 404 e 890, do Código Civil)” (RIO GRANDE DO SUL, 2010). Eles podem ser capitalizados (juros compostos), quando se calculam sobre o capital já acrescido de juros referentes a determinado período; ou podem ser compensatórios, que são os juros devidos como compensação ou renumeração do capital no sentido negocial (juros simples) (GUIMARÃES, 2010, p. 408-409); podem, ainda, ser legais (disciplinados na lei) ou convencionais (estabelecidos mediante acordo entre as partes); além de outras classificações.

De Plácido e Silva (1987, p. 35) conceitua juros como sendo os

[...] frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que deles se tiram, consoante permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei.

Parizatto (2001, p. 105), por sua vez, afirma que juros são “o rendimento auferido pelo uso do dinheiro durante um determinado período, privando-se o credor de seu uso em tal período”.

Segundo Theodoro (2010) e, de acordo com o art. 1.º da Lei 6.899/81, a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, além das custas e honorários advocatícios. Já quanto aos juros, apesar de não haver lei expressa sobre sua incidência nas custas e honorários, o STF editou a Súmula 254, na qual determina “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação.”.

2 Normas jurídicas

Muitas são as normas jurídicas que regulam sobre as taxas de juros a ser cobradas no âmbito judicial. Tais normas, porém, ora se contrapõem, ora se complementam. Assim, por exemplo, previa o Código Civil de 1916, em seu art. 1.062 que “a taxa dos juros moratórios, quando não convencionados, será de 6% ao ano (0,5% ao mês).”.

Em 24 de agosto de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.180-35, que inseriu o art. 1.º-F à Lei 9.494/97, segundo o qual

Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Este artigo chegou a ser contestado perante o Supremo Tribunal Federal, mediante Recurso Extraordinário (REx) n.º 453740, sob a alegação de ser inconstitucional pois, apesar de estar em acordo com o Código Civil vigente à época, desrespeitava o princípio da isonomia previsto no art. 5.º da Constituição Federal. Este argumento, no entanto, não foi aceito pela maioria dos Ministros do STF, que declararam sua constitucionalidade. O Relatório do Ministro Gilmar Mendes, no referido Recurso Extraordinário, confirmou o teor do artigo citado, sendo seguido pelos demais integrantes da Corte. Vale ressaltar que, em 2009, o dispositivo supracitado foi novamente alterado pela Lei n.º 11.960, passando a vigorar a Lei 9.494, de 1997, do seguinte modo:

1.º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação de mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Em 2002, a entrada do Novo Código Civil provocou mudanças sobre o percentual de juros. Em seu Capítulo IV, este Código trata dos juros legais. O artigo 406 do referido diploma estabelece que,

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A taxa de juros moratórios referida neste dispositivo está disciplinada no art. 39, § 4.º, da Lei n.º 9.250, de 26/12/1995 (que instituiu a taxa SELIC para o pagamento de tributos em atraso) e assim está grafado:

Art. 49. [...]

§ 4.º A partir de 1º de janeiro de 1.996, a compensação ou restituição será acrescida

de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

A Constituição Federal, ao se manifestar sobre as taxas de juros, em seu texto original, estabelecia:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares, que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

[...]

§ 3.º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Esta norma provocou diversas controvérsias sobre sua autoaplicabilidade. Embora alguns julgados dos Tribunais Regionais e mesmo dos Tribunais Superiores tenham sido favoráveis à sua autoaplicabilidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que cabia à lei definir os limites da taxa de juros, posicionando, então, pela não-aplicabilidade da norma. No entanto, a falta de lei complementar não impedia que o art. 192, § 3.º fosse autoaplicável ao menos no âmbito do limite das taxas de juros. O *caput* do artigo 192 e todos os seus parágrafos e incisos, neles incluído o § 3.º do mencionado artigo que limitava os juros anuais em doze por cento, acabou por ser revogado pela Emenda Constitucional n.º 40/03.

Sobre o pagamento de juros moratórios pela Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias), regulamenta a Lei n.º 4.414, de 24 de setembro de 1964, que esta responderá por tais juros na forma do Direito Civil.

O Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como Lei da Usura, dispõe sobre os juros nos contratos nos seguintes termos:

Art. 1.º É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.

[...]

§ 3.º A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial.

Art. 2.º É vedado, a pretexto de comissão, receber taxas maiores do que as permitidas por esta lei.

Art. 4.º É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Art. 5.º Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

Percebe-se, desse modo, que é vedada a contabilização de juros compostos (art. 4.º do Decreto n.º 22.626/33). Outros dispositivos legais tratam sobre as taxas de juros e correção monetária: artigos 407, 409, 475, e 591, do Código Civil, por exemplo. Há também diversas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça que tratam do assunto, dentre elas as de números 8, 14, 16, 29, 30, 35, 36, 43, 67, 71, 148, 160, 162, 179, e 249. Por seu lado, o Supremo Tribunal Federal também cuida do tema na Súmula 618.

Em face ao Superior Tribunal de Justiça, assim descreve a Súmula 148:

148. Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei n.º 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal.

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é órgão jurisdicional nascido com a Constituição Federal de 1988 em substituição ao então existente Tribunal Federal de Recursos (TFR), e que as Súmulas editadas pelo TRF continuam em vigor, se não revogadas, ou derogadas, vale ressaltar que, segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal,

A Súmula n. 71/TFR foi revogada pela Súmula n. 148/STJ. Porém, se a decisão

judicial, com trânsito em julgado, houver determinado a aplicação da Súmula n. 71/TFR, deverão ser observados os critérios nela estabelecidos, ou seja, correção monetária com base na variação do salário mínimo, até o ajuizamento da ação (posição anterior do STJ – vide REsp n. 72.163/SP) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 39-40).

Sobre a correção monetária, tem-se, como exemplo, a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, art. 63, § 9.º; e a Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995, arts. 19 a 22, 24, 27, 28, 44 e 47. Esta última dispõe, dentre outros temas, sobre o Sistema Monetário Nacional.

A correção monetária se faz através de uma taxa que restaura o poder aquisitivo da moeda. Diversos são os indexadores. Estes são construídos de acordo com o emprego de índices a fim de refletirem a variação verificada por índice geral de preços da economia brasileira. Algumas entidades de medição de fatores de inflação que merecem destaque são a Fundação Getúlio Vargas (FGV), a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) (MARTINS, 1990). A indexação implica na modificação de dados iniciais “para valores compatíveis com a mesma capacidade aquisitiva verificada numa data posterior.” (MARTINS, 1990).

O Código Civil de 2002, ao tratar sobre o Direito das Obrigações, disciplina, no Título III, Capítulo I, sobre o pagamento. Prescreve o referido diploma

Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.

Trata-se aqui do pagamento em dinheiro, a forma mais importante de pagamento. Dívida em dinheiro, segundo Gonçalves (2010, p. 272) “é a que se representa pela moeda considerada em seu valor nominal, ou seja, pelo importe econômico nela consignado.”. Este é o princípio do nominalismo.

Os *artigos subsequentes* mencionados no art. 315 são os arts. 316 e 317, que determinam que:

Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Em 1997, foi realizado o Encontro Nacional do Colégio dos Corregedores-Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal. A partir deste, passou-se à uniformização da tabela de fatores de atualização monetária em âmbito estadual. Estas tabelas, disponíveis nos sítios dos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados-membros, dividem-se em “com expurgo” e “sem expurgo”, no que se refere aos indexadores alterados pelos planos econômicos.

A Resolução n.º 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho de Justiça Federal, de cuja ementa consta que *aprova o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal* e, em seu art. 4º, revoga a Resolução 561/2007, que também tratava de um Manual, mas este estava desatualizado em virtude, por exemplo, da Lei n.º 11.960/2009 e da Emenda Constitucional (EC) n.º 62/2010.

Este novo Manual tem basicamente três objetivos: reduzir incidentes processuais; auxiliar os magistrados nas suas decisões que envolvam cálculos; e, “orientar os setores de cálculos no interesse da instrução processual ou das execuções.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 9).

O novo Manual de Cálculos, as Tabelas de Correção Monetária, disponibilizados aos usuários internos da Justiça Federal e ao público em geral, e o Sistema Nacional de Cálculos Judiciais (SNCJ), destinado ao uso dos setores de cálculos da Justiça Federal, são instrumentos que têm o escopo de propiciar celeridade à prestação jurisdicional, com segurança e qualidade, por meio da uniformização e padronização de procedimentos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 9).

O Manual apresenta diversas normas que regulam sobre os débitos judiciais, os indexadores, as taxas de juros e correção, dentre outras informações, numa linguagem clara e concisa, de modo a facilitar seu entendimento. Sobre os juros e a correção monetária nas repetições de indébito, afirma o Manual que serão calculadas pela taxa Selic, *em razão do princípio da simetria/isonomia*. Há, ainda, menção de alguns julgados:

REsp. n.º 722.890/RS, REsp. n.º 1.111.189/SP, REsp. n.º 1.086.603/PR, AGA n.º 1.133.737/SC, AGA n.º 1.145.760/MG (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 42,43).

A taxa denominada Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) deve ser calculada com base na capitalização simples “sendo vedada sua incidência cumulada com os juros de mora e com a correção monetária.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 20). Além disso, deve ser aplicada “a partir do mês seguinte ao da competência da parcela devida até o mês anterior ao pagamento, e 1% no mês do pagamento.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 20).

3 Cálculos

3.1 Taxa de juros

“Taxa de juros é a razão entre os juros recebidos (ou pagos) no final de um certo tempo e o capital inicialmente aplicado (ou emprestado).” (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 20). Assim,

obtem-se a seguinte fórmula: $i = \frac{J}{P}$ onde i é a taxa de juros; J o valor dos juros e P o capital inicial.

Em geral, as taxas de juros podem ser classificadas conforme dois critérios: quanto ao regime de capitalização, em taxas simples e composta, como já mencionado; e quanto ao valor do capital inicial tomado como base de cálculo, em taxa nominal, efetiva e real. (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 183). Interessa aqui o primeiro critério.

3.2 Capitalização simples

“Capitalização simples é aquela em que a taxa de juros incide somente sobre o capital inicial; não incide, pois, sobre os juros acumulados. Neste regime de capitalização a taxa varia linearmente em função do tempo.” (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 21). A fórmula para obtenção do valor

dos juros é: $J = P \cdot i \cdot x \cdot n$ onde J é o valor dos juros; P , o valor do capital inicial ou principal; i , a taxa de juros; e n o prazo.

3.3 Capitalização composta

Capitalização composta é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Neste regime de capitalização, o valor dos juros cresce em função do tempo. (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 34).

$$\text{Fórmula: } P = S \cdot \frac{1}{(1+i)^n}$$

Onde P é o capital inicial; S , o montante (“soma do capital aplicado ou devido mais o valor dos juros correspondentes ao prazo da aplicação ou da dívida”); n , o prazo; e, i , a taxa.

Com base na análise das duas fórmulas, pode-se observar que “as diferenças entre os montantes produzidos a juros simples e compostos acentuam-se em função do aumento dos prazos.” (VIEIRA SOBRINHO, 2000, p. 60).

4 Considerações finais

Visto que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a cobrança de juros compostos, os débitos judiciais devem ser corrigidos com base em juros simples. Além disso, devem sofrer efeitos, também, da correção monetária que se fará com base nas tabelas próprias, atualizadas mensalmente e disponíveis nos sítios dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Tribunal Regional Federal, para cálculos no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente.

Observa-se, também, que a taxa de juros deverá ser fixada com base na taxa SELIC, podendo sofrer variações mensais conforme decisões do Banco Central do Brasil, a quem compete gerir o Sistema, inclusive nos processos em que a Fazenda Pública seja parte, a fim de evitar abusos nos casos de desproporção manifesta entre o valor devido e o valor cobrado.

Referências

ARANHA, Ricardo Gomes. *Direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e das outras providências. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 8 abr. 1933.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 75, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre a aplicação da correção monetária aos débitos de natureza trabalhista, bem como a elevação do valor do depósito compulsório nos casos de recursos perante os Tribunais do Trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 nov. 1966.

BRASIL. Decreto-Lei 2.290, de 21 de novembro de 1986. Estabelece normas sobre a desindexação da economia e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 1986.

BRASIL. Decreto-Lei 2.322, de 26 de fevereiro de 1987. Altera o Decreto-lei n.º 2.290, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1987.

BRASIL. Lei 4.414, de 24 de setembro de 1964. Regula o pagamento de juros moratórios pela União, pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 set. 1964.

BRASIL. Lei 4.591, de 16 de fevereiro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 fev. 1964.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. (Código Tributário Nacional). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei 6.899, de 8 de abril de 1981. Determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial e dá outras providências. *Diário Oficial [da]*

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 abr. 1981.

BRASIL. Lei 9.069, de 29 de junho de 1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 jun. 1987.

