



**REVISTA CIENTÍFICA DA  
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
SECÇÃO PIAUÍ**

v. 1, n. 3, agosto/dezembro 2014 - Teresina

**ISSN 2318 1621**

© 2015 Ordem dos Advogados do Brasil, Seccção Piauí  
Todos os artigos são de inteira responsabilidade dos autores.

## CONSELHO EDITORIAL

**Editores-Chefes:** Dr. Antônio de Moura Borges,  
Msc. Leandro Cardoso Lages  
Msc. Raul Lopes de Araújo Neto

**Editora:** EDITORA OAB

**Foto da Capa:** Wladimir Neto

**Projeto e Diagramação:** Franciberto Ribeiro

### Membros

Msc. Adrianna de Alencar Setúbal Santos, Msc. Andrea Christina de Sousa Fialho, Msc. Antonio dos Reis Pereira da Silva Júnior, Msc. Auricélia do Nascimento Melo, Msc. Carla Fernanda de Oliveira Reis, Msc. Christian Roos Paz, Msc. Christianne Matos de Paiva, Msc. Fábio André Freire Miranda, Msc. Gabriel Rocha Furtado, Dr. Igor Mauler Santiago, Msc. Inaldo Pereira Guerra Neto, Msc. Jarbas Gomes Machado Avelino, Msc. Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages, Dr. Luis Carlos Martins Alves Júnior, Dr. Manoel Moacir Costa Macedo, Msc. Marcelo Leandro Pereira Lopes, Msc. Marcos Antônio Cardoso de Sousa, Msc. Marcos Daniel da Silva Rocha, Msc. Marcus Vinícius do Nascimento Lima, Msc. Mauricio Cezar de Araújo Fortes, Msc. Moisés Ângelo de Moura Reis, Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Msc. Paulo Alves da Silva Paiva, Dra. Samantha Viana Castelo Branco Rocha Carvalho, Msc. Sebastião Patrício Mendes da Costa, Msc. Vicente de Paula Mendes de Resende Júnior, Dr. Washington Luis de Sousa Bomfim, Msc. Willame Parente Mazza.

Revista da OAB Piauí - Ano 1, v. 3, 2014 - Piauí, OAB, 2014 - semestral.

ISSN 2318-1621

1. Direito – Brasil – Periódico. 2. Advocacia - Periódico. I. Ordem dos Advogados do Brasil. II. Conselho Federal. III. Seccional Piauí.

CDDDir: 340.05

Suzana Dias da Silva - CRB1/1964

Rua Tibério Nunes, S/N - Cabral  
Teresina - PI, CEP: 64000-750  
Telefone: (86) 2107-5800  
E-mail: comunicacao@oabpiaui.org.br  
Site: <http://www.oabpi.org.br>

# CONSELHO FEDERAL

**Presidente:** Marcus Vinicius Furtado Coêlho  
**Vice-Presidente:** Claudio Pacheco Prates Lamachia  
**Secretário-Geral:** Cláudio Pereira de Souza Neto  
**Secretário-Geral Adjunto:** Cláudio Stábile Ribeiro  
**Diretor Tesoureiro:** Antonio Oneildo Ferreira

## DIRETORIA DA SECCIONAL PIAUIENSE

**Presidente:** Willian Guimarães Santos de Carvalho  
**Vice-presidente:** Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda  
**Secretário Geral:** Sebastião Rodrigues Barbosa Júnior  
**Secretário Geral Adjunto:** Antomar Gonçalves Filho  
**Tesoureira:** Geórgia Ferreira Martins Nunes

### Conselheiros Seccionais:

Adriano dos Santos Chagas  
Andréia de Araújo Silva  
Antônio de Sousa Macedo Junior  
Antônio Sarmento de Araújo Costa  
Antônio Wilson Soares de Sousa  
Carlos Alipio Ribeiro Gonçalves Ibiapina  
Carlos Henrique de Alencar Vieira  
Carlos Yury Araújo de Moraes  
Cleiton Leite de Loiola  
Cristiane Feitosa Pinheiro  
Daíse Maria Sousa de Moraes  
Diógenes Vitor da Silveira  
Erasmio Lima Bezerra  
Eusébio de Tarso Vieira Sousa de Holanda  
Ézio José Raulino do Amaral  
Francisco Borges Sampaio Júnior  
Jairo Oliveira Cavalcante  
João Henrique de Macau Furtado  
Júlio César da Silva Carvalho  
Leonardo Airton Pessoa Soares  
Lúcio Tadeu Ribeiro dos Santos  
Luiz Evangelista de Sousa  
Luiz Gonzaga Soares Viana Filho  
Marcelo Leonardo Barros Pio  
Nelson José Nunes Figueiredo  
Valdílio Sousa Falcão Filho  
Wilson Gondim Cavalcanti Filho

### **Conselheiros Seccionais Suplentes**

Agrimar Rodrigues de Araújo  
Alessandro dos Santos Lopes  
Antônio Edson Saldanha de Alencar  
Astrogildo Mendes de Assunção Filho  
Bruno Ferreira Correia Lima  
Cristiane Maria Martins Furtado  
Edson Pereira de Sá  
Egilda Rosa Castelo Branco Rocha  
Eleandra Silva Passos  
Evandro Tajra Hidd Filho  
Francelino Moreira Lima  
Francisco Alexandre Barbosa Dias  
Franklin Alexsandro Mendes Siqueira  
Gilberto de Melo Escórcio  
Girlane Maria Lima Cassiano  
Humberto Augusto Teixeira Nunes  
Johnatas Mendes Pinheiro Machado  
José Antônio de Siqueira Nunes  
José Gonzaga Carneiro  
Joseli Lima Magalhães  
Justina Alzira Soares do Nascimento  
Luciano Bomfim Magalhães  
Luciano Machado de Oliveira  
Luiz Cordeiro Martins  
Maira Castelo Branco Leite  
Marcelo Passos Lacerda  
Mauro Gonçalves do Rêgo Motta  
Pedro de Alcântara Carvalho do Nascimento  
Rafael Neiva Nunes Rego  
Sebastião Patrício Mendes da Costa  
Valmir da Silva Lima  
Viviane Pinheiro Pires

### **Conselheiros Federais**

José Norberto Lopes Campelo  
Mário Roberto Pereira de Araújo  
Margarete de Castro Coelho

### **Conselheiros Federais Suplentes**

Sérgio Eduardo Freire Miranda  
Sigifroi Moreno Filho

## **DIRETORIA ESAPI**

### **Diretor Geral**

Eduardo Albuquerque Rodrigues Diniz

### **Vice-Diretor**

Marcelo Martins Eulálio

### **Diretor Administrativo**

Welder de Sousa Melo

### **Diretor de Ensino**

José Augusto Paz Ximenes Furtado

### **Diretor Acadêmico**

Francisco Soares Campelo Filho

### **Diretor de Pós-Graduação**

Joffre do Rêgo Castello Branco Neto

### **Diretor de Eventos e Relações Institucionais**

Luis Cinéas de Castro Nogueira

### **Coordenador da Residência Jurídica**

Luiza Lourdes Pinheiro Leal Nunes Ferreira

### **Coordenador do Curso de Iniciação à Advocacia**

Suellen Vieira Soares

### **Coordenador Administrativo, das Bibliotecas e da Sala de Estudo**

Náila Maria Lima

### **Coordenador de Eventos e Relações Institucionais**

Berto Igor Caballero

### **Coordenador de Pesquisa e Pós-Graduação**

Fernando Fortes Said Filho

### **Coordenador de Comunicação**

Rosyane Karine Nunes

### **Coordenadora de Interiorização das Ações da Escola**

Ana Virgínia Clementino Rodrigues Silva

### **Coordenador de Atividades de Extensão**

João Washington de Andrade Melo

### **Coordenador da Caravana do Processo Eletrônico**

Italo Cavalcanti Souza

## **DIRETORIA CAAPI**

### **Presidente**

Ednan Soares Coutinho Moura

### **Vice-Presidente**

Patrícia Ferreira Monte Feitosa

### **Tesoureira**

Manoel Carvalho de Oliveira

### **Secretário Geral**

Joaquim Santana Neto

### **Secretário Geral Adjunto**

Marleide Matos Torquato

**Suplentes da Diretoria**

Armando Ferraz Nunes  
Jorgenei de Alves de Moraes

**Conselho Fiscal**

Segisnando Ferreira de Alencar  
Fernando Fortes Said  
Antônio Jurandir Porto Rosa

**Suplente do Conselho Fiscal**

Iracema Santos Rocha da Silva

**CONSELHO SUPERIOR**

Cinthia Ayres Holanda  
Ivonaldo da Silva Mesquita Mesquita  
Alexandre Augusto Batista de Lima  
Roberta Andrade Ferreira  
Gustavo Barbosa Coelho  
Kércia Karenina Camarço Baptista  
Carlos Alípio Ribeiro Gonçalves Ibiapina  
Mauro Gonçalves do Rêgo Motta

**MEMBROS DO TRIBUNAL  
DE ÉTICA E DISCIPLINA**

**Presidente**

Eusébio de Tarso Vieira Souza de Holanda

**Vice-presidente**

Erasmus Lima Bezerra

**Secretário-Geral**

Marcell Rodrigues Cabral Siqueira

**Secretários**

Alcimar Pinheiro Carvalho  
Antonio Wilson Soares de Sousa  
Alessandro dos Santos Lopes  
Cristiane Maria Martins Furtado  
Edilando Barroso de Oliveira  
Eleandra Silva Passos  
Edvar José dos Santos  
Edward Robert Lopes de Moura  
Francisco Alberlar Pinheiro Prado  
Tessio da Silva Torres  
Hilbertho Luis Leal Evangelista  
João Batista de Freitas Júnior  
Luciano Machado de Oliveira  
Mário Andretty Coelho de Sousa  
Wener Ivan Vieira Arcoverde

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	09
---------------------------	----

### **ARTIGOS**

#### **INOVAÇÕES DO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITO DA EMPRESA**

Uinie Caminha .....	11
---------------------	----

#### **DA NÃO INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE AS VARIAÇÕES MONETÁRIAS DE DIREITOS DE CRÉDITO EM FUNÇÃO DE ÍNDICES OU COEFICIENTES APLICÁVEIS POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL DE EMPRESAS QUE EXPLOREM ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS E APUREM O IMPOSTO DE RENDA COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO**

Maurício Cezar Araújo Fortes .....	31
------------------------------------	----

#### **O POBRE E O JUIZ: ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS QUE AFASTAM O CIDADÃO DA JUSTIÇA CÍVEL BRASILEIRA**

Vanna Coelho Cabral .....	51
---------------------------	----

#### **O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A COOPERAÇÃO JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL**

Marcelo Leandro Pereira Lopes / Sarah Maria Veloso Freire Lopes .....	73
---	----

#### **A JUSTIÇA SOCIAL E O ESTADO**

Dr. Yury Rufino Queiroz .....	91
-------------------------------	----

#### **A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL**

Laryssa Saraiva Queiroz .....	109
-------------------------------	-----

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL**

Naila Fortes e Silva.....125

**CRIME E VIRTUDE NA FILOSOFIA MORAL GREGA E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA**

Bruno Cortez Torres Castelo Branco ..... 143

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DA OBRA “NA COLÔNIA PENAL”, DE FRANZ KAFKA**

Thatiana Katiussia de Sousa Veras / Rosália Maria Carvalho Mourão .....165

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**

Hamílcar Gíulio Brito de Sena Oliveira .....199



# APRESENTAÇÃO

Advogados(as),

O terceiro número da Revista da OAB/PI traz artigos que tratam de áreas diversas do conhecimento jurídico: Comercial, Internacional, Penal, Tributário, Processual e Constitucional. Deste modo, oferecemos aos leitores uma diversidade de temas atuais para serem analisados e discutidos por toda comunidade jurídica.

Cumpre destacar a finalidade acadêmica da revista com a publicação de artigos de todos os níveis de pesquisadores, que envolvem desde o acadêmico de direito até os doutores na área. No presente número, o projeto do novo código comercial foi o tema escolhido pela professora Unie Caminha, doutora em direito comercial pela USP e professora do programa stricto sensu da Universidade de Fortaleza e pela professora e mestre em direito Cléa Mara em parceria com Laryssa Saraiva.

Na área tributária, o professor e doutorando em direito tributário na USP Maurício Fortes, analisa a possibilidade da incidência do PIS e da COFINS sobre as variações monetárias de direitos de crédito, tema específico e ausente dos manuais de direito. O trabalho dos professores Marcelo Leandro, Sara Maria, Rosália Mourão, Thatiana Katiússia e do advogado Bruno Cortez, abordam, com propriedade, temas relacionados ao direito penal. O primeiro possui viés internacional, o segundo analisa a obra “Na colônia penal” de Franz Kafka e o terceiro explora a visão filosófica do direito penal.

O acesso a justiça foi o tema escolhido pela professora do CEUMA Vanna Cabral, o direito processual ficou por conta do estudo da professora Naila Fortes e a Justiça social foi analisada pelo advogado Yuri Rufino. E por fim, o advogado Hamílcar Giúlio fecha esta edição com o constitucionalismo fraternal.

Pela diversidade de temas e pesquisadores a revista da OAB/PI se solidifica como uma importante fonte de pesquisa acadêmica e profissional.

Boa Leitura!

**Leandro Cardoso Lages**

*Editor-Chefe da Revista da OAB-PI*



# INOVAÇÕES DO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITO DA EMPRESA\*.<sup>1</sup>

“The Brazilian Commercial Code draft innovations regarding business law”

Uinie Caminha<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é apresentar, de forma sucinta, as principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado 487 de 2013 (PLS 487/13), que institui o novo Código Comercial, especialmente em matéria societária. Sabe-se que o Código Civil de 2002 trouxe para seu texto a disciplina das sociedades empresárias e com isso uma série de dificuldades e inconsistências inseriram-se no ordenamento jurídico brasileiro. O novo Código Comercial pretende dar, ao Direito da Empresa e mais especificamente ao Direito Societário disciplina compatível com os princípios do Direito Comercial, de modo a reduzir incertezas, custos de transação e oferecer aos empreendedores formas eficientes de organização empresarial.

**Palavras-chave:** .....

**ABSTRACT:** The scope of this essay is to present, in a brief way, the main innovations of the Project of Law of the Senate 487 of 2013 (PLS487/13), which introduces the new Commercial Code, especially concerning Corporate Law. It is recognized that the Civil Code of 2002 brought to its discipline the commercial companies, and thus a series of difficulties and inconsistencies. The new Commercial Code intends to offer, to Commercial Law to Entrepreneurial Law and more specifically to Corporate Law a discipline compatible with Commercial Law principles, aiming at reducing the juridical uncertainty, transaction costs and provide entrepreneurs with efficient instruments for business organization.

**Keywords:** .....

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar, de forma sucinta, as principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado 487 de 2013 (PLS 487/13), que institui o novo Código Comercial, especialmente em matéria societária

\* O presente artigo representa extrato de palestra proferida pela autora na Faculdade de Direito da Universidade do Porto e na III Conferência Estadual dos Advogados do Piauí.

\*\* Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

Sabe-se que o Código Civil de 2002 trouxe para seu texto a disciplina das sociedades empresárias e com isso uma série de dificuldades e inconsistências inseriram-se no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo assim, a ideia de se instituir um novo Código Comercial foi, e ainda é alvo de críticas severas.

A maioria das críticas recebidas ao Projeto do Código dizem respeito a sua própria existência, muito mais que a seu conteúdo. Todavia, sabe-se que o Código Civil de 2002 introduziu uma mudança relevante na esfera do Direito Comercial, uma vez que revogou o Código de 1850 em várias de suas disposições, especialmente no que se refere aos Direitos Societário, Contratual e das Obrigações.

Houve, portanto, uma pretensa unificação do Direito Privado. Desde então, os operadores do Direito procuram compatibilizar as disposições do Código Civil com as especificidades do Direito da Comercial, tarefa nem sempre bem sucedida. Assim, a dinâmica das relações empresariais, tão distinta daquela da vida civil, começou a sofrer influências de princípios de ramos incompatíveis, como o Direito do Consumidor.

O Direito Comercial tem passado, desde então, por uma crise de identidade, e, tendo em vista que isso afeta diretamente o ambiente econômico nacional, esse fato deve nos levar a uma reflexão profunda.

Alguns entenderam que o Código Civil unificou as duas matérias, de alguma forma transformando relações comerciais em civis, pelo simples fato de estarem disciplinadas em um mesmo livro. Outros confundiram a unificação parcial do direito das obrigações com algo bem mais amplo. Cabe ainda ressaltar, que no específico campo do Direito Societário, por exemplo, o Código não ajudou a aclarar essas dúvidas, tendo em vista que, sem contar alguns equívocos específicos e pontuais, acabou por complicar a vida de quem tem as regras societárias como instrumento diário de trabalho.

Destaque-se ainda o fato de que persistem, no Código Comercial, as regras sobre Direito Marítimo, enquanto a maior parte do Direito Societário, Contratos e Obrigações Comerciais e parte geral de títulos de crédito estão no Código Civil e os títulos em espécie, o Direito Concursal e a disciplina das sociedades por ações estão em leis esparsas. Não há, assim, sistematicidade formal no Direito Comercial

Brasileiro, nem uma unidade principiológica expressa, sendo isso especialmente nocivo à interpretação de suas normas e reconhecimento dos princípios que lhe são próprios.

A proposta de criação de um novo Código Comercial busca dotar o sistema jurídico brasileiro de um ordenamento específico e adequado ao Direito Comercial levando em consideração sua especialidade, seus princípios, e ainda a importância de suas regras para o desenvolvimento econômico e social do país. Esse sistema busca, mesmo persistindo algumas leis esparsas, manter sistematicidade e unicidade no sistema jurídico comercial.

O Projeto, a despeito das críticas, propõe-se a criar um ambiente seguro para a realização de negócios empresariais, e, em matéria de Direito da Empresa, esse objetivo inclui a implementação de algumas inovações e o esclarecimento de algumas regras já contidas no ordenamento jurídico pátrio, todas alinhadas com princípios característicos do Direito Comercial.

O setor produtivo depende de um ambiente institucional que traga, dentre outros fatores, segurança e estabilidade jurídicas, sem as quais os riscos de investimento ultrapassam suas possibilidades de retorno. Nesse mesmo sentido, afirma Rachel Sztajn (1998, p. 73) que a

“incerteza gera desconforto, cria risco e, como se sabe, maior o risco, maior o retorno exigido pelo investidor. O risco do negócio acrescido dos riscos de a) mudança das regras do jogo no meio da partida; e b) o risco do não cumprimento da lei, nem mesmo recorrendo aos Tribunais, ou seja, dificuldade de enforçar as regras, de obter o exato cumprimento dos contratos é outra significativa fonte de incertezas.”

O presente trabalho traz comentários aos dispositivos de Direito da Empresa e, especialmente, Direito Societário, que, se acredita, trazem mais potencial inovador e contribuição para o desenvolvimento de um mercado seguro e eficiente: a determinação expressa de seus princípios informadores, a unificação da disciplina jurídica das sociedades, a limitação de responsabilidade dos empresários individuais, a descon sideração da personalidade jurídica, a nova disciplina das sociedades, especialmente da sociedade limitada.

## 1. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

O primeiro ponto de inovação do Projeto diz respeito ao fato de se estabelecer um Código baseado em princípios.

O Projeto procura trazer um Código principiológico, tendo em vista que aponta e determina o conteúdo dos vários princípios informadores do Direito Comercial. Esse fato se faz importante uma vez que são esses princípios os norteadores da interpretação e aplicação das normas dos vários livros do Código, das leis extravagantes e ainda os que vão possibilitar a integração com os demais subsistemas do ordenamento jurídico brasileiro, sem, todavia, permitir que princípios incompatíveis com as características próprias do Direito Comercial desnaturem sua aplicação.

Os princípios informadores do Direito Comercial trazem, assim, unicidade e sistematicidade à matéria comercial, integrando mesmo as disposições que estão fora do corpo do Código.

Assim Ensina Forgioni (2012, p. 17-8)

“Gravitando cada ramo do direito ao redor de sua lógica própria, a identificação de seus princípios peculiares é necessária para a calibração das várias disciplinas jurídicas. Não se trata de lotear o direito à força, dividindo-o em áreas artificialmente estanques e tampouco de ver o direito comercial como um sistema perfeito e isolado, mas de reconhecer, como difundido por Teixeira de Freitas, que ‘coisas diversas e distintas, distintamente se devem tratar’.”

Porém, a maior novidade nesse área advém do fato de que os princípios não são apenas listados, mas têm seus conteúdos explicitados. Tal providência busca evitar que os princípios acabem por se transformar em letra morta ou mesmo sejam utilizados com um espírito diferente daquele que informa o Projeto.

Assim, o Projeto inclui uma parte geral, da qual constam os princípios gerais informadores do Direito Comercial, bem como aqueles relativos a cada uma das matérias tratadas no Projeto.

Dentre os princípios gerais, importa a este trabalho especialmente o da Função econômica e social da empresa, por influenciar diretamente a organização do setor produtivo. Trata-se de importante contribuição já que o chamado princípio da função social da empresa, decorrente, segundo alguns, do princípio constitucional da função social da propriedade, não apresenta conteúdo próprio e delimitado na lei ou em jurisprudência, dando azo a decisões infundadas por parte de nosso judiciário.

Porém a função social da propriedade apresenta contornos mais específicos, definidos em leis próprias tanto para a propriedade rural quanto para o imóvel urbano. A ausência de conteúdo para a função social da empresa acaba por gerar um campo muito amplo para atuação do poder judiciário, por vezes desavisadamente prejudicando um universo muito maior de pessoas e entidades do que as que entende estar ajudando.

Há, ainda, na legislação projetada, uma limitação ao uso dos princípios nos seguintes termos: “Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei”.

Observa-se, ao longo dos anos, a aplicação do princípio da função social de maneira indiscriminada pelo judiciário, de modo a justificar decisões, por vezes, sem base legal. Isso decorre do fato de ainda não se ter consolidado, em termos práticos, o conteúdo desse princípio. Afinal, o que seria “cumprir a função social”, por parte de uma empresa (ou melhor, do empresário, uma vez que a empresa não é sujeito ou objeto de direitos ou deveres)?

A não definição de parâmetros para o que seria a mencionada função social acaba por gerar insegurança jurídica por meio de interpretações meramente subjetivas por parte dos magistrados, baseados em seu senso pessoal de justiça. Nada poderia ser mais nocivo ao desenvolvimento econômico. Em verdade, a incredulidade acerca da função social da empresa já foi – e ainda é, objeto de discussão entre doutrinadores. Já se procurou identificá-la com o chamado “perfil corporativo”, dentro da teoria de Alberto Asquini (1996)<sup>1</sup>, porém, como bem observa Cassio Cavalli (2012, p. 98):

---

<sup>1</sup> O professor Italiano afirma ser a empresa um fenômeno poliédrico, no qual se identificam quatro perfis distintos. Enquanto os perfis subjetivo, objetivo e funcional são facilmente identificados com o empresário, o estabelecimento e a atividade empresária, o quarto perfil, o corporativo, merece menos atenção da doutrina. Para alguns, identifica a organização dos meios de produção, para outros, reflete apenas a ideologia fascista da época de sua idealização.

“Esta última assertiva pode ser verificada nas discussões doutrinárias voltadas a investigar o tema da função social da empresa. Conquanto se reconheça que a empresa afeta os interesses da comunidade interna de trabalhadores e a comunidade externa de consumidores, fornecedores, investidores, concorrentes, cidadãos e Estado, não se obtém, daí, afirmar-se claramente deveres positivos decorrentes do perfil corporativo da empresa. Com efeito, as disposições legais acerca da função social da empresa acabam por ser identificadas como inócuas...”

De acordo com o Projeto, “a empresa cumpre sua função econômica e social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, ao adotar práticas empresariais com observância de toda legislação aplicável à sua atividade, em especial aquela voltada à proteção do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e da livre competição.”

O setor produtivo depende de um ambiente institucional que traga, dentre outros fatores, segurança e estabilidade jurídicas, sem as quais os risco de investimento ultrapassam suas possibilidade de retorno.

Assim, pode-se louvar a iniciativa dos autores do Projeto em definir em que consistiria o cumprimento dessa função social por parte da empresa, e, mais ainda, em determinar a inafastabilidade da legislação positiva por princípios que, por muitas vezes, são preenchidos por crenças subjetivas do julgador, sem levar em conta as repercussões econômicas e sociais das decisões.

Ainda com relação à organização empresarial, deve-se atentar para os princípios relativos ao Direito Societário:

Art. 10. São princípios gerais aplicáveis às sociedades:

I – Autonomia patrimonial;

II – Tipicidade;

III – Preservação da empresa economicamente viável;

IV – Proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica;

V – Formação da vontade social por deliberação dos sócios; e

VI – Proteção dos sócios não controladores.



Assim como nos princípios gerais e naqueles atinentes a cada uma das áreas do Direito Comercial tratadas no Código, o Projeto não se limita a listar, mas também define o conteúdo de cada princípio, de modo a evitar interpretações descontextualizadas ou inadequadas à unidade conceitual do Direito Comercial.

Nota-se claramente a preocupação do legislador em dotar a empresa, o empresário e as sociedades de segurança jurídica para que se possa incentivar investimentos, especialmente nos princípios da autonomia patrimonial, preservação da empresa economicamente viável e ainda da proteção do investidor por meio da limitação de responsabilidade e ainda de sua posição de minoritário.

Essa preocupação é especialmente relevante quando se considera os constantes atentados à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, especialmente com a aplicação equivocada da desconsideração da personalidade jurídica. Assunto sobre o qual se trata adiante.

## **2 INOVAÇÕES LIGADAS AO DIREITO DA EMPRESA**

Tradicionalmente, o Direito brasileiro distingue as atividades econômicas entre comerciais e civis ou entre empresárias e simples (não empresárias), quando o Código Civil atual entrou em vigor.

O Código de 2002 manteve a dicotomia, alterando, contudo, a caracterização da empresa, que, de ato<sup>2</sup>, passou a atividade. Assim, considera-se empresário aquele que pratica atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços (artigo 996).

O legislador de 2002, porém, não quis que todos que se enquadrassem nesse conceito fossem submetidos ao regime empresarial, e, assim, criou a exceção ao regime empresarial no parágrafo único do artigo, com a seguinte redação: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

---

<sup>2</sup> A Teoria dos atos de comércio vigorou no Brasil até 2002, quando entrou em vigor o Código Civil.