BRASIL. Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1997.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 453.740-1 Rio de Janeiro/2007. Julgado em 27 de fevereiro de 2007. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 254, de 13 de dezembro de 1963. *Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal*: anexo ao regimento interno. Brasília: Imprensa Nacional, 1964, p. 119.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução N.º 134, de 21 de dezembro de 2010. Aprova o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUAJ/Doctos-Diversos/Manual-Res-134-10.pdf>> Acesso em: 4 maio 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- GOOGLE. Disponível em <www.google.com.br>. Acesso em: 10 maio 2011.
- GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- KUHNEN, Osmar Leonardo; BAUER, Udibert Reinoldo. *Matemática financeira aplicada e análise de investimentos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Eliseu; ASSAF NETO, Alexandre. *As finanças das empresas sob condições inflacionárias*. São Paulo: Atlas, 1985. 6.^a tiragem 1990.
- MENDES, José Piragibe Figueiredo. Amortização de empréstimos a juros simples: sistemas de pagamento sem anatocismo. Disponível em: <http://www.aui.org.br/artigos/docs/Amortizacao_de_Emprestimo_a_Juros_Simples-Jose_Piragibe.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2011.
- NEVES, Marcelo. Estudo sobre a viabilidade jurídica do pagamento de juros de mora a servidor público em âmbito administrativo. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/estudo-sobre-a-viabilidade-juridica-do-pagamento-de-juros-de-mora-a-servidor-publico-em-ambito-administrativo-1031580.html>>. Acesso em: 3 maio 2011.
- PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros*. 4. ed. São Paulo: Edipa, 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível MCM N.º 70038595617/2010/CÍVEL. 2.^a Câmara Especial Cível. Relator Desembargador Marcelo Cezar Müller. Julgado em 15 dez. 2010. *Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 30 dez. 2010.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- THEODORO, Anderson. Juros e correção monetária em sentenças judiciais. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1980708-juros-corre%C3%A7%C3%A3o-monet%C3%A1ria-em-sente%C3%A7as/#ixzz1IV9hw3wi>>. Acesso em: 4 maio 2011.
- VIEIRA SOBRINHO, José Dutra. *Matemática financeira*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES

Vânio Soares Guimarães¹

RESUMO

A atividade do legislador ordinário se dá, muitas vezes, nas chamadas normas constitucionais de eficácia contida, ou seja, normas que nascem plenas, mas terão seu âmbito de eficácia restrito. Dessa forma, essa atividade poderá restringir direitos fundamentais de tal forma que podem deixá-los vazios, sendo necessário impor um limite a essa atuação. A teoria moderna que estrutura essa atuação do legislador é a teoria dos limites dos limites, ou seja, limites para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais. Para nortear a atividade do legislador, é necessária a observância, segundo a teoria, do núcleo essencial do direito fundamental, a restrição seja genérica e abstrata, e a haja a submissão ao princípio da proporcionalidade. Assim, a restrição irá desenvolver mais do que prejudicar o direito fundamental, sendo a atuação do legislador ordinário compatível com a proporcionalidade para não esvaziar o âmbito de proteção da norma constitucional, maculando a norma de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Direito fundamental; restrição; eficácia; âmbito de proteção.

ABSTRACT

The activity takes place of the ordinary legislator often calls on constitutional efficacy contained, ie, rules that are born full, but have limited their scope of effectiveness. Thus, this activity may restrict fundamental rights so that they can leave them empty, being necessary to impose a limit to this action. The modern theory that this action of the legislative framework is the theory of limits of limits, or limits to the limitation or restriction of fundamental rights. To guide the activity of the legislature, it is necessary to observe, according to theory, the core of a fundamental right, the restriction is generic and abstract, and there is submission to the principle of proportionality. Thus,

the restriction will develop more than undermine the fundamental right, and the performance of the ordinary legislator compatible with the proportionality not to empty the scope of protection of constitutional law, abusing the standard of unconstitutionality.

Keywords: Fundamental right; restriction; effectiveness; scope of protection.

1 Introdução

O tema ora abordado se refere à análise das possíveis limitações aos direitos fundamentais, expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), feitas pelo legislador infraconstitucional. A ideia permeia um âmbito de proteção do direito fundamental que precisa ser preservado quando trabalhado pelo legislador ordinário, para que não haja o esvaziamento do conteúdo desse direito fundamental. Conforme destaca Fernandes (2011), questiona-se aqui como restringir um direito fundamental e não eivar a prática de vício (inconstitucionalidade). Para isso, lança-se mão da chamada “Teoria dos limites dos limites”, que traduz um norte para a atuação legislativa ordinária, diante de uma norma constitucional de eficácia contida.

1.1 Considerações Sobre Direitos Fundamentais

Na evolução do Direito Constitucional, alguns apontam como evidente um constitucionalismo do futuro ou neoconstitucionalismo, de acordo com Lenza (2009), que passa pela ideia de concretização dos valores constitucionais e estruturação dogmática dos direitos fundamentais. Fernandes (2011) expressa parecer inegável à relação entre o avanço do constitucionalismo e a afirmação dos direitos fundamentais.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Nas palavras de Fernandes (2011, p. 229), os direitos fundamentais

Seriam, ao mesmo tempo, ora vistos como direitos de defesa (ligados a um dever de omissão, um não fazer ou não interferir no universo privado dos cidadãos), principalmente contra o Estado; mas ainda, como garantias positivas para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do mesmo Estado.

Dessa forma, os direitos fundamentais são fruto do desenvolvimento do direito, principalmente por estarem entrelaçados com os Direitos Humanos. Galuppo, *apud* Fernandes (2011, p. 231), sintetiza que:

Os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais ao longo da história. Assim, os direitos fundamentais não podem ser tomados como verdades morais dadas previamente, mas como elemento de constante processo de (re)construção, haja vista que sua justificação e normatividade decorrem de uma Constituição positiva, igualmente mutável.

Sendo assim, Bonavides (2004, p. 561) expressa que “falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais previstos no Ordenamento Jurídico, e não apenas em uma leitura reducionista, como direito oponíveis contra o Estado”.

Cavalcanti Filho² destaca que:

Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Dessa forma, Sena³ explora que os Direitos Humanos passam a ser reflexos dos valores da

sociedade positivados na Constituição. Ainda acrescenta a referida autora que,

Como constituem a base do ordenamento jurídico, os direitos e garantias fundamentais passam a assumir uma eficácia irradiante, formando uma correia de interligação com todos os direitos inseridos na ordem vigente. Tornam-se diretrizes para a aplicação e interpretação das normas jurídicas. Há, assim, uma filtragem constitucional: qualquer norma somente estará em conformidade com a Constituição se passar por este filtro.

Esboçados os primeiros aspectos dos direitos fundamentais, outro ponto de relevância diz respeito às características dos direitos fundamentais. Nunes Júnior, *apud* Lenza (2009), destaca algumas características, sendo as principais, necessárias a este trabalho, a historicidade, a universalidade, a concorrência, irrenunciabilidade e a limitabilidade (relatividade).

Assim, em breves linhas, faz-se a análise de cada característica, a começar da historicidade. Segundo Lenza (2009), os direitos fundamentais possuem caráter histórico, nascendo com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais. Adiciona Mendes (2009, p. 275) que se “afirma que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico.”

A universalidade é outra característica que se desponta nos direitos fundamentais. Nessa toada, Fernandes (2011, p. 248) assevera que, na universalidade, “reconhece-se como seu titular toda a coletividade jurídica, garantindo assim um sistema de igualdade na distribuição dos direitos fundamentais que não comporta discriminação de qualquer espécie.”

A concorrência se refere à possibilidade de se exercer cumulativamente os direitos fundamentais. Outra característica típica é a irrenunciabilidade que, segundo Fernandes (2011, p. 248), “apresenta a noção de que, em regra, direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por seu titular.”

² Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindadade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2012.

³ Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 22 maio 2012.

Acrescente-se, por fim, a limitabilidade, ou relatividade – este último termo, segundo alguns autores. Para Lenza (2009, p. 672),

Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição.

Tavares (2010, p. 558) aponta que

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, Fernandes (2011, p. 249) arremata que “não haveria possibilidade de absolutização de um direito fundamental (‘ilimitação’ de seu manuseio) pois ele encontraria limites em outros direitos tão fundamentais quanto ele.”. Dessa forma, das várias características abordadas, a relativização dos direitos fundamentais tem função vital para o desenvolvimento do tema aqui discutido.

1.1 O Âmbito de Proteção e a Restrição dos Direitos Fundamentais

Observa-se que a limitação de direitos fundamentais é possível, conforme já abordado, e deve ser tratada como um tema central da dogmática constitucional. Parte-se, assim, para apreciação do estudo do direito fundamental, da indispensável apreciação do âmbito de proteção deste direito, pois, segundo Mendes (2009), esta análise configura pressuposto primário para

aprofundar no entendimento de qualquer direito fundamental.

De acordo com Mendes (2009, p. 328), o âmbito de proteção de um direito fundamental “abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, a proteção fundamental.”. Ainda acrescenta o referido autor que “nos direitos fundamentais de proteção ou de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma a lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.”.

Nesse aspecto, observa-se que os direitos fundamentais possuem um determinado âmbito ou núcleo essencial de proteção, sendo, conforme comentários de Mendes (2009), aquela parcela ou fração da vida protegida por uma garantia fundamental. É necessária a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental para o exame das restrições possíveis de serem feitas na atividade do legislador ordinário.

Canotilho, *apud* Cavalcanti Júnior⁴, aponta que

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Vale dizer que a CRFB/88, com frequência, solicita a intervenção do legislador ordinário para restringir por lei a eficácia das normas que, conforme classificação de Silva (2011) são normas de eficácia contida. Sobre essas normas restringíveis, dispõe Oliveira (2012, p. 45) serem “aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas podem ter reduzido o seu alcance pela atividade do legislador ordinário, em virtude de autorização constitucional.”.

⁴ Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2012.

Assim, em muitos casos, a atividade legislativa comum se destina a restringir o âmbito de proteção de determinado direito fundamental. É o que se verifica, como exemplo, nos artigo 5.º, incisos XII, XIII, XXIX, XXVI, XXVII, XXVIII, XXXV e outros, da CRFB/88.

Nesse sentido, toma-se como exemplo o artigo 5.º, inciso XIII, da CRFB/88, que diz é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”. Este inciso comenta a liberdade de profissão, e se destaca por ser uma norma de eficácia contida, que, segundo Lenza (2009), pode a lei infraconstitucional limitar seu alcance, fixando condições ou requisitos para o pleno exercício da profissão.

Pelo exposto, vale dizer que, dependendo das condições ou requisitos, o legislador ordinário poderia tocar no núcleo essencial do direito fundamental, ferindo o âmbito de proteção dessa norma. Cavalcanti Filho⁵ desdobra essa possível restrição à liberdade de profissão, exemplificando:

é legítimo, portanto, exigir que alguém só possa clinicar se possuir o curso superior de Medicina. Porém, seria constitucional exigir que só podem exercer a advocacia pessoas que ostentassem o título de pós-doutor (Ph.D.) em Direito? Certamente, não. E por quê? Porque essa restrição desbordaria do razoável, restringiria tanto o direito fundamental que o tornaria vazio. Dito de outra forma: porque essa restrição violaria o próprio núcleo essencial (=essência) do direito em questão.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu como desproporcional a exigência de diploma de nível superior para jornalista, por observância do núcleo essencial do direito à liberdade de profissão. Colaciona-se a Ementa:

ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5.º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5.º,

XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5.º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. **A reserva legal estabelecida pelo art. 5.º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.** (Grifo nosso)

Mendes (2009, p. 331) ainda destaca:

Assinala-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

Carvalho (2009) aponta outro exemplo, expressando que o texto constitucional é explícito em seu artigo 5.º, XXXV, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”, ficando evidente que a intervenção legislativa não é apenas inevitável, como também necessária, vedando-se aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva.

Sena⁶ ainda comenta que “a lei infraconstitucional também pode ser utilizada para promover restrições aos direitos fundamentais quando retiram seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna ou para preservar um outro direito constitucionalmente assegurado.”. Dessa forma, observa Mendes (2009), extrai-se a conclusão de que direitos, liberdades, poderes e

⁵ Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2012.

⁶ Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

garantias são passíveis de limitação ou restrição, mas sendo guardando obediência ao âmbito de proteção da norma.

2 A Teoria dos Limites dos Limites

Tendo já abordado que há possibilidade de restrição de um direito fundamental que aguarda a reserva legal, cabe saber como se dará essa limitação, sem esvaziar o direito fundamental. Para essa resposta, parte da doutrina moderna trabalha com os chamados “limites dos limites”, que balizarão a ação do legislador infraconstitucional quando restringe direitos individuais. Conforme Mendes (2009, p. 348) “preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas.”.

Analisando a restrição aos direitos fundamentais, expressa Fernandes (2011):

A limitação deve surgir para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente em caso de colisão. Certo é que a restrição (limitação) não pode ser tal, que ao invés de desenvolver (dar mais efetividade) prejudique o direito fundamental (ou os direitos fundamentais em questão), amesquinhando-o(s) de tal forma que torne o ato (do legislador ou administrador) inconstitucional.