Atividades exercidas por profissionais liberais como médicos, engenheiros, arquitetos e advogados, apesar de serem organizadas e promoverem a prestação de serviços, não seriam empresárias. A menos que se constituíssem em elemento de empresa.

O conceito de elemento de empresa foi outro que, desde a edição do Código, dividiu a doutrina. Depois de algumas definições desastradas, credita-se que o elemento de empresa constitui-se o tipo de organização profissional da atividade econômica exercida, independentemente do número de fatores organizados.<sup>3</sup>

Não se pretende, nessa ocasião, analisar a fundo a caracterização do empresário e/ou do elemento de empresa previsto no Código de 2002. O que se pretende, com esta breve análise, é discutir a adequação ou necessidade de se criar uma dicotomia entre as atividades econômicas. Haveria uma real distinção entre as atividades econômicas empresárias e aquelas não empresárias? Qual a razão que informa tal decisão que não prevê a inclusão de tais profissões no quadro geral da empresa? Na opinião de Sztajn (2004, p. 113)

“Sob o aspecto objetivo, não ha dúvida de que o exercício das atividades relacionadas naquele parágrafo cria riquezas, produz utilidades, ao menos de caráter econômico. Mas dizem alguns, no plano do direito as atividades relacionadas não aparecem como serviços em sentido estrito porque frutos de atividade intelectual, o que é inaceitável, por faltar lógica ao argumento”.

Assim, tem-se apenas como atribuir a manutenção da exclusão de atividades intelectuais do rol daquelas submetidas ao regime próprio do empresário, por apego à tradição, pois, mesmo atividades que via de regra não se enquadravam nesse regime, como as agrícolas e pecuárias atualmente podem ser organizadas como empresa, à opção de seus titulares.

A rigor, isso é o que acontece com as diversas profissões liberais, em princípio estariam excluídas do regime empresarial: caso queiram (com exceção daquelas reguladas de maneira restritiva) registram seus atos na Junta Comercial e entende-

---

<sup>3</sup> A respeito, conferir SZTAJN, Rachel, Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados, São Paulo: Atlas, 2004

se que, se assim o fizeram, utilizam-se do chamado “elemento de empresa” em sua organização. Não há juízo de valor.

No Projeto que ora tramita no Senado, não há distinção entre atividades empresárias e não empresárias, qualquer que seja o objeto social ou a forma de o explorar, a sociedade estará sempre sujeita ao Direito Comercial. Mesmo a disciplina das chamadas sociedades profissionais, com características e regras próprias, não limita a utilização de outras estruturas societárias previstas na legislação para esse tipo de sociedade, respeitadas as regras emanadas de órgão reguladores dessas profissões.

## **2.1 A limitação da responsabilidade do empresário individual**

Não é recente a discussão acerca da limitação da responsabilidade do empresário individual. Com efeito, já há muitos anos existem projetos no intuito de oferecer ao que empreende em nome próprio, a possibilidade de determinar quanto de seu patrimônio está disposto a afetar a essa atividade.<sup>4</sup>

Em julho de 2012, a Lei n.º 12.441/2011, que prevê a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, foi publicada tendo entrado em vigor em janeiro de 2012. Trata-se da primeira possibilidade aberta ao empreendedor individual no ordenamento jurídico brasileiro para o exercício de atividade empresarial sob risco patrimonial limitado, afora algumas pontuais exceções. Conferiu-se, por meio desta lei, àquele que originariamente pretende exercer empresa de modo individual a opção pela limitação de sua responsabilidade quanto às obrigações advindas do comércio.

Esta fórmula chega com atraso aos comerciantes brasileiros. Diferentes países vêm adotando modelo que permita a limitação da responsabilidade patrimonial ao negociante singular já há muitas décadas. Naqueles de tradição romano-germânica, observa-se uma escolha predominante pela sociedade unipessoal, o que é corroborado pela XII Diretiva da Comunidade Econômica Europeia (Diretiva 89/667/CEE), que, em 1989, optou por este tipo societário como modelo padrão para os Estados-membros da Comunidade.

---

<sup>4</sup> A esse respeito, conf. Martins Filho, Giovanni Magalhães, 2010.

Segundo Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2005, p. 55-56), a crescente aceitação da limitação do risco patrimonial ao empreendedor individual, em especial no continente europeu, tem razões práticas e sistemáticas. Pragmaticamente, objetivou-se dar incentivo ao pequeno e médio empresariado, com vistas a garantir ocupação e emprego à população. Ressaltam os professores que a XII Diretiva fez parte do programa europeu de estímulo ao emprego, o que reforça a análise supra. Quanto ao aspecto sistemático, aduzem que:

[...] essa nova tendência representa uma mudança de atitude relativamente à vigente até meados dos anos 80, e decorreu da edição da supra mencionada Diretiva, que generalizou o reconhecimento da limitação da responsabilidade do comerciante individual no ambiente europeu.

No Brasil, o legislador fez a opção por uma estrutura diversa. Isto se deu com o acréscimo, ao art. 44 do Código Civil – que dispõe sobre as pessoas jurídicas de direito privado –, do inciso VI. Este dispositivo inseriu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada entre os entes aos quais o ordenamento reconhece personalidade jurídica. Neste aspecto, acompanhou-se a tendência do direito alienígena de constituir novo sujeito de direito, distinto da pessoa física do empreendedor, para se obrigar no que atine à atividade empresarial. Todavia, o modelo escolhido foi o não societário, resultando em uma estrutura de patrimônio de afetação com personalidade jurídica.

Entende-se que a opção do legislador não foi a melhor, tendo em vista que optou pela personificação do estabelecimento, ao invés de permitir a sociedade unipessoal – que não seria novidade no ordenamento jurídico brasileiro que já prevê a subsidiária integral na Lei das Sociedades por Ações, ou a afetação do patrimônio especial pelo próprio empresário (que também não seria inédito tendo em vista o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias previsto na Lei 9514/97).

O Projeto corrige esse equívoco, trazendo duas possibilidades para o exercício individual da atividade empresária: o exercício de empresa sob regime fiduciário e a sociedade limitada unipessoal.

O exercício da empresa em regime fiduciário é instituído por meio de declaração do titular ao se inscrever no Registro Público de Empresas. Por meio deste regime, o empresário afeta patrimônio específico ao exercício de sua atividade empresarial.

O projeto especifica ainda que, para que a instituição do regime fiduciário produza efeitos perante terceiros, o empresário deverá arquivar nos órgão de registro empresarial suas demonstrações contábeis.

A exemplo do que ocorre com o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, também existe uma efetiva separação patrimonial: “Na execução judicial contra o empresário individual que explora a empresa em regime fiduciário, em se tratando de obrigação relacionada à atividade empresarial, só podem ser penhorados e expropriados os bens do patrimônio separado”.

No mesmo sentido, o parágrafo primeiro do artigo determina o não acesso a bens afetados à atividade empresária para a satisfação de obrigação componente do patrimônio pessoal do empresário.

Com relação à sociedade limitada unipessoal, anda bem o Projeto ao prever a possibilidade de constituição de sociedade limitada por apenas um “sócio”. Assim determina o artigo 192: “A sociedade limitada será constituída por um ou mais sócios.”.

Dessa maneira, não houve a necessidade de previsão de uma tipo societário específico para a sociedade unipessoal, estendendo-se apenas o regime que já se admite temporariamente, (unipessoalidade superveniente) indefinidamente.

## **2.2 Desconsideração da personalidade jurídica**

A comunhão de recursos com o intuito de se perseguirem atividades empresariais é uma das molas mestras da economia. Não há como se imaginar grandes empreendimentos com recursos de uma única pessoa. Da mesma forma, não há como se imaginar grandes comunhões de recursos sem legislação que as ampare, especialmente, na forma com que cada um dos envolvidos responde pelas obrigações oriundas do negócio constituído.

A personalidade jurídica legalmente prevista para as sociedades empresárias possibilita o desenvolvimento de grandes empreendimentos. A segregação patrimonial é uma das principais consequências da personificação de entes, juntamente com um nome e um domicílio próprios, distintos dos de seus instituidores. A criação de pessoas jurídicas

gera, automaticamente, um centro autônomo de imputação de direitos e obrigações. Mesmo nas sociedades em que, por seu regime de responsabilidade ilimitada, os sócios podem responder pelas obrigações sociais, o fazem subsidiariamente, uma vez que só devem ser acionados na ausência de patrimônio da pessoa jurídica.

Assim, o titular do patrimônio – pessoa física ou jurídica, responde por suas obrigações não devendo tais obrigações, salvo casos excepcionais, se estender a terceiros. Um desses casos é o da chamada desconsideração da personalidade jurídica, pela qual obrigações imputáveis a uma pessoa jurídica são atribuídas a terceiros: seus sócios, administradores ou até mesmo outras sociedades pertencentes a um grupo de direito ou de fato.

Essa teoria tem origem nas cortes americanas e inglesas, que estabelecem parâmetros e limites bastante específicos para sua aplicação. Em qualquer caso, a desconsideração é vista como uma punição e/ou consequência por atos lesivos ou fraudulentos, e nunca como forma de angariar recursos quando a sociedade não os tem ou quando os que tem são pouco líquidos.

A doutrina brasileira, no entanto, inspira-se de forma mais incisiva nas formulações alemãs acerca da desconsideração. Apesar de diferente no sistema, mantém o princípio básico informador da teoria de que a desconsideração deve, sempre, ser a exceção, e pressupõe a prática de atos de alguma forma ilícitos.

Apesar de anteriormente existir esforço doutrinário no sentido de procurar bases legais para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, apenas com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, foi positivado o instituto no Brasil. As disposições trazidas pelas legislações trabalhista e fiscal, além de não mencionarem expressamente a desconsideração, carecem de um elemento essencial à teoria, qual seja, a ilicitude do ato.

Todavia, as disposições do CDC, mais especificamente seu artigo 28, pecaram em não trazer de maneira adequada, a desconsideração como forma de punir abusos, e não apenas de satisfazer credores. Dentre as hipóteses de desconsideração previstas no diploma consumerista, a única que remonta ao instituto propriamente dito é aquele que menciona o abuso de direito.

Mais recentemente, andou bem o legislador ao inserir no Código Civil, artigo 50, a desconsideração da personalidade jurídica, aí sim, munida de seus pressupostos, quais sejam: abuso de forma por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Todavia, aparentemente, o Poder Judiciário não tem entendido que o artigo 50 do Código Civil seja regra de aplicação geral, sendo os pressupostos ali apresentados válidos para a desconsideração em qualquer âmbito. Por repetidas vezes, se veem decisões que confundem desconsideração da personalidade com solidariedade, subsidiariedade de obrigações, excesso de mandato, responsabilidade direta de gestores, e até mesmo outorga de garantias pessoas de sócios, dentre outras figuras.

A rigor, em casos repetidos, a mera ausência de patrimônio ou mesmo a dificuldade de encontrá-lo ou liquidá-lo tem sido suficientes para a extensão de responsabilidade aos sócios ou administradores, sem que qualquer ato fraudulento tenha sido identificado.

Existe, assim, a necessidade de aclarar, por legislação reguladora do instituto, seus limites e procedimento para aplicação. Ressalte-se, assim, a Seção sobre a desconsideração da personalidade jurídica do Projeto. É sabido, por todos que militam na área do Direito Empresarial dos abusos cometidos pelo Judiciário, especialmente trabalhista, na utilização deste instituto que deve ser de exceção, e ter seus pressupostos claramente determinados e respeitados.

Desconsiderar a personalidade jurídica sem critérios é desestimular o empreendedorismo e gerar um externalidade que, fatalmente, acaba sendo internalizada gerando aumento de custos para a sociedade.

Com efeito, o Projeto aponta, em diversas ocasiões, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação a seus sócios. Nos princípios do Direito Comercial Societário, apontam-se a autonomia patrimonial da sociedade empresária, a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como proteção ao investimento.

Mais adiante, determina que a “sociedade empresária não se confunde com os sócios que a integram” e ainda que “a responsabilidade dos sócios por obrigações

sociais é sempre subsidiária. Os bens dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade senão depois de executados todos os bens do patrimônio social”. Arremata dizendo que “Exceto nas sociedades referidas nos incisos II e IV do artigo 122, os sócios respondem pelas obrigações pelas obrigações sociais apenas no montante que estão dispostos a investir na atividade empresarial, como medida de incentivo a novos investimentos, destinada a atender ao interesse da economia nacional e da coletividade.”.

De maneira mais específica, as disposições sobre a desconsideração determinam a necessidade de fraude, e a presunção relativa de sua ocorrência nos casos de confusão patrimonial e desvio de finalidade, para que haja a desconsideração e se possa atingir o patrimônio do sócio ou administrador.

O projeto em tramitação no Senado especifica ainda mais a aplicação da desconsideração:

Art. 196. Em caso de confusão patrimonial, desvio de finalidade, abuso da forma societária ou de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade, o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica própria desta, mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, quando intervier no feito, para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

§ 1º. Será imputada responsabilidade exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

§ 2º. Em caso de atuação conjunta na realização da irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a responsabilidade dos envolvidos será solidária.

§ 3º. Na hipótese do parágrafo anterior, cada um dos responsabilizados responderá, em regresso, proporcionalmente à respectiva participação na irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Art. 197. A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Art. 198. A imputação de responsabilidade ao sócio ou



administrador, ou a outra sociedade, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, só pode ser determinada pelo juiz, para qualquer fim, em ação ou incidente próprio, depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 199. Decretada a desconsideração da personalidade jurídica, deve ser incluído no processo o nome do sócio, administrador ou da pessoa, natural ou jurídica, a quem se imputar responsabilidade.

O Projeto determina, de maneira clara, que a mera insuficiência do patrimônio da sociedade não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, o que ocorre de maneira costumeira nas cortes brasileiras. Com efeito, para essa hipótese, o remédio jurídico é outro, ou seja, a falência.

Essas disposições, em grande medida, visam a estimular o empreendedorismo, que, podendo determinar, a priori, as parcelas patrimoniais que se sujeita a sua atividade, têm mais segurança e portanto mais estímulo a ingressar no setor produtivo, ressalvados, é claro, os casos de abuso.

### **3 INOVAÇÕES EM DIREITO SOCIETÁRIO – LIMITADAS, SOCIEDADES PROFISSIONAIS, TIPOS EM DESUSO, OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS.**

As sociedades limitadas respondem por mais de 95% das sociedades registradas nas Juntas Comerciais do Brasil, de acordo com dados do Departamento Nacional de Registro de Comércio (Atual Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI). Essa preferência histórica pelo tipo decorre, em grande parte, da flexibilidade das regras a elas aplicáveis, determinadas no revogado Decreto 3708/19.

Todavia, desde 2002, as limitadas perderam muito dessa característica tendo em vista a disciplina adotada pelo Código Civil. O Código descaracterizou as limitadas como tipo capaz de abrigar empreendimentos de qualquer porte.

O Projeto busca resgatar a contratualidade da sociedade limitada dando mais autonomia aos sócios para determinar seu formato, de modo que volte a ser um veículo societário adequado a vários tipos de empreendimento.

O Projeto trata ainda da disciplina da liquidação das quotas, decorrente da dissolução parcial por exclusão, falecimento ou retirada de sócio, tema que se discute na significativa maioria dos processos judiciais em curso, atinentes às sociedades limitadas. Procurou-se, assim, racionalizar a matéria positivando-se o entendimento jurisprudencial dominante.

O novo regime das limitadas é uma das maiores contribuições do Projeto à sociedade, tendo em vista importância do tipo societário para a atividade empresarial brasileira.

Positiva-se a possibilidade de quotas preferenciais, sem direito a voto ou com esse direito restrito, a emissão de debêntures por sociedades limitadas, simplificam-se os quóruns de deliberação.

Sabe-se que a dicotomia entre as atividades econômicas consideradas empresariais e não empresariais do Código Civil trouxe dúvidas e insegurança, motivo pelo qual, conforme exposto, optou-se por submeter todas as sociedades, independentemente de sua atividade, ao regime empresarial.

Todavia, considerando as peculiaridades das atividades das profissões regulamentadas, como medicina, engenharia, odontologia, ou outras que por sua natureza assemelhe-se a elas (artistas, decoradores, técnicos em informática), existe a necessidade de um tratamento societário específico.

Assim, o Projeto trouxe regras específicas para a sociedade profissional. Todavia, a opção pela adoção desse modelo deve ser expressa no ato constitutivo, não sendo obrigatória adoção desse modelo. Podem, os sócios, optar pelo regime empresarial geral, respeitadas as regras relativas a sua profissão, emanadas dos órgão reguladores de classe.

Não se trata de um tipo societário específico, devendo a sociedade profissional adotar um dos tipos previstos no Código, mas de uma estrutura societária adequada à esse tipo de atividade. São admitidos, por exemplo, a contribuição em serviços, voto por cabeça nas deliberações sociais, controle e administração por profissionais habilitados, regime próprio para a dissolução ou liquidação de quota por morte de sócio.

Analisando-se os números relativos às sociedades registradas no Brasil, pode-se facilmente perceber o desuso de alguns tipos.

Assim, manter as sociedades em comandita não seria consistente com um dos objetivos da nova legislação comercial, de simplificar e racionalizar o sistema negocial brasileiro.

No que se refere às sociedades em nome coletivo, ao invés de suprimi-la, modernizou-se sua disciplina, de modo a que possa ser útil ao tráfego negocial.

Já com relação às sociedades simples, tendo em vista a solução adotada com relação ao regime unificado das sociedades, não faria sentido manter esse tipo introduzido pelo Código Civil de 2002.

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as operações de reestruturação societária passaram a ter duplicidade de regimes. Assim, fusão, cisão, incorporação e transformação regem-se pela lei 6.404/76 quando envolvem sociedades anônimas e pelo Código Civil quando não as envolve.

Todavia, a disciplina do Código Civil é lacunosa e por vezes inconsistente, o que acaba por trazer insegurança jurídica para essas operações tão comuns no dia a dia societário.

A solução adotada baseia-se no fato de que essas operações são de caráter geral, por poder envolver sociedades de qualquer tipo, e não apenas anônimas. Por outro lado, o regime da Lei das S.A, já consolidado nos meios jurídico e negocial apresenta-se adequado e eficiente.

Assim, optou-se por inserir no Código as regras relativas a essas operações, mas idênticas àquelas constantes na Lei 6.404/76, com adaptações apenas relativas a sua utilização em outros tipos societários. Eliminam-se, de uma vez, a duplicidade de regimes e as dúvidas relativas à aplicação da Lei do Anonimato a outros tipos societários.

## CONCLUSÃO

Feitas essas breves observações sobre o Projeto de Código Comercial, tem-se, no que se refere aos tópicos abordados as seguintes conclusões.

Com relação à organização dos princípios específicos do Direito Comercial e a determinação de seu conteúdo, considera-se contribuição relevante para a sistematização e integração das normal de Direito Comercial, e sua interpretação/aplicação de acordo com suas peculiaridades.

Tratando-se da dicotomia entre as atividades econômicas, deve-se aplaudir o Projeto tendo em vista que acaba com a anacrônica divisão entre atividades empresarias e não empresarias, possibilitando a qualquer empreendedor a organização do regime geral da empresa, sem contudo, olvidar as especificidades das atividades de naturezas técnica e intelectuais

No que tange a limitação da responsabilidade do empresário individual, tem-se como positivas as previsões do patrimônio afetado por meio do regime fiduciário e a sociedade limitada unipessoal. Esses instrumentos certamente são mais eficientes e consistentes com o ordenamento jurídico brasileiro que a EIRELI.

Com relação à desconsideração da personalidade jurídica, entendem-se adequadas as diversas disposições sobre a separação patrimonial, e aquelas específicas sobre a desconsideração, devendo-se, todavia, manter a necessidade de provocação do juízo para que o instituto seja utilizado.

Finalmente, o tratamento dado aos tipos societários do Projeto é bem mais adequado que aquele oferecido pelo Código Civil. Chama-se especial atenção para a sociedade limitada, que tem regime simplificado e aos sócios é devolvida a autonomia para determinação da estrutura mais compatível com seus negócios.

## REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do Direito Privado in Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, vol. 114, abr-jun 1999, pp. 237-52.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. in **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, vol. 104, out-dez 1996, pp.109-26.

CAVALLI, CASSIO, **Empresa, Direito e Economia, elaboração de uma conceito jurídico de empresa no Direito Comercial Brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/55327>. Acesso em 06 de out. 2012.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**, Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FORGIONI, Paula, **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro. Da mercancia ao Mercado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2a ed. 212.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães, **A Limitação de responsabilidade do empresário individual: do patrimônio de afetação à sociedade unipessoal – uma abordagem constitucional econômica**. Dissertação apresentada à Universidade de Fortaleza em 2010. Disponível em <http://uol-ebt-72.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&obraCodigo=84192&programaCodigo=84&ns=true>, acesso em 10/08/2014.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Empresarial Público in Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, vol. 112, out-dez 1998, pp. 9-18.

SZTAJN, Rachel, **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**, São Paulo: Atlas, 2004.

-----, Os custos provocados pelo Direito, in **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 112, out-dez 1998, pp. 75-8

-----, **Contrato de sociedade e formas societárias**, São Paulo, Saraiva, 1989.

----- e ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro, Campus, 2005.

----- e FRANCO, Vera Helena M. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**; São Paulo, Campus Elsevier, 2008.

# **“Da não incidência do PIS e da COFINS sobre as variações monetárias de direitos de crédito em função de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição contratual de empresas que explorem atividades imobiliárias e apurem o imposto de renda com base no lucro presumido”**

Maurício Cezar Araújo Fortes

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por finalidade analisar a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas – em especial aquelas classificadas como financeiras – de empresas que explorem atividades imobiliárias .

Centraremos nossa análise em uma das diversas espécies de receitas classificadas como financeiras, é dizer, aquelas decorrentes de variações monetárias de direitos de crédito em função de índices contratuais, na forma como definidos no artigo 9º da Lei 9.718/98:

Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.(grifamos)

Subsumem-se aos critérios enumerados no texto legal acima transcrito as receitas financeiras decorrentes de cláusulas inseridas em contratos de venda a prazo de unidades imobiliárias. Nestes contratos temos, geralmente, a previsão:

i) da correção do valor do contrato por meio de um índice inflacionário específico da construção civil (geralmente o INCC, Índice Nacional da Construção Civil, apurado pela Fundação Getúlio Vargas, FGV), que incide sobre o saldo devedor até a data da entrega da unidade vendida;

---

<sup>1</sup> Por “imobiliárias” entenda-se o conjunto de atividades enumeradas no artigo 15, §4o da Lei 9.429/95, com a redação dada pela Lei 11.196/2005, ou seja, as que se referam “(...) a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis”

ii) da incidência de uma taxa composta por dois índices, sendo um inflacionário (geralmente o IGPM, Índice Geral de Preços de Mercado, calculado pela FGV) e o outro um percentual puro, a partir da entrega da unidade vendida. Assim, por exemplo, depois da entrega o comprador passa a pagar para o vendedor IGPM mais um por cento sobre o saldo devedor;

A atenção a este tipo de receita justifica-se pela recusa da Receita Federal do Brasil em reconhecer-lhes o caráter financeiro e, por consequência, a não incidência do PIS e da COFINS<sup>2</sup>. Por óbvio que outras receitas – tais como os descontos pelo pagamento adiantado de títulos, os juros de mora recebidos na quitação atrasada de obrigações ou os ganhos decorrentes de aplicações financeiras – estão incluídos no conceito de receita financeira de que trataremos aqui. No entanto, o enquadramento de tais receitas como financeiras não gera maiores dúvidas, razão pela qual não nos deteremos em analisá-las.

Frise-se que não temos aqui a intenção de discutir qual seja a base de cálculo possível do PIS e da COFINS, mas aquela efetivamente vigente. Não se afirma aqui que as receitas financeiras não sejam passíveis de tributação pelo PIS/COFINS, dada a expressa autorização constitucional para tanto trazida no bojo da Emenda Constitucional no 20/98.

O que pretendemos é verificar se, após a reforma constitucional que ampliou sua competência para tributar o faturamento e a receita, teria a União adotado as medidas legislativas cabíveis para efetivamente tributar todas ou apenas algumas das receitas dos contribuintes do PIS/COFINS. Ver-se-á – e aqui já adiantamos nossa conclusão – que a União deixou deliberadamente de instituir o PIS e a COFINS, em seu regime cumulativo de incidência, sobre as receitas financeiras.

Mas a correta compreensão do que afirmamos pressupõe uma breve análise do histórico legislativo e jurisprudencial acerca do tema, o que passamos a fazer.

---

<sup>1</sup> Veja-se, a título de exemplo, a ementa da Solução de Consulta no 222, de 22 de novembro de 2012: EMENTA: ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS. RECEITA FINANCEIRA. Para fins de apuração da base de cálculo da Cofins, na hipótese de atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, a receita bruta corresponde ao valor efetivamente recebido pela venda de unidades imobiliárias, o que inclui o valor dos juros e das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índice ou coeficiente aplicáveis por disposição legal ou contratual.



## **1. Breve esboço histórico da tributação dos diversos tipos de receita pelo PIS e pela COFINS.**

A contribuição para o PIS foi instituída sob a égide da Constituição de 67 pela Lei Complementar nº 7/70, incidindo sobre o faturamento. Recepcionada pela Constituição de 88, a contribuição continuou a incidir sobre o faturamento, termo este utilizado para designar uma das fontes de financiamento da seguridade social (CF, art. 195, I, em sua redação original).

Antes da vigência da Constituição de 1988 pretendeu-se, por meio dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, ampliar a base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL – que veio a ser substituído pela COFINS – para abranger as chamadas receitas financeiras. O STF, em sede de controle difuso, declarou por diversas vezes a inconstitucionalidade destes atos normativos, até que seus efeitos foram suspensos por meio da Resolução no 49/95 do Senado Federal.

A COFINS, por sua vez, foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91, que em seu artigo 2º definia a base de cálculo da contribuição como o faturamento mensal, isto é, “(...) a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

A Lei nº 9.718/98 pretendeu alargar a base de cálculo das duas contribuições, definindo sua base de incidência como “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica” (art. 3º, §1º). Poucos dias após a publicação da Lei 9.718/98 foi publicada a Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou o artigo 195, I da Constituição, autorizando a instituição de contribuições sociais sobre o faturamento ou a receita.