É importante estabelecer, nesta análise, os limites da atuação do Legislador infraconstitucional quando limitam direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Sena⁷ afirma que

o cerne da questão, no entanto, cinge-se aos moldes desta restrição, em cujo contexto insere-se a teoria dos limites dos limites, de origem alemã. Os direitos fundamentais podem ser limitados tanto por determinação expressa da Constituição, quanto por lei ordinária com fundamento imediato naquela, porém tais restrições são limitadas.

Para Dimoulis, *apud* Cavalcanti Filho⁸, “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário.”.

Em conformidade com o acima abordado, Fernandes (2011) delimita que frente à possibilidade da lei infraconstitucional restringir direitos e garantias fundamentais, exige-se a imposição de determinados requisitos limitadores (parâmetros), trazidos pela teoria dos limites dos limites, que são a observância do núcleo essencial, a restrição genérica e abstrata, e a submissão ao princípio da proporcionalidade.

Nessa visão, há um perigo de se atingir o núcleo essencial do direito fundamental, eivando de vício de inconstitucionalidade a lei infraconstitucional, ferindo o âmbito de proteção da norma e, por necessidade de ponderação, será a teoria dos limites dos limites norteadora da atividade legislativa infraconstitucional. Destaca Mendes (2009, p. 353) que “a não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”.

Sobre a teoria dos limites dos limites, destaca Fernandes (2011, p. 252):

[...] a teoria dos limites dos limites (Schranken – Schranken), ou seja, limites (com base em determinados parâmetros) para limitação (restrição) dos direitos fundamentais. Assim sendo, critérios (limites) para que tais limitações ocorram foram estabelecidos [...].

Cavalcanti Filho⁹ comenta que

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a pontos de torná-los verdadeiras conchas vazias. Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofre limitações: é a teoria dos limites dos limites.

Estabelecendo um limite a atuação do legislador ordinário ao restringir direitos fundamentais, toma-se como primeiro parâmetro para a atividade do legislador a observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais que,

⁷ Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

⁸ Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindadade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2012.

⁹ Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindadade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2012.

como destaca Mendes (2009), é inequívoco que o Princípio da Proteção do Núcleo Essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte, fazendo-se necessária a observação constante pelo legislador ordinário.

Sena¹⁰ disserta que

O núcleo essencial apresenta-se como o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de criar grave situação inconstitucional. Desta forma, as limitações aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação do núcleo essencial.

Dessa forma, invoca-se como necessário o Princípio da Proteção do Núcleo Essencial, pois a atividade do legislador ordinária de restringir direitos fundamentais só se mostra válida respeitando esse núcleo essencial de proteção. Como expressa Mendes (2009, p. 350), o princípio em foco “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.

Ainda ratifica Fernandes (2011, p. 256) que qualquer limitação (restrição) aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, “o núcleo essencial que envolve diretamente os direitos fundamentais e, por derivação, a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada”.

A doutrina aponta duas teorias sobre o núcleo essencial de proteção do direito fundamental, sendo elas a teoria absoluta e a relativa. Conforme Cavalcanti Filho¹¹ “de acordo com a teoria absoluta, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado em hipótese alguma. Já de acordo com a corrente relativa, esse núcleo básico poderia variar de acordo com o caso concreto”.

Quanto às teorias, assevera Mendes (2009, p. 351) que “tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar maior proteção dos

direitos fundamentais, na medida em buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada”. Não há consenso doutrinário sobre qual deve prevalecer, sendo a maior inclinação sobre a teoria absoluta, conforme se vê nos dizeres de Dimoulis, *apud* Carvalho Filho¹², “defender que existe um núcleo essencial, mas que ele é relativo significaria, na prática, retirar-lhe qualquer utilidade”.

Assim, a Suprema Corte entende como essencial a observância do núcleo de proteção do direito fundamental, conforme Sena¹³, no julgamento do HC 82.959, sendo o Relator o Ministro Marco Aurélio, “marca-se a contemplação do núcleo essencial, assegurando a proteção ao direito fundamental da individualização da pena”, *in verbis*:

A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nota Maria Lúcia Karam, com a vedação da progressividade em sua execução, **atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5.º da Carta de 1988, o preconiza e garante.** (grifo nosso).

O segundo parâmetro estabelecido na mencionada teoria, pela própria defesa da isonomia, está na observância de cunho geral e abstrato das restrições, ou seja, como desenvolve Fernandes (2011, p. 253), “as limitações devem abarcar uma constelação de situações e indivíduos, mostrando proibido o uso da legislação como forma de criar limitações casuísticas, que gerem discriminações absurdas ou arbitrárias (desarrazoadas)”.

Salienta Sena sobre o aspecto geral e abstrato da restrição que

A teoria dos limites dos limites impõe, ainda, que a restrição deve ser e abstrata. Nestes termos, a lei que venha a limitar o direito

¹⁰ Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹¹ Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindadade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹² Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindadade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹³ Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

fundamental não pode ser casuística, discriminatória, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade material e da segurança jurídica. Do mesmo modo, a interpretação das normas que venham dispor de restrições a esse direito deve ser feita de forma a evitar contradições com a Constituição. A ingerência no âmbito dos direitos fundamentais a pessoas determinadas, atingindo-as individual e concretamente afronta os postulados básicos do Estado Democrático de Direito, que veda o tratamento desigual e arbitrário no sentido de prejudicar ou beneficiar tais pessoas.

O último parâmetro vinculador é o princípio da proporcionalidade que, conforme construção doutrinária, em especial Fernandes (2011), para sua plenitude, subdivide-se o princípio em subprincípios, quais sejam a adequação (meio que deve ser apto ao fim visado), a necessidade (não deve haver outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo) e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o ônus com a medida restritiva deve ser menor que o bônus.

O subprincípio da adequação, de acordo com Mendes (2009, p. 366), “exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.”. Para Sena, tendo em vista a teoria dos limites dos limites e o subprincípio da adequação “a restrição é possível se for suficiente para alcançar o pretendido.”.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade, segundo Fernandes (2011, p. 257), “a única forma de alcançar o fim visado deve ser pela restrição ou limitação ao direito fundamental, visto que não há outro meio menos gravoso.”. Mendes (2009, p. 366) expressa de forma semelhante, ao comentar que “o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.”.

Salienta ainda Mendes (2009, p. 366) que “em outros termos, o meio não será o necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.”. Arremata o referido autor que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.”.

Nesse viés, cabe ainda a observância do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que, de acordo com Mendes (2009, p. 366), “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.”.

Em outros termos, conforme Fernandes (2011), o subprincípio exposto está em uma relação de custo/benefício. Assim, sintetiza Mendes (2009, p. 367) que “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.”.

Em razão de todo exposto até aqui, tendo por base a preocupação com a atividade do legislador ao restringir direitos fundamentais e a verificação da teoria dos limites dos limites, toma-se nota de um quadro de Pieroth e Schlink, *apud* Mendes (2009, 391), que explicita um norte para a limitação de direitos fundamentais:

Exame de constitucionalidade da lei restritiva de direito

I – a conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental?

II – a disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III – essa intervenção justifica-se do prisma constitucional?

[...]

4. a restrição atende ao princípio da proporcionalidade?

4.1 a restrição é adequada?

4.2 a restrição é necessária?

4.3 a restrição é proporcional em sentido estrito?

5. o núcleo essencial do direito fundamental foi preservado?

6. a lei é suficientemente genérica ou afigura-se aplicável apenas a determinado caso (lei casuística)?

[...]

Por fim, Fernandes (2011) completa que, pelo uso dos parâmetros (limites) acima esboçados, a restrição irá desenvolver mais do que prejudicar o direito fundamental. Dá-se o norte para a discussão da atividade do legislador infraconstitucional quando implica restrições a direitos fundamentais, evitando-se assim o esvaziamento e o conseqüente vício de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2011. Organização de Marcos Antônio Oliveira Fernandes. Coordenação de Anne Joyce Angher.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961/SP. Ministro Gilmar Mendes. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 nov. 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Joao%20Trindade%20-%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso entre: 22 e 30 maio 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENA, Renata Martins. *Direitos e garantias fundamentais e a teoria dos limites dos limites*. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_renata1.pdf>. Acesso em: 22 maio 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARTIGOS DE EGRESSOS

A REPÚBLICA: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA DA SELEÇÃO DE FÁBULAS NO ENSINO JURÍDICO

Igor Ramos Rosa¹

RESUMO

Trata-se de artigo produzido a partir das discussões e pesquisas desenvolvidas no Grupo de Estudos Jurídicos Críticos da Faculdade de Direito Santo Agostinho, que tem como objeto de estudo o ensino jurídico. Especificamente aborda este artigo a teoria da seleção de fábulas, descrita no livro “A República” de autoria de Platão, apresenta-se como o assunto central o controle do que é ensinado para as crianças e também no curso de Direito. Defende-se que a teoria de Platão de filtragem das fábulas deve ser aceita, bem como se ressalta sua existência no atual ordenamento jurídico. Em considerações finais, apresenta-se que a filtragem se faz necessária desde a educação infantil até o ensino superior, com o intuito de garantir um adulto/profissional qualificado e com competências exigidas pelo atual mercado.

Palavras-chave: ensino jurídico, educação, seleção.

THE REPUBLIC: an approach of the theory of fables' selection in legal education

ABSTRACT: This work was produced through discussions and surveys conducted by the Critical Legal Studies Group, from the Faculty of Law St. Agostinho, whose object of research is the legal education. In this work, it's talked about the selection of fables, described in the book "The Republic" written by Plato, presents as the central subject the control that is taught to children as well as in law school. It is argued that Plato's theory of filtering fables must be accepted and, as well, it is pointed out its existence in the current legal system. In conclusion, it appears that the filtering is needed from early childhood education to higher superior education in order to ensure an adult qualified professional and skilled, required by the current market.

Keywords: legal education, education, selection.

1 Introdução

O presente artigo foi produzido a partir das discussões desenvolvidas no Grupo de Estudos Jurídicos Críticos, que tem como objeto de estudo o ensino jurídico.

Quando da análise da obra “A República”, de autoria de Platão, buscou-se apreciar os ensinamentos ali contidos e sua possível aplicação nas bases metodológicas do ensino jurídico.

Neste trabalho, analisa-se a teoria apresentada por Platão que determina a seleção das fábulas que serão ensinadas às crianças, verificando se há aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e em qual medida pode ser utilizada no ensino jurídico. Tem como questionamento central: a seleção proposta por Platão deve ser aplicada ou trata-se de censura prévia injustificada?

Como primeira hipótese, apresenta-se a seleção como necessária, uma vez que a formação determinará o futuro do indivíduo, razão pela qual deve ser realizada da melhor maneira possível.

Para confirmar ou refutar essa hipótese, utiliza-se o método de procedimento monográfico e o método de abordagem, dedutivo.

2 Teoria de Seleção de Fábulas no Livro “A República”, de Platão

A formação do indivíduo é tema recorrente nos escritos que postulam sobre ensinamentos filosóficos para a vida, encontrando-se, inclusive nos ensinamentos de Salomão (Provérbios 22, 6) que é enfático em dar a relação de causa e efeito na formação humana ao dizer que “Educa a criança no caminho em que deve andar; e até quando envelhecer não se desviará dele.”.

A discussão sobre educação, principalmente a infantil, como já visto na citação bíblica, não é algo recente. No livro “A República”, escrito por Platão, no diálogo transcrito a seguir, observa-se a

¹ Advogado, Especialista em Direito Público.

preocupação com a educação daqueles que estavam iniciando a vida (2009, p. 65-66):

[...]

- Ora, tu sabes que, em qualquer empreendimento, o mais trabalhoso é o começo, sobretudo para quem for novo e tenro? Pois é sobretudo nessa altura que se é moldado, e se enterra a matriz que alguém queira imprimir numa pessoa?

- Absolutamente.

- Então, havemos de consentir sem mais que as crianças escutem fábulas fabricadas ao acaso por quem calhar, e recolham na sua alma opiniões na sua maior parte contrárias às que, quando crescerem, entendemos que deverão ter?

- Não consentiremos de maneira nenhuma.

- Logo, devemos começar a vigiar os autores de fábulas, e selecionar as que forem boas e proscrever as más. As que forem escolhidas, persuadiremos as amas e as mães a contá-las às crianças, e a moldar as suas almas por meio de fábulas, com muito mais cuidado do que os corpos com as mãos. Das que agora se contam, a maioria deve rejeitar-se.

Verifica-se que, neste trecho, é proposta a seleção de quais serão as fábulas a serem ensinadas às crianças, com a finalidade de garantir uma boa formação.

Conduzindo de forma a surtir os efeitos desejados, é proposto que depois de selecionadas as boas fábulas, houvesse mecanismos de obrigar as mães e as amas a ensinarem às crianças aquelas fábulas escolhidas.

As fábulas são conceituadas segundo Ferreira (1999, p. 870):

Fábula. [Do lat. *Fabula*] S. f. 1. Historieta de ficção, de cunho popular ou artístico. 2. Narração breve, de caráter alegórico em verso ou prosa, destinado a ilustrar um preceito....

Entretanto, através do proposto, estende-se o conceito de fábula, e utiliza-o como nomeador de todas as formas de repasse de ensinamento, tal como os programas de televisão, revistas ou outro meio informativo existente.