O STF, em diversas ocasiões, sempre em sede de controle difuso, declarou inconstitucional a ampliação da base de cálculo de ambos os tributos trazida no art. 3º, §1º da Lei 9.718/98. Entendeu o Supremo que, antes da entrada em vigor da EC 20/98, não poderia a União tributar validamente por meio do PIS e da COFINS, entradas que não pudessem ser classificadas como faturamento, ante a falta de permissivo constitucional para tanto. Também ficou assentado em diversos julgados que a EC 20/98 não tinha o condão de tornar constitucional uma lei originalmente inconstitucional. O principal julgado sobre o tema foi o RE 357.950-9/RS, relatado pelo Ministro Marco

Aurélio e que restou assim ementado:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A instituição válida do PIS e da COFINS sobre a totalidade das receitas deu-se somente com as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, que definiram a hipótese de incidência das contribuições – com a ressalva de que a definição alcança apenas sua incidência não-cumulativa – da seguinte forma (grifamos):

Lei no 10.637/2002 - Art. 1º. A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

Lei no 10.833/2003 - Art. 1º. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

Mais: as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 deixam claro não serem os dispositivos instituidores do regime não-cumulativo – dentre os quais aqueles ampliativos das bases de cálculo do PIS e da COFINS – aplicáveis a diversos grupos de contribuintes, dentre os quais destacamos os que apurem seu Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido com base no lucro presumido:

Lei no 10.637/2002 - Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

(...) II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

Lei no 10.833/2003 - Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...) II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

Com a edição da Lei 11.941/2009, revogou-se o §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, restabelecendo-se a sinonímia entre faturamento e receita bruta. Por fim, a Lei 12.973/2014 determinou a incidência do PIS e da COFINS sobre o faturamento, entendi-do como a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/77, cuja nova re-dação foi estabelecida na própria Lei 12.973/2014:

Decreto-Lei 1.598/77 - Art. 12. A receita bruta compreende:  
I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;  
II - o preço da prestação de serviços em geral;  
III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e  
IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não compreendidas nos incisos I a III.

## 2. SOBRE A EXCLUSÃO DA TRIBUTAÇÃO DAS RECEITAS FINANCEIRAS VIA PIS/COFINS CUMULATIVO

Do que foi exposto acima, conclui-se que, apesar da possibilidade para tanto, a União não instituiu as contribuições para o PIS e para a COFINS sobre a totalidade das receitas dos contribuintes que se sujeitem ao regime cumulativo das contribuições. Senão vejamos:

i) antes da EC 20/98, a União não era competente para instituir o PIS e a COFINS sobre a totalidade das receitas de seus contribuintes, mas somente sobre o faturamento (RE 357.950-9/RS);

ii) depois da EC 20/98, a União instituiu o PIS e a COFINS não-cumulativo sobre a totalidade das receitas, mas restringiu o alcance das normas instituidoras aos contribuintes deste regime (Lei 10.637/2002, arts 1o e 8o e 10.833/2003, arts. 1o e 10);

iii) após a edição da Lei 11.941/2009 a norma que fixava a ampliação da base de cálculo para o regime cumulativo (art. 3o, §1o da Lei 9.718/98) foi revogada, voltando expressamente a base de cálculo deste regime a ser o “faturamento” e não a totalidade das receitas;

iv) a Lei 12.973/2014 refinou o conceito de faturamento, tornando-o equiva-lente à receita bruta, assim entendida como o produto da venda de mercadorias nas operações de conta própria, o preço da prestação de serviços, o resultado nas operações de conta alheia (por exemplo, nas operações de consignação e de representação comercial) e a receita da atividade ou objeto principal da empresa, quando estes não se subsumam aos conceitos de prestação de serviços ou venda de mercadorias.

Portanto, aplicam-se aos contribuintes excluídos da sistemática prevista nas leis 10.637/2002 e 10.833/2003 as normas anteriormente vigentes, é dizer, o artigo 3o, caput, da Lei 9.718/98 e os artigos 3o, b, da Lei Complementar 7/70 e 2o da Lei Complementar 70/91, que determinam a incidência do PIS e da COFINS única e exclusivamente sobre o faturamento.

Em suma, como o regime anterior ao das Lei 10.637/2002 e 10.833/2003 continua vigorando em relação aos contribuintes sujeitos ao regime cumulativo, é possível inferir que o PIS e a COFINS incidem sobre:

i) o faturamento(ou receita operacional bruta), o que exclui outros tipos de receitas (como as financeiras) quando os contribuintes se sujeitem ao re-gime cumulativo da Lei nº 9.718/98 e;

ii) a totalidade das receitas auferidas, quando da adoção da sistemática da não-cumulatividade disciplinada pelas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

Cumprir dizer que, mesmo no regime não-cumulativo, desde 2005 não se tributam as receitas financeiras via PIS/COFINS em decorrência da edição do Decreto 5.442/2005<sup>3</sup>, que reduziu a zero as alíquotas incidentes sobre este tipo de receita. Assim, é possível afirmar que a União – apesar da possibilidade de fazê-lo – optou por não tributar as receitas financeiras pelo PIS e pela COFINS.

O que se disse acima é referendado pela melhor doutrina. Assim analisa o tema o ex-Auditor da Receita Federal, José Antonio Minatel (os grifos são nossos):

“A contrario sensu, é possível afirmar que, por expressa opção do legislador, permanecem no regime cumulativo de apuração do PIS e COFINS as empresas que têm seus resultados submetidos à tributação do imposto sobre a renda pela sistemática do lucro presumido ou arbitrado, condição que, além de colocá-las à margem da nova legislação que implantou a não cumulatividade, faz com que continuem submetidas às regras ditas pela Lei 9.718/98. Com isso, continuam ativos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade até que nova legislação venha regular a base de cálculo das contribuições para essas empresas (...)”<sup>4</sup>

Embora ainda não analisado pelos tribunais superiores, alguns Tribunais Regionais Federais já utilizaram do mesmo raciocínio para reconhecer que as receitas financeiras não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS. É ver as decisões a respeito do tema (grifamos).

<sup>3</sup> Decreto 5.442/2005 - Art. 1º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das referidas contribuições.

<sup>4</sup> MINATEL, José Antonio. O conceito de receita, para efeito de incidência do PIS e da COFINS. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). Contribuições para a seguridade social. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 546.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) E PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/1998. PRESCRIÇÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL DA FAZENDA. INAPLICABILIDADE DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATUALIZAÇÃO DO INDÉBITO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. COMPENSAÇÃO.

- 1. A prescrição quinquenal foi reconhecida e não devolvida a matéria a esta Corte, pois a sucumbente não apelou do ponto. Apelação da Fazenda não conhecida por falta de interesse.*
- 2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (RE n. 146733).*
- 3. Prevalece, portanto, a fim de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, o art. 2º da Lei Complementar 70/91, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Precedentes deste Tribunal.*
- 4. Não se aplicam às instituições financeiras as disposições das Leis 10.637/2002 e 10.833/03, consoante disposto no inciso I dos seus artigos 8º e 10, respectivamente.*
- 5. Na atualização das parcelas a serem restituídas/compensadas, segundo a jurisprudência, a partir de 1º.01.96, aplica-se a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ressaltando-se, porém, que a aplicação desta não é cumulada com juros moratórios e/ou correção monetária (REsp 1074542/SP, Rel. Ministro Teori*

*Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe de 13/10/2008; REsp 1012228/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe de 03/10/2008, entre outros).*

6. *Apelação do impetrante provida para afastar a aplicação das Leis 10.637/2002 e 10.833/03 e determinar a aplicação da taxa Selic na atualização do indébito.*
7. *Apelação da Fazenda Nacional conhecida em parte e improvida.*
8. *Remessa oficial, tida por interposta, improvida.*

*TRF-3 - AC 0018124-30.2009.4.03.6100 / SP, rel. Des. Federal Roberto Jeuken*

*DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PISE E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CORRETORA DE SEGUROS. NÃO INCLUSÃO NO ROL DO § 1º DO ARTIGO 22 DA LEI 8.212/91. TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO. INAPLICABILIDADE DO REGIME NÃO CUMULATIVO DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03. CONCEITO DE FATURAMENTO OU RECEITA BRUTA. TOTALIDADE DAS RECEITAS DECORRENTES DAS ATIVIDADES TÍPICAS DA PESSOA JURÍDICA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

1. (...)

3. *No mérito, consolidada a jurisprudência, no âmbito da Suprema Corte firme no sentido da inconstitucionalidade da majoração exclusivamente da base de cálculo, prevista na Lei 9.718/98, sem prejuízo da legislação anterior e mesmo da majoração da alíquota da COFINS.*
4. *As Leis 10.637/02 e 10.833/03 estabeleceram, respectivamente, para o PIS e COFINS, o regime não cumulativo, ressaltando, porém, dos seus efeitos certos contribuintes, que permaneceram vinculados ao regime cumulativo da legislação anterior (artigos 8º da Lei 10.637/02 e 10 da Lei 10.833/03).*

5. *Acerca do enquadramento da autora como "sociedade corretora", nos termos do § 1º do artigo 22 da Lei 8.212/91, por atuar como corretora de seguros, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "as sociedades corretoras de seguros, meras intermediárias da captação de eventuais segurados, não se incluem no rol das sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores" (RESP 396.320, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 16/12/2004).*
6. *Ainda que, nos termos da jurisprudência, a autora não possa ser equiparada à instituição financeira, para fins de inclusão no rol do § 1º do artigo 22 da Lei 8.212/91 (artigos 8º, I, da Lei 10.637/02 e 10, I, da Lei 10.833/03), as DIPJ dos exercícios de 2005 a 2009 indicam tributação pelo lucro presumido, o que, por si, afasta a incidência das Leis 10.637/02 (artigo 8º, II) e 10.833/03 (artigo 10, II), não havendo como negar seu direito à restituição ou compensação de valores pagos incidentes sobre base de cálculo inconstitucional, mesmo após a edição das Leis que instituíram o regime não-cumulativo.*
7. *Conforme artigo 3º do estatuto social, a autora "tem como objeto social a prática das seguintes operações: (a) corretagem de seguros de ramos elementares, vida, capitalização e planos previdenciários e saúde; (b) prestação, para terceiros, de serviços técnicos pertinentes às suas atividades, exceto inspeção de riscos ou liquidação de sinistros; (c) participação, com recursos próprios, em outras empresas e empreendimentos, exceto em sociedades seguradoras, como acionista, quotista, sócia ou consorciada".*
8. *Independentemente da equiparação ou não da empresa corretora de seguros à sociedade corretora e, por consequência, à instituição financeira, a base de cálculo da COFINS e PIS, nos termos do caput do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, é o faturamento, equivalente à receita bruta, que corresponde à "receita decorrente das atividades típicas, próprias da pessoa jurídica em cada ramo de atividade econômica", não se limitando à venda de mercadorias e prestação de serviços, conforme sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, inclusive da Terceira Turma.*



(...).

Algumas objeções poderiam ser feitas às conclusões acima. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que todas as decisões acerca da inconstitucionalidade do art. 3o, §1o da Lei 9.718/98, foram tomadas em sede de controle difuso, de modo que o dispositivo legal encontrava-se vigente à época da publicação das Leis 10.637/2002 e 10.833/03. Não poderia o legislador reinstaurar o que já estava instituído.

Além do mais, pode-se arguir que esta interpretação peca por ater-se à literalidade do texto normativo. Assim, seria possível dizer que os artigos 8o da Lei 10.637/2002 e 10 da Lei 10.833/03 apenas excluem as empresas ali elencadas das disposições do regime não-cumulativo, mas não das disposições referentes à instituição do PIS e da COFINS sobre a totalidade das receitas dos contribuintes.

Não faria sentido, por esta interpretação “sistemática”, que a Constituição fosse re-formada de modo a permitir a ampliação da base de contribuição do PIS e da COFINS para depois conferir aos atos normativos decorrentes desta reforma interpretação que lhes negasse maior efetividade possível.

Nenhuma das objeções acima merece ser acolhida.

A uma parte, embora vigente, o §1o do art. 3o da Lei 9.718/98 foi editado em desacordo com as regras de competência então conferidas à União para instituir contribuições sociais. Dizer o contrário é tornar sem efetividade as decisões do STF que declararam inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS efetuada por meio de lei ordinária. Pior, seria instituir a possibilidade de declarar a constitucionalidade superveniente de normas originariamente inconstitucionais, possibilidade esta negada pelo STF no julgamento dos recursos sobre o tema.

Ressalte-se que o STF, nas ocasiões em que declarou inconstitucional o art. 3o, §1o da Lei 9.718/98, o fez na vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, sem nenhuma modulação de efeitos ou outro tipo de técnica de interpretação conforme de outros dispositivos que limitassem o alcance de suas decisões.

Tampouco merece prosperar a interpretação “sistemática” dos dispositivos: se

levarmos em conta a tributação das receitas dos contribuintes como um todo, veremos que as receitas classificadas como financeiras sempre tiveram um tratamento específico, especialmente no regime do lucro presumido, que engloba os contribuintes necessariamente tributados de acordo com o regime cumulativo do PIS e da COFINS. Por estes regimes, sempre houve uma maior tributação, via Imposto de Renda e Contribuição sobre o Lucro Líquido, das receitas financeiras, o que justificaria um tratamento diferenciado no que tange ao PIS e à COFINS.