O sistema de seleção das fábulas é pensado para garantir a boa formação, uma vez que a criança está em desenvolvimento e, por isso, está mais vulnerável a aceitar influências, tanto agradáveis como desagradáveis.

O cuidado na seleção das influências é

encontrado também em Aristóteles (2011, p. 37), que considera que o aprendizado infantil refletirá na fase adulta:

Em uma palavra: nossas disposições morais nascem de atividades semelhantes a elas. É por esta razão que devemos atentar para a qualidade dos atos que praticamos, pois nossas disposições morais correspondem às diferenças entre nossas atividades. **E não será desprezível a diferença se, desde a nossa infância, nos habituarmos desta ou daquela maneira.** Ao contrário, terá imensa importância, ou seja, será decisiva. (grifos nossos).

E em outro trecho, Aristóteles, de forma mais incisiva, mostra sua preocupação com a forma de educação (2011, p. 39) ao dizer que “[...] Por isso, como diz Platão, deveríamos ser educados desde a infância de maneira a nos deleitarmos e de sofrermos com as coisas certas; assim deve ser a educação correta.”.

Aristóteles demonstra a importância da educação não só de forma teórica, mas aborda a necessidade de se constituir hábitos virtuosos desde a infância, considerando que será importante na formação do adulto.

Cercam-se de razão esta preposição de Aristóteles e a preocupação de Platão sobre o conteúdo ensinado, pois o ensinamento de valores imorais fatalmente acarretará em indivíduos que adotarão tais posturas por considerarem como normais.

O adulto somente será bem formado se, desde criança, receber a devida e cuidadosa educação, a fim de que se garanta o contato com informações que prestigiem o bom caráter.

3 A Seleção de Fábulas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Até este momento, considerou a seleção de fábulas como uma teoria filosófica. Apresenta-se, neste instante, sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de se averiguar a existência ou não da sua utilização, a fim de se impedir que a criança tenha contato com informações que não edificam sua educação.

O primeiro documento a ser analisado é Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao

adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos).

Esse artigo constitucional, em seu início, coloca a Família, a Sociedade e o Estado como garantidores dos direitos das crianças e dos adolescentes, relevando que todos são responsáveis da formação destes seres participantes da sociedade.

Esse mandamento não somente envolve todos os entes, como também utiliza a expressão “absoluta prioridade”, que aparece somente uma vez na CRFB/88 demonstrando que o cuidado com a criança e o adolescente é de primeira ordem e este é o pensamento que deve ser seguido em todo o ordenamento. Razão pela qual se percebe, desde já, que não somente na época de Platão se preocupava com a educação e formação das crianças: esta é uma das preocupações do mundo moderno; sobretudo, no Brasil.

A partir dessa premissa de prioridade absoluta, deve ser observado o diploma legal específico que rege as relações entre Sociedade, Estado e Criança e Adolescentes. Trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que, além de outros princípios, rege-se pelo princípio da proteção integral. Por sinal, este princípio é o pilar para toda a interpretação do diploma mencionado.

No art. 4.º do ECA se percebe que a expressão “absoluta prioridade” é repetido, balizando-se com o disposto na CRFB/88:

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
[...].

Sem necessitar discutir artigo por artigo do ECA, apresentam-se alguns, com o intuito de mostrar que pouco ou nada se mudou desde os escritos de Platão.

Assim se acha descrito no ECA:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como

peças humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Mostra-se peculiar a denominação dada pelo ECA àqueles que visa proteger, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, situação especial que requer cuidados redobrados, razão pela qual se mostra condizente com o pensamento expresso no livro em análise que busca, por causa disso, a melhor formação deste ser. E que, por isso, utiliza-se dos meios necessários como a filtragem de conteúdo.

Situação idêntica se encontra determinado no art. 53 do mesmo estatuto: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: [...]”. Mais uma vez, o ECA coloca a necessidade de se preocupar com a situação especial que vive este ser, ou seja, o fato de não estar completa a sua formação, e que, em razão disso, pode sofrer em maior grau as influências boas ou ruins do ambiente em que vive.

Já o art. 71 do ECA prescreve:

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que **respeitem sua condição peculiar** de pessoa em desenvolvimento. (grifos nossos).

Neste artigo de lei, encontra-se destacada a condição especial que envolve a criança e o adolescente, motivo pelo qual se devem adotar medidas que possibilitem assegurar sua boa formação. E um dos mecanismos disponíveis para promover a boa educação é a seleção do que se é ensinado. A teoria escrita em Platão encontra-se positivada, de forma mais consistente, no art. 74 do ECA, que determina:

Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Momento em que se coloca o Poder Público, como está escrito também no livro, como aquele que regulará o que estes jovens devem ter ou não acesso.

E se reforça no art. 76 do ECA:

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Por este trecho se percebe que há uma ordem que somente permite a exibição de certos tipos de programa e só permite com o devido aviso de classificação.

Trata-se do verdadeiro controle de fábulas, utilizando os meios existentes na atualidade e sendo mais amplo que as histórias, incluindo qualquer tipo de exposição que este jovem pode sofrer.

4 A Seleção de Fábulas e sua Aplicação ao Ensino Jurídico

Até o momento, abordou-se neste artigo a análise da teoria e sua aplicação no ensinamento das crianças e dos jovens, como foi proposta por Platão. Neste momento, abstraindo-se da ideia original, analisa-se a teoria perante o ensino jurídico, e se sua aplicação é viável.

Inicialmente, percebe-se que a seleção dos ensinamentos também existe no ensino jurídico. E a barreiras filtradoras são inúmeras.

Sem a pretensão de esgotar o tema, serão analisados alguns desses filtros, buscando perceber sua aproximação com a teoria platônica.

4.1 O Professor

O professor é um dos principais filtros que se pode encontrar no ensino jurídico, pois a este cabem a tarefa de ensinar/repassar a matéria, e a metodologia, livros e avaliações.

Acontece, muitas vezes, de haver a imposição aos alunos apenas de uma visão ideológica da matéria, limitando até mesmo as respostas dos alunos em provas, caso estas não estejam de acordo com a sua (do professor) visão de mundo.

Outra forma de filtragem aparece na escolha do conteúdo, material e metodologia de apresentação da aula, que são elementos conexos.

Quando um professor indica certo livro, neste momento já há a relação de filtragem, uma vez que apresenta qual o livro que possivelmente irá utilizar

para repassar o conteúdo.

Por este momento já se apresentam dois tipos de filtragem. Para o professor, foi a busca do bom material que o fez indicar aquele específico livro. E a sua metodologia está diretamente ligada ao tipo de livro.

Neste momento, apresenta-se um bom uso da seleção de fábulas. Em outros termos, a visão do professor é que a seleção dos conteúdos ministrados garantirá que se formem bons alunos e, conseqüentemente, bons profissionais.

E, para que essa boa seleção aconteça, faz-se necessário que esteja adequada ao modelo de ensino em sala de aula, que será o próximo tópico abordado.

4.2 A Metodologia de Ensino na Sala de Aula

Em uma análise mais detalhada deste espaço, observa-se que, atualmente, encontram-se duas principais formas metodológicas de ensino: as consideradas tradicionais e as em formato de cursinho, sobretudo os telepresenciais.

No formato tradicional, o professor apresenta a matéria de forma mais detalhada e em ritmo menos acelerado, possibilitando as manifestações dos alunos e auxiliando, de forma individual, aos alunos que necessitarem. Neste momento, faz-se necessário um limite de alunos por sala, para que haja o devido auxílio àqueles que precisarem. A função precípua do professor são o ensino e a formação crítica do aluno.

No “modelo cursinho”, apresentam-se matérias condensadas em mínimas horas possíveis, sem explicações aprofundadas e sem espaço para qualquer interrupção dos alunos. Por não haver auxílio de forma individual pelo professor expositor, não há qualquer limite de alunos por aula, podendo ser transmitido até mesmo via satélite, garantindo que o conhecimento será transmitido da mesma forma. Sua função é basicamente a de relembrar os conteúdos vistos na educação seriada, auxiliar em métodos de realização de provas específicas e transmitir o maior número de informações objetivas para determinadas provas.

Nestes dois modelos, a filtragem ocorrerá de acordo com a função da aula. Se se busca a formação de alguém, deve ser apresentado um conteúdo de forma a possibilitar a participação, a resolução de perguntas naquele momento, a fim de se garantir que o ensinado está sendo compreendido. Entretanto, se o objetivo é a aprovação em algo específico (como um exame de suficiência

determinado, como os processos seletivos), buscam-se relembrar o máximo que já foi aprendido e ensinar técnicas de memorização para ser empregado no momento da prova.

São dois objetivos distintos que permitem que o conteúdo seja transmitido de forma distinta.

4.3 A Instituição de Ensino

Existe a filtragem, também, a partir da ideologia/filosofia da faculdade. Ela acontece quando a faculdade adota algum ritmo de aprendizado, baseado em alguma doutrina central. Muitas vezes essa doutrina é repassada de forma velada; outras vezes, é bem divulgada.

Uma forma de detectar qual é a ideologia da faculdade é observar os livros disponíveis para pesquisa em sua biblioteca e quais são os mais citados nos planos de ensino. Desta forma, pode-se perceber qual linha de pesquisa adotará a faculdade e qual é a sua forma filosófica de atuar.

Outra forma de seleção é a maneira como a instituição de ensino se comporta perante o mercado. Caso seu objetivo seja a formação de bons profissionais, terá como filosofia a sustentabilidade de debates em sala de aula, com o intuito de formar profissionais capazes de pensar o novo. Entretanto, caso seu objetivo seja exclusivamente o lucro, a faculdade adotará o pensamento do “quanto mais, melhor” e, com isso abarrotará suas salas de alunos, impedindo que haja um trabalho individualizado, trazendo para dentro da faculdade a mentalidade do cursinho de que “eu apresento o conteúdo o aluno que estude sozinho.”. Como consequência, as aulas se mostram cada vez mais dogmáticas, uma vez que uma sala, com sessenta alunos, por exemplo, não permite que haja a formação de sessenta pensadores críticos, pois não há como promover a participação de todos em uma discussão de um problema.

Como se observa nas considerações anteriores, um bom uso das seleções das fábulas no ensino jurídico poderá promover a formação de profissionais capacitados a atuar no mercado de trabalho. De igual modo, o mau uso das seleções promoverá a diplomação de pessoas incapacitadas do exercício profissional. Razão pela qual a seleção

se mostra necessária no ensino jurídico e sua aplicação deve ser com o objetivo da formação do bom profissional.

5 Considerações Finais

Considerando todo o exposto, percebe-se que a teoria proposta no livro de Platão revela uma preocupação que perpassa pelo tempo. A formação da criança e do jovem é assunto de suma importância e presente nas pautas de discussões em leis e em outros escritos filosóficos.

Desta forma, até os dias de hoje, quando se busca formas de garantir a boa educação, recorrem ao proposto no livro em exame, considerando que é saudável a seleção daquilo que é permitido o acesso à criança e ao adolescente.

Destarte, em considerações finais, confirma-se a hipótese inicialmente apresentada, uma vez que a filtragem se faz necessária desde a educação infantil até o ensino superior, com o intuito de garantir um adulto/profissional qualificado e com competências exigidas pelo atual mercado.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Ave Maria, [19__].
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificada 27 set. 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- PLATÃO. *A república*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Lorena Moreira Santos¹

RESUMO

O presente artigo objetivou analisar o instituto da responsabilidade civil do Estado, verificando-se o seu surgimento e evolução histórico-social até os atuais contornos visualizados pela sociedade no ordenamento jurídico nacional. Ao final, conclui-se que no direito brasileiro inexistiu a fase da irresponsabilidade civil do Estado, vez que em todas as fases de seu desenvolvimento constitucional sempre houve previsão da responsabilidade civil do Estado. Percebe-se que com o decorrer do tempo as normas foram se adaptando à realidade vivida pela sociedade, buscando-se cada vez mais assegurar à vítima o direito a indenização pelo mal sofrido.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado, evolução histórica, direito positivo brasileiro.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institution of civil liability of the state, verifying their creation and socio-historical developments up to the actual contours viewed by society in national law. At the end, it is concluded that under Brazilian law nonexistent phase of the irresponsibility of the civil state, since in all phases of its development there have been predicting the constitutional liability of the state. It can be seen that over time the rules were adapting to the reality experienced by society, seeking to increasingly ensure that victims have the right to compensation for harm suffered.

Keywords: civil liability of the state, historical evolution, positive law in Brazil.

1 Introdução

O instituto da responsabilidade civil tem relevância social e jurídica pelo fato de que todo

aquele que tem um direito violado e sofre algum dano de ordem patrimonial ou moral, tem interesse de ser ressarcido. Sendo assim, a responsabilidade civil tem a finalidade de preservar a ordem jurídica, estabelecendo medidas punitivas ao infrator, como restabelecer o *status quo ante* ou, diante da impossibilidade, ao pagamento de um valor pecuniário à vítima a título de compensação.

A responsabilidade civil do Estado passou por várias transformações no decorrer de seu desenvolvimento histórico até atingir aos atuais contornos jurídicos visualizados pela humanidade. É este o objetivo deste trabalho: analisar a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro.