E mesmo que entendamos que este tratamento diferenciado deveria – por analogia – redundar em um aumento de carga tributária, tal raciocínio não seria aplicável ao setor do qual nos ocupamos no presente estudo. É que as receitas financeiras decorrentes de reajustes contratuais das empresas que se dediquem a atividades imobiliárias submetem-se a uma carga tributária menor que a aplicável às receitas financeiras das demais em-presas. Veja-se o artigo 15 da Lei 9.249/95, verbis:

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada medi-ante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de ja-neiro de 1995.

(...) § 4º O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.

Assim, restaria plenamente justificada uma interpretação sistemática que redundasse em menor carga tributária para o setor.

Quanto à interpretação acima negar a efetividade da ampliação da base de contribuição do PIS e da COFINS processada via EC 20/98, há que se considerar que a União, sponte propria, desonerou do PIS e da COFINS as receitas financeiras quando:

- i) reduziu a zero a alíquota incidente sobre as receitas financeiras dos contribuintes sujeitos ao PIS/CONFINS não-cumulativo (Decreto 5.422/2005);

ii) expressamente excluiu tais receitas da base de cálculo do PIS/COFINS cumulativo, ao revogar o §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98.

Portanto, mesmo que a interpretação pro fisco dos dispositivos acima fosse a correta – entendimento do qual discordamos – não há como coaduná-la com a Lei 11.941/2009, que expressamente subtraiu as receitas financeiras do campo de incidência do PIS e da COFINS, ao revogar o §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, reestabelecendo o faturamento – e só este – como base de cálculo do PIS e da CONFINS.

Mais: as alterações legislativas posteriores à Lei 11.941/2009 – especialmente a Lei 12.973/2014, que terminou o processo de adequação da escrituração contábil-fiscal brasileira às normas internacionais – apenas reafirmaram que a base tributável do PIS/COFINS equivale ao faturamento, ou seja, a receita decorrente da atividade principal da empresa, conforme veremos a seguir.

### **3. OS CONCEITOS DE FATURAMENTO E DE RECEITA (FINANCEIRA)**

A definição de faturamento foi objeto de intensa discussão no STF nos últimos a-nos. Restou assentado que o conceito limita-se às receitas auferidas nas vendas de bens e serviços intrinsecamente ligadas ao objeto social do contribuinte. Quando do julgamento da ADC nº 1/DF, em que se declarou a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º, 9º e 13 da Lei Complementar nº 70/91, instituidora a COFINS, registrou o Min. Moreira Aves (gri-famos):

“De outra parte, o DL n. 2397/87, que alterou o DL. n. 1940/82, em seu art. 22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, §1º, do mencionado diploma legal como a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, conceito este que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como produto de todas as vendas, e não apenas vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão somente nas vendas mercantis a prazo.”

Do mesmo modo, assim se pronunciou o Min. Ilmar Galvão (grifamos):

“De efeito, o conceito de 'receita bruta' não discrepa do 'faturamento', na acepção que este termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a

compreensão, estreitando-o nos li-mites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36), em que a emissão de uma 'fatura' constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata.”

Assim, faturamento significa fruto das vendas de bens e serviços no estrito cumprimento do objeto social.No mesmo sentido o voto do Ministro Carlos Britto no já mencionado RE nº 357.950-9/RS, no qual o STF declarou inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

“Por isso, estou insistindo na sinonímia 'faturamento' e 'receita operacional', exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional.

Logo, receita operacional é receita bruta de tais vendas, mas não incorpora outras modalidades de ingresso financeiro: royalties, aluguéis, rendimentos de aplicações financeiras, indenizações, etc” (grifamos).

Portanto, o que diferencia o faturamento das receitas totais é que aquele é obtido no estrito cumprimento do objeto social, ao passo que estas incluem todos os outros ingressos. Compõe o faturamento a remuneração da atividade fim da empresa ao passo que o as outras receitas – inclusive as financeiras – representam os ganhos da empresa com outras atividades que não as integrantes de seu objeto social.

#### **4. DA VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO AO CONCEITO DE RECEITA FINANCEIRA CONSTANTE DO DIREITO PRIVADO**

Seria possível arguir que algumas das receitas classificadas como financeiras para efeitos tributários representariam um efetivo faturamento. Seria o caso, por exemplo, das variações monetárias decorrentes de cláusulas de reajuste contratuais das obrigações ativas dos contribuintes, que nada mais seriam que atualizações dos preços cuja soma total comporia o faturamento. Logo, comporiam, elas também, o faturamento.

Este foi um dos argumentos utilizados pelo TRF da 5ª Região para negar a uma construtora tributada de acordo com o lucro presumido a possibilidade de reaver tudo

quanto indevidamente recolhido a título de PIS/COFINS sobre receitas financeiras. Re-ferimo-nos aqui ao EDAC517840/01/CE, relatado pelo Des. Federal Fernando Braga e assim ementado (grifamos):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. LEI Nº 9.718/98. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS E MULTA DE MORA DECORRENTES DE VENDA DE IMÓVEIS. NÃO ENQUADRAMENTO COMO RECEITAS FINANCEIRAS. TRIBUTAÇÃO DEVIDA. OMISSÃO CARACTERIZADA E SUPRIDA.

1 - De fato, o julgado combatido incorreu em omissão quanto à natureza da correção monetária, juros e multa de mora decorrentes dos contratos de compra e venda de imóveis e/ou da prestação de serviços de construção civil. Entretanto, o suprimento daquela não irá implicar a atribuição de efeitos modificativos aos presentes aclaratórios. É que, como bem discorreu o magistrado de origem, tem-se que "o conceito de faturamento deve ser entendido como abrangente da totalidade das receitas advindas da atividade empresarial da pessoa jurídica e, no caso da atividade empresarial da autora, incorporação imobiliária e construção civil, correção monetária, juros e multa de mora constituem resultado direto e imediato da atividade empresarial, não configurando receitas financeiras, como seria, por exemplo, o caso de rendimentos em aplicações financeiras, que não possui vínculo direto com a atividade preponderante desempenhada por determinada sociedade empresária. As verbas questionadas nesta ação integram o próprio custo/preço dos bens e serviços fornecidos pela autora. Entender o contrário seria equiparar as construtoras/incorporadoras a verdadeira instituição financeira, na medida em que efetuaria mútuos onerosos com a finalidade de aquisição de unidades imobiliárias, ainda que tais unidades sejam por ela própria comercializadas. Assim, a noção de faturamento já existente nas LC 07/70 e 70/91 engloba as receitas discutidas nesta ação".

2 - "Nos termos da Lei Complementar nº 70/91, o aspecto material da hipótese de incidência da COFINS, ou seja, o faturamento mensal, corresponde à receita bruta, seja da venda de mercadorias, da prestação de serviços conjugada com a venda de mercadorias, bem como da prestação de serviços de qualquer natureza, englobando, portanto, o faturamento decorrente da atuação empresarial da construtora, aí incluídos os valores relativos à correção monetária, bem como os juros e multa decorrentes dos contratantes adquirentes dos imóveis comercializados. O montante correspondente às vendas, quer a prazo, quer à vista, deve ser caracterizado como faturamento, cabendo, assim, a incidência do PIS e da COFINS, nos termos da Lei LC 70/91"

(TRF 5ª REGIÃO - AC 545451 - Relator(a): Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado) - Órgão julgador: Segunda Turma - DJE: 19/12/2012, página: 371 - Decisão: Unânime).

3 - Por outro lado, melhor sorte não tem a tentativa da recorrente de fazer incidir, na hipótese vertente, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.718/98, para fins de caracterizar os valores recebidos a título de correção monetária, juros e multa de mora, auferidos dos contratos de compra e venda de imóveis e/ou da prestação de serviços de construção civil por empreitada, como receitas financeiras. É que, no regime do lucro presumido, os acréscimos, nas prestações mensais das vendas parceladas de imóveis, decorrentes da aplicação do indexador contratual especificado, não são classificáveis como receitas financeiras.

(...) 7 - Embargos declaratórios providos, sem atribuição de efeitos infringentes.

Ocorre que – nos termos do RE 357.950/RS – não pode o fisco ignorar as classificações contábeis das operações no momento de determinar a base impositiva do PIS e da COFINS, o que resultaria, em última análise, na subversão do artigo 110 do CTN, que, pedagogicamente, prescreve:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Os limites à ação estatal são estabelecidos por meio do uso de linguagem. Por meio de palavras, criam-se classes de fatos que, uma vez verificados, despertam a possibilidade, até então latente, de ação do Estado. Contudo, por serem palavras, não são capazes de conotar uma classe exatamente delimitada de objetos, fato este que gera problema de estabelecimento dos limites a que está adstrito o legislador ordinário, quando da inserção no sistema jurídico de enunciados prescritivos sobre matéria tributária.

Os partidários da tese que chamaremos de estipulativa afirmam que a Constituição não veicula conceitos. O primeiro corolário da tese é a irrestrita liberdade estipulativa conferida ao legislador infraconstitucional: se os conceitos constitucionais não existem,

qualquer significação atribuída aos termos presentes na Constituição é possível. Assim, para esta tese, receita financeira é aquilo que a lei disser que é receita financeira.

Outra tese, que chamaremos aqui de “significado mínimo”, defende existirem conceitos constitucionais aos quais o legislador ordinário estaria adstrito. No entanto, tais termos conotariam apenas as situações para as quais não existissem dúvidas acerca da extensão dos conceitos, ou seja, os significados mínimos ou “núcleos conceituais”, para utilizar a nomenclatura de Engisch<sup>5</sup>.

Há quem entenda ser possível determinar o alcance semântico dos termos designativos de competência material tributária por meio da leitura exclusiva do texto constitucional. Segundo Geraldo Ataliba e Aires Barreto<sup>6</sup>, não se pode querer determinar o alcance dos termos da Constituição a partir de atos infraconstitucionais, sob pena de se interpretar a Constituição conforme as leis.

Por fim, parcela da doutrina<sup>7</sup> entende que o significado dos termos delimitadores de competência material tributária deve ser obtido pela ampliação da base de investigação. Passam a ser relevantes, na determinação destes sentidos, os usos lingüísticos, comuns e técnicos dos termos. Não só o texto constitucional deve ser investigado, mas a própria linguagem, especialmente no seu aspecto pragmático. Em outros termos: é reconhecer que a pragmática é relevante à semântica, na determinação do alcance dos termos jurídicos.

O fato é que, para além das discussões doutrinárias, inclina-se o STF a responder as questões que lhe são postas em termos jurídicos a partir de construções lingüísticas que tomam por base textos jurídicos. É dizer: na dúvida sobre a extensão e alcance

---

<sup>5</sup> Segundo Karl Engisch, um conceito jurídico é indeterminado quando seu conteúdo e extensão sejam em larga medida incertos. São inerentes a um conceito indeterminado um núcleo e um halo conceituais. O núcleo conceitual abrangeria os casos nos quais o conteúdo e alcance de um conceito são claros. O halo conceitual, por sua vez, diria respeito àquelas determinadas situações em que a inclusão na classe do conceito seria duvidosa. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. João Baptista Machado (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, p. 209.

<sup>6</sup> ATALIBA, Geraldo. ISS e locação - conceito constitucional de serviço - locação não é serviço; não pode a lei assim considera-la para efeitos tributários. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.619, p.7-15, mai. 1987.

<sup>7</sup> Por todos, vide: TORRES, Ricardo Lobo. Normas de interpretação e integração do Direito Tributário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de determinado termo, o STF tem, reiteradamente, construído o sentido a partir de definições legisladas. Veja-se, a título de exemplo, o RE 357.950-9/RS, acima transcrito, em que se discutia o conceito de faturamento; ou o RE 116.121-3<sup>8</sup>, relatado pelo Min. Marco Aurélio, que discutiu o conceito de serviço, em que ficou definido que definição de “serviço” deve ser procurada no direito privado ; ou ainda o AI 727958 AgR/MG, relatado pelo Ministro Eros Grau, em que se discutia o alcance do termo “folha de salários”, termo cuja correta definição consta da legislação trabalhista. Em todos estes casos, o STF justificou suas decisões a partir do sentido infralegal, estabelecido em textos normativos.

Assim, pode-se afirmar que a construção do sentido de um vocábulo, com a finalidade de extremar a incidência tributária, deve ser feita a partir de textos legais.

#### **4.. OS REAJUSTES CONTRATUAIS DECORRENTES DA VENDA A PRAZO DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS SÃO RECEITAS FINANCEIRAS**

O direito privado claramente diferencia o faturamento (receita bruta) das demais receitas. Veja-se o artigo 187 da Lei das S.A. (Lei 6.404/76), que explicita os itens em que deve ser decomposta a demonstração dos resultados do exercício:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

- I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;
- II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;
- III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;
- IV – o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas;
- V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;
- VI – as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa;
- VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.



Assim, as receitas financeiras compõem as chamadas receitas operacionais, mas não integram a receita bruta, que engloba, como já visto, apenas as receitas relacionadas à atividade fim da empresa. As chamadas receitas e despesas financeiras, por sua vez, estão relacionadas à utilização de ativos de outrem.