Serão abordados os seguintes assuntos: distinção entre obrigação e responsabilidade; breve conceito de responsabilidade civil; teoria da irresponsabilidade; a evolução histórica do instituto, e por fim o desenvolvimento constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, é importante ressaltar que no direito positivo brasileiro inexistiu a fase da irresponsabilidade. E o primeiro dispositivo legal a tratar da responsabilidade do Estado foi o Código Civil de 1916. Desde então, todas as constituições editadas previam a responsabilidade do Estado, distinguindo-se apenas no que se refere à fundamentação. A vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) consagra em seu artigo 37, parágrafo 6.º, a responsabilidade civil do Estado.

2 Obrigação e Responsabilidade (distinção)

O vocábulo **responsabilidade** originou-se do verbo latino *respondere*, designando a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas pelo ato ilícito praticado; contém a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual o devedor estará vinculado nos contratos verbais do direito romano.

O Novo Dicionário da Língua Portuguesa apresenta o conceito do termo *responsabilidade*:

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

1. Qualidade ou condição de responsável.
2. *Jur.* Capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário de punibilidade. (FERREIRA, 1993, p. 1.496).

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 3):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou na punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses do lesado.

Com base no conceito referido, pode-se dizer que haverá responsabilidade quando um indivíduo responder pelos próprios atos ou pelos atos de outrem, devido a um dano causado a terceiro, uma vez que se encontra responsável pelo ato ilícito cometido.

Cavaliere Filho (2010) apresenta os significados dos termos *schuld* e *haftung*, palavras da língua alemã que designam o vínculo existente entre o credor e devedor. Compõe-se esse liame de dois momentos: *schuld* (débito, dever) e *haftung* (responsabilidade). Pode-se dizer que, numa relação obrigacional, o devedor tem num primeiro momento *schuld* (dever) de cumprir espontaneamente a obrigação assumida. Em um segundo momento, caso não seja cumprida a prestação ajustada, haverá *haftung* (responsabilidade).

De acordo com Gonçalves (2008), a obrigação que se origina de fontes diversas deve ser cumprida de forma livre e espontânea. Como ocorre na relação entre credor e devedor, a qual se extingue com o cumprimento de determinada prestação. Caso o sujeito passivo não cumpra a obrigação e vier se tornar inadimplente, surge a responsabilidade.

3 Responsabilidade Civil (conceito)

O Direito Positivo brasileiro consagra normas que são inerentes à vida em sociedade e propícias a uma harmoniosa convivência, sendo que todos aqueles que infringirem tais normas e causarem algum dano a terceiros serão responsabilizados. A responsabilidade do Estado, numa acepção ampla, é o dever de reparar o dano causado a terceiro em

virtude de um ato ilícito praticado por um agente público, nesta qualidade.

A doutrina ensina que “A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais ou morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado.” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 806).

Com base neste conceito, pode-se inferir que, caso haja agressão ao direito de um particular, o infrator ficará sujeito ao pagamento de reparação pecuniária à vítima. É um meio de ressarcir ou indenizar a parte pelos danos sofridos.

4 Teoria da Irresponsabilidade

Com o nascimento do Estado moderno, vigorou por muito tempo o princípio da irresponsabilidade do Estado. Predominava a ideia de “soberania”: o Rei encontrava-se acima da própria lei.

Para Di Pietro (2006), o Estado exerce o poder absoluto, e por isso não pode agir contra ele mesmo. Surgem, desse modo, as concepções de que “o rei não pode errar”; “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”; “o Estado atua para atender o interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso.” Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria igualá-lo aos seus subordinados, já que o Estado era soberano e seu poder incontestável.

Segundo Carvalho Filho (2009, p. 522), “Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundia com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável [...]”.

Nesse mesmo sentido dispõe Di Pietro (2006) que a teoria da irresponsabilidade logo foi contestada pela injustiça de o Estado não ser responsabilizado ante os danos que seus próprios funcionários causavam à população. Se o Estado é pessoa jurídica de direito público, tem deveres e obrigações, não podendo deixar de responder pelos danos causados à sociedade.

4.1 Teorias Civilistas

Numa segunda fase, nos dizeres de Cavaliere Filho (2010), a irresponsabilidade do Estado passou para uma concepção civilista da responsabilidade estatal, fundada na culpa do funcionário e nos

princípios da responsabilidade por fato de terceiro.

Para definir a responsabilidade do Estado com base na culpa, distinguiam-se os atos de império e os atos de gestão.

De acordo com Di Pietro (2006), os atos de império seriam os praticados pelo Estado com todas as prerrogativas e privilégios que lhe eram concedidos, e impostos de forma coercitiva ao indivíduo. A prática de tais atos era concedida apenas ao Estado em sua posição suprema. O cidadão comum jamais poderia exercer atos semelhantes aos da Administração. Já os atos de gestão seriam aqueles em que o Estado atuava como um particular, ou seja, em posição de igualdade com o cidadão, ao passo que, nos atos de império, a responsabilidade do Estado era regida por um direito especial (posição de supremacia).

Posteriormente, já com a responsabilização do Estado, adotava-se uma forma de minimizar os prejuízos causados a terceiros. Porém, para fins de responsabilidade, somente se admitia os atos de gestão. O Rei praticava atos de império e o Estado, atos de gestão.

Segundo Di Pietro (2006), essa distinção logo foi rejeitada, devido à grande dificuldade de se dividir a personalidade do Estado e ainda, pela impossibilidade de equiparar como atos de gestão todos os atos praticados pelo Estado em sua administração.

4.2 Teorias Publicistas

A respeito da teoria publicista, Di Pietro (2006, p. 620) expõe a seguinte lição:

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi adotado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi acolhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de

funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Com o surgimento das teorias publicistas, consagra-se a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco administrativo.

A teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, “[...] procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.” (DI PIETRO, 2006, p. 621).

Desse modo, pode-se dizer que houve uma evolução da culpa individual em que o próprio funcionário responde por seus próprios atos, para a culpa anônima do serviço público; pela qual o agente causador do dano não é identificado e se considera que o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado. Portanto, haverá a culpa do serviço ou culpa administrativa, sendo o Estado responsável, independentemente da culpa do empregado.

“Na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o *fato do serviço*. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.” (MEIRELLES, 2008, p. 658).

Sobre a teoria do risco, Cavalieri Filho (2010, p. 142) explicita:

[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e deve ser reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

A teoria do risco administrativo serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, abstraindo-se da discussão do dolo ou culpa.

Pode-se dizer, com base na teoria do risco, que todo aquele que desenvolve uma atividade perigosa ou que cause algum dano, deve assumir os riscos e responder pelos danos decorrentes do desenvolvimento de sua atividade.

5 Evolução Histórica da Responsabilidade

De acordo com Diniz (2003) a evolução da responsabilidade civil se deu da seguinte forma: nos primórdios da civilização humana, a responsabilidade civil fundava-se na vingança coletiva, que era caracterizada pela reação conjunta de um grupo contra o agressor, quando um de seus componentes era ofendido.

Evoluiu, em seguida, para uma reação individual, quando passou a ser uma vingança em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, ou seja, era uma vingança privada: o ofendido reagia ao dano de maneira imediata, brutal e instintiva, prevista na Lei de Talião, conhecida genericamente pela expressão “olho por olho, dente por dente.”.

Nessa etapa evolutiva, assinala a mesma autora que, com o passar do tempo, o Poder Público começou a intervir apenas com o propósito de evitar punição em excesso, declarando quando a vítima poderia ter direito à vingança, causando ao autor do ato ilícito um dano semelhante ou igual ao sofrido pelo lesado. Este critério se encontra presente na Lei das XII Tábuas, tábua VII, lei 11.ª: “*si membrum rupsit, ni cume o pacit, talio esto*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo).

Posteriormente, houve o período da composição, em que havia uma tentativa de conciliação entre as partes. Era uma faculdade que tinha o ofendido de substituir a retaliação ao agente por uma compensação de ordem econômica. O autor repararia o dano mediante prestação de pagamento de certa quantia em dinheiro.

Em seguida, ainda segundo Diniz (2003), surgiu a *Lex Aquilia de damno* que estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma ideia de reparação pecuniária do dano, em razão do valor da *res*, apontando a noção de culpa como fundamental para a caracterização da responsabilidade. Nessa fase, sem a caracterização da culpa não havia que se falar em responsabilidade. A citada lei deu início ao *damnum iniuria datum*, a diminuição do patrimônio do causador do dano deve ser significativa, porém, sem servir de enriquecimento à vítima: é apenas uma compensação razoável pelo dano sofrido.

Outros tempos se passaram e o Estado começou a intervir nos conflitos privados, pois as sanções impostas por esta lei passaram a ser aplicadas tanto aos casos de danos por omissão como àquelas situações em que não houvesse um efetivo estrago físico ou material.

O Estado era quem determinava o valor a ser pago, que deveria ser proporcional ao prejuízo sofrido. E a vítima era obrigada a renunciar à vingança e aceitar a composição. Já não se tratava mais uma faculdade, como ocorria antes.

6 Evolução no Direito Positivo Brasileiro

No Brasil, inexistiu a fase da irresponsabilidade civil do Estado, na qual a Administração Pública negava a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes pudessem causar aos administrados. Baseava-se no fundamento de que o Estado absoluto ou Estado de Polícia não causaria danos a nenhum ser, expressado pelas fórmulas *le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal) e *the king do no wrong* (o rei não erra).

O desenvolvimento da responsabilidade civil no Direito Positivo brasileiro se robusteceu após a edição da primeira Constituição, quando o Brasil foi constituído, propriamente, como nação. Segundo Di Pietro (2006), a Constituição do Império, outorgada em 1824, não continha disposições acerca da responsabilidade do Estado, mas já consagrava o princípio da responsabilidade dos agentes públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de sua função.

O Código Civil de 1916, precisamente em seu artigo 15, foi o primeiro dispositivo legal a tratar da responsabilidade do Estado. E se filiou à teoria subjetiva, exigindo-se a configuração de culpa ou dolo do causador do dano para a obrigação de repará-lo.

De acordo com Diniz (2003), a responsabilidade civil evoluiu também em relação ao seu fundamento (obrigação do lesado de reparar o dano moral ou patrimonial, causado à vítima em decorrência de uma atividade ilícita), uma vez que, antes, para que houvesse a reparação, era imprescindível a comprovação de culpa (responsabilidade subjetiva). E passou a ser ampliada para a indenização de danos sem existência de culpa (responsabilidade objetiva).

A evolução constitucional da responsabilidade civil do Estado no Direito Positivo brasileiro, de acordo com Coelho (2004) seguiu as seguintes fases:

- a Constituição de 1934 e a de 1937 consagraram a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, na esfera da responsabilidade subjetiva;

- a Constituição de 1946 adotou a teoria da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo;
- a Constituição de 1967 conservou a responsabilidade objetiva pelo risco, sendo que a Administração Pública era obrigada a indenizar os danos que seus agentes causassem a terceiros por atos omissivos ou comissivos;
- a vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) também consagrou a responsabilidade objetiva, em seu artigo 37, § 6.º, contemplando, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela decorrente da conduta omissiva, e incluindo ainda as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

7 Considerações Finais

Durante muito tempo, prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. Essa formulação baseava-se na ideia de soberania, quando a figura do rei se encontrava ainda acima da própria lei. Essa teoria logo foi contestada pela injustiça de o Estado não poder ser responsabilizado pelos danos que seus funcionários causassem aos então súditos. Verificou-se que, com o passar do tempo, desenvolveu-se a compreensão de que o Estado deveria ser responsabilizado.

No Brasil, o desenvolvimento da responsabilidade civil se deu após a edição da primeira Constituição, quando se deu, propriamente, a formação da nação brasileira. A Constituição de 1824 só previa a responsabilidade dos funcionários nos casos de abuso ou omissão. Contudo, foi com a edição do Código Civil de 1916, em seu art. 15, o primeiro dispositivo legal a tratar da responsabilidade do Estado. Ainda era a responsabilidade subjetiva, modalidade que exigia a prova da ação ativa do Estado, por seus servidores, para que houvesse a caracterização da responsabilidade de indenizar.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) passou a consagrar a responsabilidade civil do Estado em seu art. 37, § 6.º, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, em decorrência de comportamento lícito ou ilícito. Trata-se, pois, da responsabilidade objetiva: provado o dano e o nexo causal, há a responsabilidade de indenizar.

Conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro inexistiu a fase da irresponsabilidade civil do Estado, uma vez que em todas as fases de sua evolução constitucional sempre esteve prevista a responsabilização do Estado pelos eventuais danos causados a terceiros, mudando apenas no que diz respeito à fundamentação. Em outras palavras, com o passar do tempo as normas foram se aperfeiçoando, com o objetivo de assegurar o direito da vítima de ser ressarcida pelo mal sofrido.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUTOR CONVIDADO

AS RELAÇÕES ENTRE A VERDADE E A PROVA SOB A ÓTICA DO CONVENCIMENTO JUDICIAL

Vitor Luís de Almeida¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar alguns polêmicos aspectos inerentes à definição, objeto e função da prova, bem como sua realização na relação processual com fins ao estabelecimento da verdade e à formação do convencimento do julgador. Com o predomínio do sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz no ordenamento jurídico pátrio, a valoração das provas colacionadas aos autos pelas partes ou daquelas cuja produção foi determinada de ofício pelo magistrado, mostra-se fundamental para a formação do convencimento judicial. Entretanto, esta valoração apenas se concretizará de forma adequada quando os litigantes, em atenção aos princípios do contraditório e da cooperação, preocuparem-se em efetivar um conjunto probatório o qual possibilite ao julgador a máxima aproximação da verdade processual possível, de maneira a realizar uma correta subsunção dos fatos à norma, decidindo de forma a garantir a aplicação da justiça.

Palavras-chave: Prova. Verdade. Convencimento Judicial. Princípio do Contraditório. Princípio da Cooperação.

ABSTRACT

This paper aims to address some controversial aspects inherent in the definition, object and function of proof, as well as their realization in relation to procedural purposes the establishment of truth and the formation of the conviction of the judge. With the predominance of the system of free rational persuasion or conviction motivated the judge the national laws, the valuation of charged evidence before the Court by the parties or those whose production was determined by the magistrate office, has proven crucial for the

formation of legal persuasion. However, this assessment will only be operational appropriately when the litigants in regard to the principles of contradiction and cooperation, brooding into effect a set of evidence which the judge allows the maximum possible procedural approximation to the truth in order to perform a correct subsumption of facts to the rule, deciding to ensure the application of justice.

Keywords: Proof. Truth. Judicial conviction. Principle of Contradictory. Principle of Cooperation.

Introdução

O conceito de prova, em sentido lógico ou filosófico, significa um processo mediante o qual se estabelece a conclusão que se segue das premissas, sendo uma garantia de realização de um processo justo, com a eliminação do arbítrio do julgador. A função da prova é a demonstração da realidade dos fatos. Assim, a prova se insere em uma vasta gama de operações da consciência humana, desenvolvida na busca da verdade e em sua demonstração dentro do processo, com fins a propiciar ao julgador a possibilidade de proferir uma decisão justa, que resolva a demanda judicial levada a seu conhecimento.

O presente trabalho tem por escopo analisar as relações entre a verdade e a prova na seara do sistema de valoração do livre convencimento motivado, ou persuasão racional do juiz, objetivando uma análise teórica e crítica sobre o desenvolvimento da atividade processual. Tal atividade se dá com a participação dos litigantes e do magistrado, na busca da essência da verdade fática, que propicie ao julgador efetivar a subsunção normativa, proferindo uma decisão que se mostre adequada aos ditames de realização da justiça.

¹ Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT; Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela UMIMONTES/MG. Professor universitário e dos cursos de formação da PMMG.

Partindo-se de uma análise da verdade como pressuposto da prova, pretende-se estabelecer limites entre a verdade substancial e a verdade formal, bem como a evolução de suas aplicações no processo. Procurar-se-á ainda abordar o dever de colaboração das partes para elucidação da verdade no processo, sob o prisma de princípios processuais e constitucionais, em especial o contraditório e o da colaboração.

Ao final, será apresentada uma sucinta conclusão, desenvolvendo algumas impressões pessoais acerca do tema, discorrendo sobre alguns aspectos abordados ao longo do trabalho. Também serão formulados breves comentários e sugestões que possam contribuir para o deslinde das questões controvertidas, considerando-se, especialmente, a necessidade de descoberta da verdade processual através da dilação probatória.

1 A Verdade como Pressuposto da Prova e do Convencimento Judicial

Na óptica do Direito Processual, as discussões abrangendo a prova se encontram intimamente ligadas à ideia de sua função, intuitivamente revelada pela tese de que a prova busca investigar a verdade dos fatos, sobre os quais será aplicada a norma jurídica abstratamente prevista, atingindo-se a solução do litígio. Não há dúvidas de que a comprovação dos fatos é absolutamente essencial, eis que pressuposto para a aplicação do Direito e, por consequência, para a realização do escopo da jurisdição.

Durante o desenrolar de um litígio judicial as partes dissentem sobre os fatos, sobre o direito aplicável ou sobre ambos. Para solucionar os temas puramente jurídicos aplica-se a “Ciência do Direito” (CORDEIRO, 2011, p. 459) e para esclarecer os fatos utiliza-se da prova, que foi definida por Mendes como “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular do fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão.” (1961, p. 741).

Na doutrina italiana, Ferrajoli define provas como “eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados.” (1989, p. 98). Já nos dizeres de Lombardo, na íntima essência, o conceito de prova “não é somente um meio do qual se serve o juiz para atingir os dados de fato úteis aos fins do juízo, mas um raciocínio probatório que concorre para a formação do juízo sobre o *factum probandum*.” (1999, p. 11).

A descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo, sendo um de seus principais objetivos. Somente através da descoberta da verdade dos fatos pode o julgador aplicar devidamente a norma apropriada, adequando o caso à ideia do conhecido “juízo de subsunção”. A este propósito, Liebman (1984, p. 4) já conceituava o termo “julgar” como o ato consistente em valorar um determinado fato ocorrido no passado, com base no direito vigente, determinando, via de consequência, a norma jurídica que regerá o caso concreto.

Como cabe ao Poder Judiciário, na divisão de funções estatais, aplicar o direito objetivo aos casos concretos revelados pelos litígios, a adequada reconstrução dos fatos se torna imprescindível para a devida aplicação da norma abstrata à hipótese concreta. A esse respeito, após defender que o processo é um trabalho, Cernelutti asseverou que

[...] aquilo que é necessário saber, antes de mais nada, é que o trabalho é união do *homo* com a *res*, sendo que esta coisa vimos estar em torno de um *homo*: que o *homo iudicans* trabalhe sobre o *homo iudicandus* significa, no fundo, que deve unir-se com ele; somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (*come sono andate le cose*) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra, a sua verdade (CARNELUTTI, 1958, p. 124).

A verdade pode ainda ser vista como um fator de legitimação para o Direito Processual. Em sendo as decisões judiciais o resultado da aplicação do Direito ao caso concreto e considerando-se que o Direito Positivo, ao menos em tese, deriva da vontade popular, eis que emanado dos representantes do povo, a subsunção dos fatos devidamente comprovados à norma, atenderia aos anseios populares. Nesta perspectiva, a atividade do magistrado seria realizada apenas na aplicação do Direito abstrato ao caso concreto, sem o desenvolvimento de atividade interpretativa. Bem expressando o espírito desses entendimentos à sua época, ao analisar a questão da interpretação, Chiovenda (1922, p. 90-91) já defendeu que o juiz nada mais faz do que aplicar o Direito, sendo a interpretação obra da doutrina a qual, se considerada como fonte do Direito, não foi feita, mas apenas formulada pelo julgador.

Também o raciocínio iluminista e liberal, cristalizado na célebre ideia de Montesquieu (1748) de que o juiz nada mais é do que a *bouche de la*

loi (a boca da lei) teve uma definida função no período das Revoluções do século XVIII, visando à proteção dos interesses da coletividade contra os abusos da aristocracia, dominante do Executivo e Judiciário daquela época. Ficando o juiz cingido a verificar os fatos ocorridos e aplicar a eles o direito pré-estabelecido pelo Legislativo, jamais se poderia ter uma atuação ilegítima do Judiciário, que não seria mais do que um executor das diretrizes já estabelecidas pelo Legislativo.

Apesar de já não se concordar com a posição de Chiovenda, eis que a atividade interpretativa também é realizada pelo Judiciário e, embora a verdade não consista em si mesma, sua busca se apresenta como condição imprescindível para a garantia de uma justa composição da lide e da qualidade da prestação jurisdicional.

O ideal seria estabelecer a verdade dos direitos postos em litígio como aquela determinada, tomando-se por base os meios de prova relevantes e admissíveis, como forma de lograr a realização de uma das metas fundamentais da administração da justiça, qual seja, o estabelecimento da verdade para a apreciação do caso concreto.

A melhor solução para o conflito de interesses entre as partes é uma decisão adequada e correta que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos direitos controvertidos existentes no caso concreto. A solução da controvérsia não é necessariamente boa apenas porque põem fim ao conflito de interesses do caso concreto. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no Estado de Direito, só se obtém uma boa solução se esta for obtida através de uma decisão judicial legítima.

Sobre este ponto de vista, como já afirmado, a verdade dos direitos em litígio não se apresenta como um objetivo em si mesmo, ou como o propósito final do processo; mas, sim, um instrumento ou condição necessária para uma decisão justa e legítima que, por consequência, apresenta uma solução adequada e correta para a controvérsia existente entre as partes (TARUFFO, 2008, p. 22-23).

A verdade que pode ser alcançada dentro do contexto do processo é definida como formal ou convencional e se apresenta, por várias vezes e razões, como uma verdade bastante diferente da real. Isto se dá porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial no qual as

partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio que possibilite a busca da verdade e também por abandonarem esta busca quando a necessidade de alcançar uma solução final se impõe sobre a necessidade de reconstituir os fatos através de meios de prova adicionais.

Na realidade, conforme defendido na doutrina italiana sob o escólio de Taruffo (2008, p. 26), em todo o contexto do conhecimento científico ou empírico, incluindo os processos judiciais, a verdade é relativa.

É usual assumir que a teoria da verdade judicial é baseada na correspondência de uma premissa, no objetivo de se afirmar que a decisão judicial sobre os direitos deve ser adequada à verdade, para que possa ser justa e correta. Entretanto, o conteúdo de uma decisão apenas é verdadeiro quando coincidente e correspondente com os fatos que realmente ocorreram na situação concreta que deu base à controvérsia judicial. A função da prova é justamente fornecer ao julgador conhecimentos fundados empiricamente e racionalmente acerca dos direitos da causa, reconstruindo os fatos ocorridos e demonstrando se as alegações formuladas pelas partes são verdadeiras ou falsas (TARUFFO, 2008, p. 28-29).

Na óptica do contemporâneo sistema processual, apesar do dever de colaboração das partes para elucidação da verdade, o magistrado poderá – e talvez mesmo, deverá – de forma justificada, determinar a realização das provas que entender necessárias à adequada solução da lide. Saliente-se que as partes poderão participar na produção e na interpretação de tais provas, podendo atuar desde sua formação e ainda se manifestar após seus resultados.

Entretanto, uma vez realizados todos os meios de prova admissíveis e relevantes² no processo, chega o momento de se tomar a decisão, ocasião na qual o julgador deve assumir que as provas são um ponto de partida de um raciocínio que o leve à conclusão do litígio e que estabeleça se os direitos demonstrados pelas partes são ou não verdadeiros.

A valoração da prova tem por objeto estabelecer uma conexão final entre os meios de prova produzidos e a verdade ou falsidade dos argumentos formulados pelas partes sobre o direito em litígio, possibilitando ao julgador elementos essenciais para elaboração de sua decisão.

² Sobre o tema ver MICHELLE TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

2 A Verdade Substancial e a Verdade Formal

No intuito de garantir a correta revelação dos fatos atinentes à causa de pedir, desenvolveu-se, na teoria processual, o princípio da verdade substancial, ou real. Nos dizeres de Mittermayer (1879, p. 78) a verdade substancial expressa a verdade como concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que se faz dele. Esta típica visão, embora tenha a maioria de seus pressupostos já superados pela Filosofia contemporânea, ainda continua a orientar grande parte dos processualistas modernos e dos aplicadores do Direito (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 28), que se preocupam em garantir que o fato ocorrido no mundo físico guarde consonância com o fato que se obtém na relação processual, decorrente da dilação probatória.

Com fins a viabilizar a descoberta da verdade material, substancial ou real, foram desenvolvidos diversos dos mais importantes institutos do Direito Processual. Dentre eles, a prova. Observe-se que, ao conceituar a prova, Lent (1962, p. 197) ressaltou sua função de convencimento do juiz a respeito da verdade ou falsidade de uma afirmação. Outro instituto processual de grande relevância no pertinente era a coisa julgada, fundada na presunção de verdade sobre os fatos versados na Sentença, obtida através do silogismo judicial.

A reconstrução dos fatos no processo, com fins a viabilizar a decisão judicial, apresenta-se como pressuposto da legitimação das decisões judiciais eis que se tornaria difícil fazer com que a população tivesse crença em decisões que não declarassem a realidade da hipótese sobre qual se aplicou a norma. Sobre esta raiz, funda-se a doutrina processual da verdade substancial.

Esta posição, sempre aplicada com maior força no Direito Penal, foi desenvolvida desde Roma antiga, quando era possível ao *iudex* se abster de decidir a questão que lhe era posta, desde que declarasse, sob juramento, que os fatos não estavam suficientemente aclarados (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 31). Atualmente, semelhante papel é desempenhado pelo regime de ônus da prova, mitigado, entretanto, pela atuação mais efetiva do juiz no processo, permitindo-lhe uma posição mais ativa na colheita da prova, com fins a viabilizar a descoberta da verdade real, necessária à devida prestação jurisdicional.

Entretanto, desde já é importante frisar a concordância com o posicionamento de Neves (2011, p. 407) que, na doutrina nacional, defende

que a obtenção da verdade absoluta se apresenta como algo meramente utópico e ideal. As explicações são de que, no processo, a participação de diferentes sujeitos contribui para que o conteúdo probatório não reproduza exatamente os fatos passados, como efetivamente ocorreram.

Durante algum tempo, a doutrina processual procedeu a distinção entre as formas em que o processo penal e processo civil deveriam analisar a questão da verdade. Neste ínterim, sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial e o processo civil se satisfazia com a verdade formal. A distinção foi bem definida por Alvim (1976, p. 99) ao lecionar que a verdade formal, ao contrário da verdade substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial.

Diversamente da noção de verdade real, a verdade formal não pretende a identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto, habituando-se mais a uma verdadeira ficção da verdade. A aplicação do princípio da verdade formal ao processo civil se baseia na premissa de que este ramo do Direito lida com bens menos relevantes que o processo penal, podendo, portanto, contentar-se com um menor grau de segurança e satisfazendo-se com um grau de certeza aquém daquele necessário para a aplicação do Direito Penal.

Contemporaneamente, tal distinção perdeu boa parte seu brilho, sendo corretamente rechaçada, de forma sistemática, por boa parte da doutrina, tendo em vista que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não possuem qualquer particularidade que autorize a utilização de um método de reconstrução dos fatos que seja diverso do adotado no processo civil. Afinal, se o processo penal está intimamente ligado à liberdade do indivíduo e a proteção de interesses juridicamente de acentuada relevância, o processo civil também atua com direitos fundamentais da pessoa humana como as relações familiares, capacidade jurídica, personalidade, interesses difusos, coletivos e metaindividuais, dentre outros.

Devido a esta inconsistência, a verdade formal foi paulatinamente perdendo seu prestígio no seio do processo civil. Falar-se em aplicação da verdade formal significa dizer que a decisão judicial se fundou em uma verdade que pode expressar uma não verdade. Conforme a lição do doutrinador francês Villey (1995, p. 1), a verdade se apresenta como um conceito absoluto: ou é ou não é. A verdade formal se apresenta como verdade

parcial, imperfeita ou incompleta, por simples questão de lógica, não podendo ser considerada no conceito, o qual apenas é atingido na base da verdade substancial. Assim, a doutrina moderna critica tal distinção, defendendo que a aplicação da verdade formal já não apresenta utilidade prática ao processo civil, apresentando-se como um mero argumento a sustentar uma posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos, o que não mais tem fundamento no atual objetivo de realização da justiça.

Sob o escólio de Theodoro Júnior (2002, p. 26), o sistema não quer dizer que o magistrado possa ser arbitrário, pois a finalidade do processo é a justa composição do litígio, a qual só pode ser alcançada quando se baseie em uma verdade real ou material e não na presumida por prévios padrões de avaliação dos elementos probatórios.

No ordenamento jurídico brasileiro, aparentemente, a interpretação meramente gramatical do art. 131 do Código de Processo Civil, ao autorizar o juiz a se utilizar de todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, pode levar ao entendimento de que a lei se contentou com a existência da verdade formal para o processo civil. Entretanto, não se olvide que a interpretação da referida norma legal há de ser realizada de forma sistemática, em conjunto com a norma do art. 130 do mesmo diploma legislativo. Este cânone ordena que o juiz, de forma oficiosa, determine as provas necessárias à instrução do feito. Tal determinação repete a tendência manifestada no art. 156 do Código de Processo Penal, que outorga ao magistrado poderes para determinar de ofício diligências referentes a dúvidas existentes sobre pontos relevantes à causa (PAIXÃO JÚNIOR, 2002, p. 249).

Embora a moderna teoria processual esteja calcada no ideal de verdade como único caminho a conduzir à Justiça, como pressuposto para aplicação da lei ao caso concreto, não se pode olvidar que a ideia de atingir a verdade absolutamente real sobre determinados acontecimentos, por meio da dilação probatória no processo, apresenta-se como uma inegável utopia, eis que a essência da verdade se mostra como intangível. Assim já afirmava Voltaire, *apud* Marinoni e Arenhart (2011, p. 36), ao lecionar que “lês vérités historiques ne sont que des probabilités”³, conceito reafirmado por Reale (1983,

p. 17-18) ao desenvolver a definição de “quase-verdade”.

Realmente, não se acredita em uma absoluta reconstrução dos fatos ocorridos no passado, eis que, na produção das provas, estes sempre virão influenciados por aspectos subjetivos das pessoas que os assistiram ou, ainda, do juiz, que procede a valoração da prova. Apesar de se exigir do magistrado uma ativa atuação na busca da verdade, certo é que esse também não pode ser considerado um ser divino, ante a falibilidade humana, a observância da produção das provas apenas pelos meios legalmente permitidos e ainda a própria divergência de manifestações e apresentações realizadas pelas partes e demais envolvidos no feito. Cada uma sob sua própria perspectiva.

Nesta análise, uma das grandes soluções ao problema foi idealizada por Calamandrei (1955, p. 169-170) no sentido de que, mesmo o juiz mais escrupuloso e atento, encontra-se limitado pela relatividade própria da natureza humana, fundando sua decisão não na descoberta da verdade; mas, sim, da verossimilhança. Ou seja, decidindo com base na aparência de verdade atingida de acordo com as provas colacionadas ao processo e da aplicação das máximas da experiência.

A máxima de experiência é uma regra que expressa o que acontece na maioria dos casos, ou seja, uma regra extraída de casos similares. A experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre os fatos com base no qual emerge o raciocínio de que, em casos similares, existem idênticos comportamentos humanos. Nestes casos, o juiz aplica um raciocínio do tipo indutivo, quando examina casos similares e formula uma regra de experiência. Sucessivamente, o juiz aplica um raciocínio dedutivo, aplicando ao caso em exame a regra geral anteriormente obtida.

Entretanto, com acerto, a doutrina processual dominante ainda insiste em defender a aplicação do conceito de verdade, eis que apenas um fato pretérito devidamente ocorrido poderá gerar a aplicação da norma abstrata e a consequência prevista no ordenamento jurídico. Permitir que o juiz aplique a norma e as eventuais sanções dela decorrentes baseado apenas em uma realidade fundada na verossimilhança enseja a perda de legitimidade da atuação jurisdicional, eis que o fato poderia ter ocorrido de forma diversa, ensejando decisão em sentido diferente.

³ Tradução livre: As verdades históricas não são mais que hipóteses.

Apesar do respeito à tese de Calamandrei, não se concorda com a posição de que, para a decisão do processo, basta a presença da verossimilhança como demonstração de uma simples verdade possível. Apesar de a verdade absoluta se mostrar como inatingível, deve-se sempre buscar a melhor verdade possível⁴ dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesma, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade.

A solução talvez cabível seja a aplicação em sede processual de um fundamento oriundo de outras áreas do conhecimento, capaz de se adequar às necessidades da ciência e às possibilidades da cognição humana, como a teoria da verdade, desenvolvida pelo filósofo Habermas (1997, p. 20), a qual a compreende como um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes – *a verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação, no caso dos litigantes*.

Partindo-se desta lógica, a construção da verdade deve ser desenvolvida através de um procedimento de argumentação e colaboração entre os litigantes e a atuação do magistrado na tentativa de se atingir a essência da verdade processual possível, que guiará à aplicação da lei ao caso concreto e à realização da justiça.

Não obstante se ter conhecimento da tese portuguesa, defendida por Matta (2004, p. 233), de que a verdade processual é efetivamente uma verdade formal, que pode ser ou não a verdade historicamente verificada, entende-se que não se trata de construir no processo uma verdade fictícia, ou uma verdade processual que procure superar o binômio verdade formal/verdade material. Deve-se, apenas, proceder à possibilidade de constatação pelo julgador no sentido de que esse possa se fundar, dentro de suas limitações humanas, nos fatos e direitos efetivamente ocorridos da maneira pela qual foram demonstrados no processo. Consoante a doutrina espanhola expressada por Fenoll (2010, p. 23-24), este é justamente o objetivo da valoração da prova: averiguar a verdade na medida do que seja humana e juridicamente possível.

Portanto, ainda que se admita que as restrições no processo civil sejam em maior número e com maior intensidade do que as presentes no processo penal, em ambos só se revela possível a existência de uma única verdade, manifestada como aquela processualmente alcançável. O diferente tratamento tradicionalmente dado às essas duas áreas do Direito – falando-se em verdade real para o processo penal e em verdade formal para o processo civil – já se demonstra ultrapassado.

3 O Dever de Colaboração das Partes para a Elucidação da Verdade

É cediço que o Estado deve solucionar os conflitos de interesses com a finalidade de aplicar o Direito. Para tanto, a sociedade deve também ministrar meios para que a decisão judicial seja proferida de forma mais adequada. Daí resulta que o dever de colaboração das partes decorre da própria sujeição de todos ao poder estatal.

A parte tem o ônus de provar e não a necessidade de produzir provas para obter um resultado favorável. Deste modo, a ideia de ônus da prova significa apenas que a não produção da prova pode, ainda que com probabilidade, eventualmente resultar em julgamento desfavorável (MARINONI; ARENART, 2011, p. 187). A regra do ônus configura, assim, um indicativo à parte de que a produção da prova lhe confere maiores chances de obter um julgamento favorável. Segundo a doutrina de Cordeiro (2011, p. 465), este ônus permitirá ao julgador decidir quando nada se apure, de definitivo, quanto aos fatos discutidos no processo, demonstrando quem perde, na hipótese de falta de provas.

Antes de qualquer manifestação judicial, o ordenamento jurídico sempre oferece à parte a oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade de fatos relevantes à acolhida de sua pretensão ou da defesa. Somente após a parte não fazer uso dos meios processuais e probatórios, que lhe foram oportunizados, é que o magistrado aplicará a determinação da realização de provas de ofício, ou mesmo o emprego de mecanismos relativos ao ônus da prova.

Se é certo que o juiz deve buscar se convencer da verdade, também é correto que sua

⁴ Por verdade possível entenda-se a verdade alcançável no processo, que coloque o magistrado o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, a qual se obtém com a ampla produção das provas, inclusive as determinadas de ofício, com respeito aos limites legais.

convicção se faz com base na argumentação das partes e nas provas produzidas nos autos, inclusive aquelas cuja produção foi determinada de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima esta decisão judicial, ou mesmo a coisa julgada eventualmente dela decorrente, é a devida participação dos sujeitos processuais através do contraditório e da colaboração, e a atuação conjunta do juiz.

Tradicionalmente se entendia o princípio do contraditório como a oportunidade garantida à parte de se manifestar sobre uma proposição ou pedido formulado pelo *ex adverso* antes de qualquer decisão judicial, garantindo assim o desenvolvimento de uma discussão processual dialética. Consoante o escólio de Freitas (2009, p. 108-109), esta concepção substitui-se hoje por uma noção mais lata de contrariedade, originada na garantia constitucional do *rechtliches Gehor* germânico. Tal teoria expressa a garantia de participação efetiva dos litigantes ou interessados no desenvolvimento do litígio, mediante a possibilidade de influírem nos elementos fáticos, probatórios e jurídicos que encontrem congruência com o objeto da causa, em igualdade. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido de resistência à atuação alheia, para passar a ser influência no sentido de se incidir positivamente no desenvolvimento e êxito do processo.

Sob esta óptica, no plano probatório, o princípio do contraditório exige a garantia às partes, de forma igualitária, da faculdade de propor e realizar todos os meios de prova que se mostrem potencialmente relevantes para a apuração da realidade dos fatos ligados à causa, bem como na possibilidade de pronunciamento dos litigantes sobre todas as provas produzidas no processo. Já no plano das questões de direito, o contraditório exige que, antes da decisão judicial, seja facultada aos litigantes a discussão efetiva dos fundamentos jurídicos em que a decisão possa se basear.

De outra senda, no que se refere ao princípio da cooperação, saliente-se que os litigantes devem cooperar entre si e com o magistrado para que se possa apurar a verdade dentro do processo, propiciando a este realizar sua função, inclusive em um prazo razoável. A colaboração pode ser realizada nos planos material e formal, conforme defendido por Freitas (2009, p. 164-167). Este dever de cooperação para a descoberta da verdade, radicado pelas próprias partes, constitui emanação

do dever geral de cooperação, consagrado, inclusive, no art. 226 do Código de Processo Civil português.

Saliente-se que no exercício da função jurisdicional o magistrado é independente para receber e analisar os fatos que foram narrados ou que restaram registrados nos autos, para verificar a jurisdição e proceder à subsunção. Em contrapartida, recebe o dever de fundamentar sua decisão.

A valoração da prova consiste assim em determinar o valor probatório alcançado por cada meio em relação a um direito específico e tem por objeto estabelecer quando e até que ponto pode ser considerada verdadeira sobre as bases probatórias a alegação formulada pela parte relativa ao direito controvertido.