Segundo o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, CPC, órgão do Conselho Federal de Contabilidade responsável pela emissão de pronunciamentos técnicos sobre procedimentos em contabilidade, a utilização de ativos de outras entidades pode dar origem a três tipos de receitas: juros, royalties e dividendos, dependendo do tipo de ativo utilizado. Eis a classificação<sup>9</sup> adotada pelo CPC:

## **5. A UTILIZAÇÃO, POR PARTE DE TERCEIROS, DE ATIVOS DA ENTIDADE DÁ ORIGEM A RECEITAS NA FORMA DE:**

(a) juros – encargos pela utilização de caixa e equivalentes de caixa ou de quantias devidas à entidade;

(b) royalties – encargos pela utilização de ativos de longo prazo da entidade, como, por exemplo, patentes, marcas, direitos autorais e software de computadores; e

(c) dividendos – distribuição de lucros a detentores de instrumentos patrimoniais na proporção das suas participações em uma classe particular do capital.

Sempre que alguém se utilize de caixa de uma entidade – ou seu equivalente ou de quantias devidas a esta entidade – e em havendo cobrança por esta utilização, tais receitas deverão ser classificadas como financeiras. É o que ocorre com as cláusulas de reajuste contratual ora estudadas.

Senão vejamos.

Tal receita é cobrada apenas quando não há pagamento integral da unidade imobiliária vendida. Em havendo o pagamento antecipado do bem, nada mais resta a ser cobrado por parte da entidade. Logo, tais valores não compõem diretamente a remuneração das vendedoras, mas apenas uma contraprestação pela utilização de seu caixa. Se compusessem o preço de venda, haveria o pagamento do reajuste inflacionário até a data da entrega do bem, independentemente de ter o valor do bem sido pago antecipadamente.

E, após a entrega da unidade vendida, é de se notar o nítido caráter remuneratório do capital da empresa imobiliária, caracterizado tanto pela recomposição do valor do bem – agora não mais por índice que mede a recomposição do valor do imóvel, mas sim por um índice inflacionário, é dizer, índice que recupera o valor da moeda – e por um percentual (1%, tipicamente) que visa a remunerar o capital da empresa imobiliária utilizado pelo detentor da unidade entregue.

O julgado acima (EDAC517840/01/CE) pretende dar às receitas decorrentes de cláusulas de reajuste contratuais o mesmo tratamento dado às receitas decorrentes de vendas a prazo de mercadorias. Tais receitas, contudo, não têm a mesma natureza: nas vendas à prazo de mercadorias o valor das prestações é previamente acordado. Assim, ainda que o montante resultante da soma das prestações seja maior do que seu preço à vista, tais montantes são previamente estabelecidos quando da efetivação da compra e venda, não se alterando em função das alterações na conjuntura macroeconômica.

Tal diferenciação decorre do conceito de variação monetária. Entende-se por variação monetária as atualizações de direitos de crédito e das obrigações de determinada empresa, sempre que referidas atualizações não forem prefixadas, mas sim determinadas posteriormente em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual.

Tudo o quanto se disse acima poderia estar no campo da especulação ou perdido em meio a um procedimento de refinamento classificatório. Poder-se-ia dizer que, na verdade, trata-se de uma zona cinzenta da classificação das receitas, de modo que caberia ao legislador ordinário, em um ato valorativo, estabelecer, com maior precisão, uma definição do conceito de receita financeira mais completa. Trata-se, contudo, de um conceito antigo da legislação pátria.

O conceito de receita financeira, para fins de IR, está assim definido:

#### **Receitas e Despesas Financeiras**

Decreto-Lei 1.598/77 Art 17 - Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem.

E o mesmo diploma normativo acresce que as variações monetárias deverão compor as receitas operacionais, em dispositivo imediatamente subsequente ao acima transcrito:

#### **Variações Monetárias**

Decreto-Lei 1.598/77 Art 18 - Deverão ser incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações.

Fossem as variações monetárias receitas decorrentes da atividade fim da empresa, teriam as receitas classificação diversa: estariam no artigo 12 do Dec.-Lei 1.598/77:

Dec.-Lei 1.598/77 - Art 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

Trata-se, como dito, de definição aplicável para fins de imposto de renda. Seria ela cabível para o PIS e para a COFINS? A resposta está contida no artigo 9º da Lei 9.718/98:

Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.(grifamos)

Não há, portanto, que se discutir – e o que se diz se torna mais verdadeiro se res-tringirmos o alcance desta proposição ao Imposto de Renda, CSLL, PIS e COFINS – o caráter financeiro das receitas decorrentes de variações monetárias estabelecidas em con-trato. Tais receitas são historicamente consideradas financeiras, não havendo motivos – senão o de restringir desonerações tributárias – para se dizer o contrário.

## CONCLUSÃO

Nosso sistema tributário caracteriza-se pela rigidez da outorga de competências tributárias, realizada por meio da atribuição, a cada ente tributante, de materialidades passíveis de sofrerem incidência tributária. Ocorre que os termos que designam as competências jamais designarão uma classe exatamente determinável de objetos, dado serem vertidos em linguagem. O método de solução de controvérsias que possam advir da ine-xatidão linguística é trazido pelo própria Constituição:

**Art. 146. Cabe à lei complementar:**

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

As leis complementares que instituem os mais variados tributos estabelecem o alcance e os limites dos termos designadores de competência material tributária, tal como ocorre, por exemplo, com o ISS (Lei Complementar 116/03) e o ICMS (Lei Kandir). Mas o próprio CTN, Lei Complementar reguladora por excelência do sistema tributário nacional, traz um preceito dos mais importantes para a interpretação da legislação tributária: o artigo 110, que alguns já utilizaram para afirmar ser o Direito Tributário pátrio um direito de superposição.

É o preceito do artigo 110 do CTN que justifica a posição de STF de buscar, no próprio texto legislado infraconstitucional, a justificativa para a estremação das diversas hipóteses de incidência tributária.

A definição do que seja faturamento e receita, inclusive suas várias subespécies, é trazida em detalhes pela legislação societária e pelos pronunciamentos do CPC, de modo a restarem poucos espaços para dúvidas sobre quais tipos de entradas integram aquele ou estas.

Dentre as chamadas receitas financeiras, encontramos os reajustes contratuais de-correntes da venda a prazo de unidades imobiliárias. Estas receitas são classificadas co-mo financeiras tanto em virtude da definição de receita financeira quanto de expressa determinação legal (vide art 9o da Lei 9.718/98).

Tanto no regime cumulativo quanto no não-cumulativo de cobrança do PIS e da COFINS hoje em vigor, as receitas financeiras não são tributadas: ali, por não ter a União instituído validamente as contribuições, conforme já decidiu por diversas vezes o STF; aqui, por força de isenção veiculada por meio do Decreto 5.442/2005.



# O POBRE E O JUIZ: ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS QUE AFASTAM O CIDADÃO DA JUSTIÇA CÍVEL BRASILEIRA

THE POOR AND THE JUDGE: SOCIOECONOMIC FACTORS THAT DRIVE AWAY THE BRAZILIAN CITIZEN OF CIVIL JUSTICE.

Vanna Coelho Cabral <sup>1</sup>

**RESUMO:** Neste artigo se analisa o acesso da camada pobre e sem instrução à justiça comum estadual brasileira, posto que somente esta já é responsável por aproximadamente setenta e três por cento de todos os processos cíveis em tramitação no país. Neste compasso é importante se destacar a verdadeira compreensão e alcance da expressão “acesso à justiça” para além de acesso ao Poder Judiciário, mas como o acesso a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Todavia, antes de se promover meios para se alcançar tais direitos e valores, é imperativo que o brasileiro saiba ser titular de tais prerrogativas, porém os treze por cento de brasileiros completamente analfabetos, por certo, não se identificam enquanto sujeitos de vários direitos. Ainda, a complexa estrutura do Poder Judiciário é de difícil compreensão para o brasileiro, o que pode conduzir à hesitação em efetivamente buscá-la, na medida em que se teme o incógnito. Em verdade, percebe-se que a iniciativa do indivíduo em buscar a justiça através do Poder Judiciário está fortemente ligada com a confiança que ele deposita no sistema judiciário de seu país e, aqui, menos da metade dos brasileiros confiam no Poder Judiciário e o maior índice de confiança é identificado entre os entrevistados que não utilizaram o Judiciário. Finalmente, vencidos todos estes obstáculos, é preciso ainda, para se ter acesso à justiça, ter recursos financeiros para suportar seus ônus. A assistência jurídica gratuita promovida pelas Defensorias Públicas ainda não correspondem às reais necessidades sociais. No Maranhão, por exemplo, a Defensoria Pública atende apenas quarenta e um por cento do total de comarcas existentes. Além do mais, as pessoas pobres, independente de terem condições de pagar as despesas ou de estarem sob o benefício da assistência jurídica gratuita, em regra, não podem suportar a demora típica dos procedimentos judiciais, já que precisam do bem da vida pleiteado para sua própria sobrevivência.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Acesso à justiça. Pobreza. Ignorância.

**ABSTRACT:** This article analyzes the access of the poor and uneducated people to Brazilian civil justice, since only this is already responsible for about seventy-three percent of all the civil cases pending in the country. This measure is important to highlight the true understanding and meaning of the phrase "access to justice" in addition to access the courts, but as access to a particular set of values and fundamental rights for humans. However, before promote ways to achieve these rights and values, it is imperative that Brazilians know these powers, but the thirteen percent of Brazilians completely illiterate, of course, do not identify themselves as subjects of various rights. Still, the complex structure of the Judiciary is difficult to understand,

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional. Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professora da Universidade CEUMA. vannacabral@hotmail.com

which can lead to hesitation in actually get it, as it is feared the unknown. In fact, it is clear that the initiative of the individual to seek justice through the judiciary is strongly linked with the trust he puts in the Judiciary of his country, and here, less than half of Brazilians trust in the Judiciary and the highest confidence is identified among respondents who did not use it. Finally, overcome all these obstacles, it is still necessary to access the justice, to have the financial resources to support its burden. The legal aid sponsored by the Public Defender does not correspond to the real social needs. In Maranhão, for example, the Ombudsman serves only forty-one percent of the total existing counties. Moreover, poor people, regardless of whether they can afford the cost or the benefit of being under the legal aid, as a rule, can not stand the typical delay of the proceedings, since they need the well pleaded for his life own survival.

**Keywords:** Judiciary. Access to justice. Poverty. Ignorance.

## 1 INTRODUÇÃO

O movimento de acesso à justiça desencadeou, nas últimas décadas, não apenas uma profunda reforma normativa e institucional, mas, em uma perspectiva muito mais ampla, deu causa a uma transformação radical na concepção do universo jurídico, afinal, o desenvolvimento econômico e social de um Estado de Direito Democrático está diretamente relacionado com a capacidade do Judiciário de se apresentar como uma instância legítima na solução de conflitos.

Por conta disto, o Poder Judiciário tem sido alvo de profundas análises e críticas, não apenas nos países que contam com uma democrática ainda no estágio pueril, como o Brasil, mas também na Inglaterra, França, Itália e Estados Unidos da América, por exemplo. Nestes países, o desagrado com o Judiciário “tem se expressado na constante criação de comissões encarregadas de buscar soluções, ou em demandas por uma justiça mais rápida e eficiente encabeçadas por expressivos setores da sociedade”(SADEK; ARANTES, online a). Igualmente no Brasil, em dezembro de 2004, foi publicada a Emenda Constitucional n. 45, responsável por importantes mudanças no Poder Judiciário, especialmente com a criação, no ano seguinte, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes lembram que são também as deficiências de se obter real acesso à justiça que “impulsionam movimentos populares e têm até aberto espaço para o surgimento de outros canais para a solução de conflitos”(SADEK; ARANTES, online a).



É certo que não há uma única causa para a problemática do acesso à justiça pelas pessoas de baixa renda e de baixa escolaridade no Brasil. De fato, conspiram fatores das mais diversas ordens. Neste estudo tem-se em foco os conflitos que possam ser suscitados na justiça cível, deixando à margem o acesso à justiça penal, quando as pessoas envolvidas nem sempre têm autonomia para buscar ou não o Judiciário. Ademais a Justiça Comum Estadual é responsável pela maior parte dos processos em tramitação no país, aproximadamente setenta e três por cento<sup>1</sup>.

## 1. O QUE É ACESSO À JUSTIÇA?

O atual conceito de acesso à justiça é produto de uma evolução no estudo do tema. Como afirma Mauro Cappelletti, “*laideadelaccesolajusticia* representa *larespuesta* histórica a *la crítica*” (CAPPELLETTI, 1993, p. 91).

O direito ao acesso à justiça, segundo Rogério Lauria Tucci, é um direito público subjetivo “universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da Justiça”(TUCCI; TUCCI, 1989, p. 10). De fato, propiciar o direito de acesso à justiça é dever do Estado, vez que não pode o indivíduo atingir a satisfação de seu direito sem que a outra parte queira fazê-lo espontaneamente, já que não pode usar qualquer coerção contra esta.

Entretanto o Estado não pode se restringir a proporcionar meios para que o cidadão busque a preservação de seus direitos, mas, também, deve afiançar que estes meios, realmente, sejam hábeis para este fim, sem que isto importe em maiores gravames ao jurisdicionado.