Importante ressaltar que, conforme os ensinamentos do espanhol Aroca (2011, p. 589-590) os fenômenos da valoração e da apreciação da prova, apesar de se aproximarem, não são idênticos ou tidos como sinônimos eis que apreciar tem um significado mais amplo do que valorar. No fenômeno da apreciação das provas estão implícitas atividades intelectuais que devem ser claramente diferenciadas ao se referir a um sistema de valoração das provas. A interpretação é realizada após a produção da prova, com relação a qual resultado se depreende dessa, considerada de forma isolada. Já a valoração consistiria em determinar o valor concreto que se deve atribuir com relação à certeza e credibilidade da prova, confrontada com os outros meios probatórios realizados.

Apesar da divergência doutrinária, a concordância é com a tese de que o conjunto formado entre a interpretação e a valoração resulta na apreciação da prova, que consiste em operações mentais realizadas pelo julgador, partindo das fontes de provas e objetivando estabelecer a certeza sobre as afirmações inerentes aos fatos e ao direito, argumentadas pelos litigantes.

Apenas sobre a óptica de realização da verdade através da prova, decorrente do desenvolvimento de uma relação processual dialética, na qual além do respeito ao contraditório as partes procurem agir de forma a cooperar entre si e com o julgador, poder-se-á desenvolver uma adequada valoração e atingir uma decisão pertinente, que realize os objetivos de aplicação da justiça.

Considerações Finais

A apreciação da prova constitui mais um dever do julgador do que um poder, impondo-se-lhe como uma verdadeira obrigação a ser cumprida no exercício do poder soberano de aplicar a Justiça, que lhe é transferido pelo Estado. A valoração da prova é uma atividade jurisdicional muito relevante e extraordinariamente complexa, que pode ser vítima de uma superficialidade da análise do julgador no caso concreto.

Diante da análise procedida no presente trabalho, resta claro que o juiz deve procurar se convencer da verdade material, embora possa se contentar, em determinadas situações, com a melhor verdade processualmente disposta, ante as limitações humanas, legais e processuais à reprodução dos fatos preteritamente ocorridos.

Em matérias científicas considera-se obtida a verdade quando a proposição formulada como hipótese corresponde à medida quantitativa do fenômeno observado, a exemplo de um teorema matemático. Em contrapartida, em matéria jurídica, o julgador obtém a verdade quando a hipótese sobre um fato anteriormente verificado corresponde à reconstrução do mesmo fato obtida através das provas.

Para realizar a justiça não é preciso atingir a verdade absoluta, dado às limitações da capacidade do conhecimento humano. Não é necessário que a reconstituição dos fatos seja perfeita, devendo ser razoável e respeitar os princípios gerais e éticos.

No sistema do livre convencimento motivado, contemporaneamente majoritário nos ordenamentos jurídicos, a análise das provas conduz à fundamentação que se apresenta como elemento compositivo da sentença, veiculando seu conteúdo racional. A Sentença funciona como uma junção entre um ato de vontade combinado com manifestação da razão, conforme a formulação “kelseniana” que reputa a interpretação ultimada pelo aplicador – no caso, o magistrado – como interpretação autêntica e criadora do Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, é essencial que a relação processual se preocupe em realizar uma eficiente dilação probatória, com cooperação entre as partes e o julgador, no intuito de garantir uma adequada reconstrução da verdade, que propiciará uma apropriada valoração das provas e, conseqüentemente, a possibilidade de elaboração pelo julgador de uma fundamentada decisão judicial, que possa viabilizar a plena realização da Justiça.

Referências

- ALVIM, José Manoel Arruda. Dogmática jurídica e o novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 1, jan.-mar. 1976.
- AROCA, Juan Montero. *La prueba em el proceso civil*. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Ed. Cedam, 1955.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CHIOVENDA, Guisepe. *Principios de derecho processual civil*. Tradução de José Casais y Santaló. v. 1. Madrid: Reus, 1922. Tradução da 3.^a edição italiana.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 5. Coimbra: Almedina, 2011. Reimpressão.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 1989.
- FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. Reimpressão.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 1.^a reimpressão.
- LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milão: Giuffrè, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.
- MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.
- MONSTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. [S.n.], 1748.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Ed. Giuffrè, 1997.
- _____. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- _____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VILLEY, Michel. *Réflexions sur la philosophie et le droit: lês carnets*. Paris: PUF, 1995.

RESENHA

A IDEIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN (2011)

Tacyana Karoline Araújo Lopes¹

No Direito, a justiça encontra-se como ponto comum entre as disciplinas de Teoria do Direito e da Filosofia do Direito. No pensamento ocidental, a ideia de justiça como equidade começou a ser desenvolvida a partir no pensamento de Aristóteles, em sua obra, *Ética a Nicômaco*, na qual surgiu o conceito de justiça retributiva, distributiva e legal. (DIMOULIS, 2011).

Apesar de ser tema primordial para o Direito, já que sua busca configura o próprio objetivo ou finalidade do ordenamento, a construção de um conceito de justiça mostra-se tão difícil de ser formulada, quanto desejada.

A tarefa mostra-se difícil na medida em que as construções teóricas sobre o tema envolvem sempre uma visão carregada de subjetivismo e da visão ideológica de quem o produz, influenciada por fatores externos como os econômicos e políticos.

Além disso, a concepção de justo pode variar culturalmente no tempo e no espaço, impossibilitando a formulação de um conceito universal válido em todas as épocas.

Por outro lado, nítido observar que a justiça é o elemento valorativo conformador do ordenamento que confere legitimidade e aceitação às normas postas.

Para Bergel (2006, p. 21) o tema justiça é perseguido e consagrado entre o pensamento e a técnica jurídica, como um elemento essencial e permanente, que testa a coerência das soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico. O autor reforça, ainda, as diferentes concepções de justiça trazidas pelos juristas e moralistas.

A presente Resenha analisa a obra: “A Ideia de Justiça”, lançada pelo economista indiano, Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia em 1998, na qual o autor reascende a relevância da discussão sobre o conceito de justiça e retoma muito de suas ideias sobre liberdade e oportunidade de escolhas, mas dessa vez aplicadas à justiça.

Em sua obra, Amartya Sen revisa as principais teorias existentes, formulando críticas e apontando contributos.

O presente estudo objetiva expor, resumidamente, mas de forma simplista, as ideias trazidas por Sen na obra, sem, contudo, substituir a leitura da obra, que se mostra densa pelo conteúdo, suave pela escrita simples e instigante pela abordagem alternativa e humanizada conferida ao tema.

Com sua obra, o autor objetiva a reformulação de uma Teoria da Justiça a que reputa iluminista e contratualista, que até então vinha sendo desenvolvida por filósofos modernos, cujas ideias se apoiariam em um modelo essencialmente burguês de igualdade, o que, de fato, influencia na formulação da nossa ideia de equidade.

Para tanto, o economista abordou o tema como nenhum jurista o fez, formulou, fundamentadamente, ao nosso ver, algumas críticas às ideias de Rawls (1971) em sua obra “Uma Teoria da Justiça”.

Sen (2011) apoiou-se nas ideias de Rawls aliando-as às de Marx, Condorcet e Smith, e Mill para sustentar seus argumentos e para denunciar a necessidade de se mitigar a ideia do utilitarismo do conceito de justiça que se pretenda geral, com base no uso da racionalidade, da noção de alteridade, na escuta dos interesses do outro e da redução das injustiças.

A obra está dividida em quatro partes. No primeiro capítulo, intitulado “As exigências da justiça”, o autor ressalta a necessidade do desenvolvimento da razão humana como meio necessário para a adequada formulação de juízos de valor que fornecem poder de julgamento aos indivíduos.

Além disso, o desenvolvimento dessa razão possibilita a adequada formulação de juízos de alteridade e constitui, ainda, o meio necessário para desmanchar preconceitos que se fundamentam em argumentos que também se utilizam da razão.

Para Sen (2011, p. 20) “a desrazão não consiste na prática de dispensar completamente a razão, mas de contar com uma argumentação racional bastante primitiva e falha”, razão pela qual, o desenvolvimento

¹ Bacharela em Direito, Especialista em Direito Público e Mestre em Desenvolvimento Social pela Unimontes, atua como docente na Faculdade de Direito Santo Agostinho de Montes Claros.

da razão para o autor se mostra essencial na formulação de conceitos de justiça e para saber reconhecer e superar os argumentos falaciosos.

Assim, no primeiro capítulo de sua obra, o autor deixa registrado como requisito de uma teoria da justiça, o desenvolvimento da razão como mecanismo que diagnostica a justiça e a injustiça (SEN, 2011) e essa razão seria algo essencial para instruir as pessoas a agir melhor em relação a outras pessoas. Para o autor, o desenvolvimento da razão ajuda os indivíduos a pensar sobre a perspectiva coletiva e sobre as nossas responsabilidades sociais.

Sen passou a tratar o tema justiça, entre outras multiplicidades, numa perspectiva binária na medida em que a formulação de uma Teoria da justiça passa a ter como objetivo a redução das injustiças.

Sen aborda, ainda, que teóricos contemporâneos como Ronald Dworkin, Harbermas, David Gauthier desenvolvem o pensamento sobre justiça, tendo a identificação de instituições e regras justas como centro de suas teorias, ainda que em diferentes perspectivas.

Sen informa que compartilha do pensamento institucionalista e ressalta a importância do pensamento rawlsiano em sua obra, mas apenas como ponto de partida para a formulação de uma teoria de justiça, e que igualmente se utiliza as ideias de Smith, Mill, Condorcet e Marx para focar sua análise nas práticas que ocorrem nas sociedades e não apenas nas instituições, de forma que o autor percebe a justiça a partir de uma ideia comparativa de retrocesso ou avanço da justiça, vista a partir de práticas sociais.

O autor apresentou em seu pensamento duas divergências básicas em relação ao pensamento institucionalista, a apresentada acima, a que chama de “factibilidade” (procura observar práticas sociais e não apenas arranjos institucionais) e a redundância do enfoque transcendental ao pensar em acordos consensuais sem levar em conta alternativas possíveis.

Nesse ponto, Sen critica a ideia iluminista e burguesa de justiça e formula críticas à perspectiva institucionalista com que a justiça é tratada em Rawls. Para Sen (2011, p. 36)

[...] é claro que a natureza da sociedade que resulta de determinado conjunto de instituições, depende necessariamente de características não institucionais, tais como os comportamentos reais das pessoas e suas interações sociais.

No segundo capítulo, sobre formas de argumentação racional, Sen desenvolve a influência da posição dos objetos ou situações na visão de quem o interpreta, as ilusões que podem decorrer dessa posição e como essa posição limita a compreensão da realidade, e, conseqüentemente o poder de julgamento de uma situação.

Reforça a importância da racionalidade como meio de avaliar corretamente justiça e injustiça e da implementação dessa justiça, da necessidade de desenvolvimento de uma razão pública para obtenção da redução das injustiças e não apenas da razão como busca do “autointeresse”.

Ao discorrer sobre o conflito de posições de razões, Sen defende a necessidade do conceito de alteridade, para que os indivíduos consigam se colocar no lugar dos outros, para sentir a situação de forma diferente, sem que isso fuja ao exercício da razão, mas que dela seja um desdobramento.

Trecho que resume o pensamento do autor nesse capítulo diz que “ser atencioso com os objetivos e desejos dos outros não precisa ser visto como uma violação da racionalidade.” (SEN, 2011, p. 227), mas como a tomada desses objetivos como próprios também. Trazendo à teoria da justiça além dos interesses coletivos, ou do utilitarismo, a concepção das liberdades, da escuta dos interesses das minorias, na formulação de um conceito mais democrático de justiça.

No terceiro capítulo, o autor aborda, ainda, a ideia da ampliação de capacidades como fator necessário a uma adequada formulação do justo, já que é evidente que o grau de privação de determinados indivíduos pode influenciar na capacidade dos indivíduos buscar seus objetivos e, ainda, em sua capacidade de escolha.

O autor aborda a dificuldade de decisões que baseiam suas escolhas a partir de argumentos sociais, estruturados na meritocracia ou trabalho, em sociedades em que a obtenção de tais méritos envolve injustiças estruturais.

No quarto capítulo, o autor tem como foco a realização dos Direitos Humanos como “imperativos globais” e a redução das injustiças como a fome e o acúmulo como um objetivo que deve ser levado em conta e que refletem na elaboração de um conceito de justiça. O autor enfatiza ainda a necessidade da justiça como bem da vida humana.

Por fim, Sen trata a argumentação e a inconformidade como elementos úteis à razão na construção ações justas na medida em que possa permitir uma leitura crítica da realidade e ajudar a traçar soluções plausíveis para redução das injustiças.

Todas as questões levantadas na obra de Sen nos faz refletir sobre conceitos, teorias e abordagens existentes, sobre a real necessidade de (des)construção de um conceito de justiça que acomode visões divergentes.

Obra que convida a pensar sobre o tema, agrega críticas e evoluções alcançadas, trazendo um contraponto da cultura indiana, sem formular um conceito acabado ou sem esgotar o tema a ser desenvolvido pela literatura, apresentando a tal discussão como uma necessidade vital para o direito, que ainda não restou satisfeita.

REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina Prado de Almeida Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