Sendo assim, à expressão acesso à justiça atribui-se fundamentalmente dois sentidos. O primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao

---

<sup>1</sup> A Justiça Comum possui também 73% dos magistrados do país (1ª e 2ª instâncias). A Justiça do Trabalho tem 18,3% dos magistrados do Brasil (1ª e 2ª instâncias) e recebe 12,5% do total de processos entrados no país. A Justiça Federal registra 8,2% dos magistrados do país (1ª e 2ª instâncias) e recebe 11,9% do total de processos entrados no Brasil. O STF e os Tribunais Superiores têm 0,6% dos magistrados do país. Recebem 2,4% do total de processos entrados no país. BRASIL. Ministério da Justiça, Diagnóstico Poder Judiciário. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 19 nov. 2012, p. 24.

Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica desta expressão, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.

Outra concepção, ainda mais ampla, consagrada por Kazuo Watanabe, entende que “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”(RODRIGUES, 1994, p. 29). Mais além compreende Glauco Gumerato Ramos (RAMOS, 2000, p. 38):

O fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja, também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respectiva atuação executiva, não olvidando-se [sic], é claro, o escorreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante.

São várias, portanto, as concepções sobre acesso à justiça, cada uma enfatizando um aspecto, afinal, como assegura Mauro Cappelletti, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição”(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Considera-se, então, meio de busca por um ordenamento jurídico justo. É, ainda, garantia de proteção aos direitos individuais ou coletivos, prestada tanto pelo Poder Judiciário, quanto por outros órgãos, mesmo privados, com funções jurisdicionais.

A par deste conceito, estuda-se, a seguir, a obtenção de resultados efetivos de acesso à justiça através do Judiciário pelo brasileiro pobre e ignorante.

## **2. A IGNORÂNCIA E A CIÊNCIA DO DIREITO**

O Brasil possui aproximadamente treze por cento da população completamente analfabeta, segundo o relatório da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, organizada pelo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com base em dados de 2011. A região Nordeste é a que tem os piores índices, concentrando mais da metade dos analfabetos do País. São aproximadamente dezessete por cento de

analfabetos contra os cinco por cento registrados no Sul do Brasil (BRASIL,online b).

Urge, então, apontar que, paralelamente ao dever de promover a exequibilidade do direito de acesso à justiça, através das funções do Poder Judiciário, o Estado tem que propiciar ao jurisdicionado o pleno conhecimento de seus direitos.

Adverte Carmem Lúcia Antunes que, sem isto, o direito de acesso à justiça passa a ser “uma mentira legal ou uma possibilidade oficial, somente exercida por aqueles que dispõem de condições econômicas bastantes para saber de seus direitos e poder pagar o preço de seu exercício” (ROCHA, 1993, p. 34).

Se “*the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindications*”(MOORHEAD; PLEASENCE, 2004, p. 1), ter direitos e desconhecê-los é igualmente sem sentido. Pouco valerá contar com um aparelhamento jurisdicional, quer estatal, quer privado, se o cidadão não sabe pelo que clamar. Ninguém acha o que não que está procurando. Não há acesso a direitos, quando não houver conhecimento sobre eles, já que “só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício, ou com a sua efectivação” (MIRANDA, 1998, p. 229).

Para Mauro Cappelletti, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa é o primeiro pressuposto para o acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22). Segundo ele, a ignorância neste sentido não afeta somente os pobres. Na realidade, quanto menor é o poder aquisitivo do indivíduo, menor é seu grau de escolaridade e instrução, o que reduz sua capacidade de identificar-se como sujeito de direitos ou de perceber um direito violado e passível de reparação<sup>2</sup>.

Boaventura de Sousa Santos revela que “os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos, e, portanto, ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico”.Ele apresenta uma pesquisa que revela que em Nova York, nos Estados Unidos da América, dentre as pessoas envolvidas em acidentes de viação, vinte e sete por cento das de baixa

---

<sup>2</sup> Neste sentido também: SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 170.

renda não tomaram qualquer iniciativa contra as lesões sofridas, enquanto que, na camada rica, apenas dois por permaneceram inertes (SANTOS, 1989, p. 48).

Em recente relatório, com dados do primeiro trimestre de 2012, a Fundação Getúlio Vargas, revela que “há uma relação da utilização do Judiciário com a renda e com a escolaridade. Quanto maior a escolaridade e maior a renda, maior é a utilização do Judiciário”. Segundo o estudo, os entrevistados do Rio de Janeiro são os que em maior quantidade declararam já terem utilizado o Judiciário, seguidos pelos entrevistados do Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Tem-se quarenta e seis por cento de acesso à justiça entre as pessoas de escolaridade baixa contra sessenta e cinco por cento das pessoas de alto nível escolar (CUNHA, online, p. 14). O Censo realizado pelo IBGE revelou, no período de 2000 para 2010, a Região Norte tinha o maior percentual de crianças e adolescentes que não frequentavam escola, mais que o dobro da Sudeste e da Sul. O Distrito Federal deteve o mais alto nível de instrução em 2010, seguido por São Paulo e Rio de Janeiro (BRASIL, online c).

Segundo dados do IBGE, aproximadamente treze milhões de brasileiros tiveram situação de conflito nos últimos cinco anos, isto, identificaram-se enquanto sujeitos de direito, a ponto de identificar a ocorrência de violação ou ameaça de lesão. Noventa por cento delas buscou solução, e pouco mais de vinte e dois por cento destas pessoas não recorreu ao Judiciário (BRASIL, online d). Vale lembrar aqui a ponderação feita por Marc Galanter (CESAR, 2002, p. 111):

os tribunais apenas resolvem uma ínfima parte de todos os conflitos cuja resolução lhes é pedida. É preciso dar-se conta, também, de que esses próprios conflitos apenas constituem uma ínfima parte de todos os conflitos de interesses cuja resolução se possa conceber pedir ao tribunal e uma parte ainda menor do conjunto dos litígios que se produzem na sociedade.

Há, por conseguinte, uma considerável quantidade de lides que escapam até mesmo da apreciação dos Juizados Especiais, criados justamente para atender aos cidadãos mais marginalizados, o que, segundo admite o Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais, “deixa evidenciado não só o baixo nível de consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos sociais, mas também a falta de efetividade do Estado, por suas agências institucionais, quanto à democratização dos mecanismos de acesso à Justiça pública estatal” (BRASIL, online b, p. 9).

As Defensorias Públicas, criadas para prestar assistência jurídica gratuita para as pessoas economicamente hipossuficientes, tem pecado quanto à educação em prol da justiça. Apenas dezesseis Defensorias Públicas, incluindo-se a da União, possuem programa regular de instrução para a cidadania, destinada a esta camada da população(BRASIL, online f).

É preciso que haja políticas de ensino da população sobre seus direitos materiais, e sobre a justiça. Na França, por exemplo, ao se entrar no Tribunal de Justiça, logo se recebe folheto explicativo sobre litigância e direitos de vizinhança, de família etc.. Nos Estados Unidos da América há publicações periódicas de cartilhas, contendo dados concernentes a facilitar o acesso à Justiça (NALINI, 1994, p. 55).

Os meios de comunicação, especialmente a Televisão, que atinge um grande público, por ser uma concessão do Estado, deveria ter compromisso com a educação, inserindo, em sua programação, informações variadas não só sobre direito e justiça, como também sobre saúde, segurança etc. Porém o que se verifica é justamente o contrário. Sálvio de Figueiredo Teixeira aponta um estudo científico, realizado em Pernambuco, sob a coordenação da Universidade Católica que, tomando por base as programações da televisão em duzentas e sessenta e quatro horas, no período de três semanas, revela a quantidade de dados negativos disseminados. A pesquisa é antiga, de 1979, mas, certamente, hoje, os números seriam ainda mais espantosos. O desajuste familiar em novelas e filmes de TV, por exemplo, surgiu nas três semanas 543 vezes, com 60 casos de infidelidade masculina e feminina. Foram registradas 233 brigas de casal, 157 brigas entre pais e filhos, 35 brigas entre irmãs. Em consequência destes desajustes, ocorreram 73 separações de casal, 35 roubos, 42 mulheres ingressaram na prostituição, 07 tornaram-se viciadas em drogas, 54 passaram a abusar do álcool, 12 tentaram ou consumaram o suicídio, e foram registradas por essa motivação 20 lesões(TEIXEIRA, 1996, p. 27).

Não raro, nas novelas nacionais, quando se veicula uma cena onde há a representação de uma audiência, toda cenografia e o próprio comportamento dos atores imita o sistema americano ou inglês. Muito antes da Emenda n. 66 autorizar o divórcio direto, imediatamente, sem lapso temporal ou prévia separação judicial, a personagem na telenovela rompia seu casamento no episódio da segunda e, no da quarta, já havia celebração de seu casamento civil com outra pessoa.

Aqui, onde há alto índice de analfabetismo, a maior parcela da população vive na pobreza, alheia a qualquer fonte de educação e onde a estrutura do Judiciário é bastante complexa, informações simplificadas, porém completas, viabilizariam o ingresso daquele que, por ignorância ou desconhecimento, não reclama aquilo que lhe cabe.

### **3. O CASEBRE E O FÓRUM**

Assim, se muitos brasileiros desconhecem seus próprios direitos, singelas responsabilidades, como registrar o nascimento dos filhos, votar, tampouco poderiam compreender direitos mais abstrusos, a exemplo do previdenciário, trabalhista ou de sucessão. Entender, então, a complexa estrutura do Poder Judiciário é inimaginável e isto pode conduzir à hesitação em efetivamente buscá-la, na medida em que se teme o incógnito.

Uma antiga pesquisa realizada pelo jornal “Folha de São Paulo”, entre julho e agosto de 1998, revela o quanto a população brasileira é desinformada sobre assuntos pertinentes a justiça. Vinte e oito por cento dos entrevistados declararam que não sabem para que serve a justiça no Brasil; vinte e seis por cento afirmaram que ela não serve para nada e quarenta e seis por cento disseram ter alguma noção sobre o papel da justiça(CESAR, 2002, p. 98).

Hoje não se percebe um quadro significativamente mais positivo. Um levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas, no primeiro trimestre do ano de 2012, sobre o que a população sabia a respeito do Judiciário, cinquenta e seis por cento dos entrevistados citou tão somente notícias relacionadas aos crimes com repercussão na mídia, tais como os homicídios envolvendo o casal Nardoni, o goleiro Bruno, Eloá, entre outros. Outros doze por cento mencionaram reportagens sobre corrupção(CUNHA,online,p. 13).

A própria veste dos membros do Poder Judiciário e a suntuosidade das edificações colaboram para que isto aconteça. Mauro Cappelletti já advertia que “procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o

litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho “(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24). Quanto às sedes majestosas do Poder Judiciário, Calamandrei sugere que (CALAMANDREI, 1995, p. 330)

o ideal para um palácio da justiça seria ainda o do bom tempo antigo: um carvalho, à sombra dele, o juiz, que ouve as razões dos que serão julgados; em volta, o povo que assistem em círculo, sem biombos e sem barreiras divisórias. Justiça ao ar livre, à luz do sol, sem portas fechadas e sem corredores secretos.

A organização vigente do Judiciário brasileiro, de fato, está mais ajustada às necessidades da sociedade de antes, predominantemente agrária e rural. Durante o século XX, todavia, ela passou por transformações radicais e é, agora, tipicamente industrial, desenvolvida tecnologicamente, urbana e com economia dinâmica, o que mudou a qualidade e a quantidade dos litígios. A estrutura do Poder Judiciário, por outro lado, conservou a mesma organização, ressalvadas as reformas sofridas com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 45, que, apesar de representarem uma melhoria em relação à organização anterior, mantiveram intocável a máquina de primeiro grau, onde, de fato, a querela inicia-se.

O Poder Judiciário aparelha-se tal qual o modelo napoleônico, “concebido para fazer face à conjuntura de crise política vivida pela facção dominante da burguesia, no início do século XIX”(ROCHA, 1995, p. 38), daí o porquê de sua forma hierarquizada, com uma cúpula, de confiança do Poder Executivo.

É certo que a postura do indivíduo em buscar a justiça através do Poder Judiciário está fortemente ligada com a confiança que ele deposita no sistema judiciário de seu país. Boaventura de Sousa Santos explica que a desconfiança dos indivíduos pobres com o Poder Judiciário se justifica porque eles já passaram por experiências anteriores negativas ou por não poderem arcar com serviços advocatícios de primorosa qualidade (SANTOS, 1989, 48).

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, apesar da descomedida burocracia administrativa e do excesso de recursos na área criminal, o jurisdicionado acredita na justiça.

Na Inglaterra, o povo “confia no Judiciário porque, com os defeitos que ele possa ter, admitindo-se que os tenha, ele nada mais é do que a sua consciência (dos valores da liberdade) transformada num poder independente de todas as outras fontes do poder”(REBOUÇAS, 2002, p. 211). A Grã-betanha é, para Sálvio de Figueiredo Teixeira, a melhor magistratura do mundo, pois “confia a magistratura como uma honraria, a um advogado de nomeada, que mais nada espera do governo, porque não há promoções na organização judiciária”(TEIXEIRA, 1999, p. 23).

Em 1996, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo - IESP mostrou que, aproximadamente, setenta por cento da população não confia na justiça estatal. Este índice era igualmente válido para as diversas regiões do país, para os diferentes graus de escolaridade e de renda<sup>3</sup>. O recente relatório, com dados do primeiro trimestre de 2012, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, que cria e aplica o “Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil”, revela uma melhora na credibilidade do Judiciário brasileiro. Segundo a pesquisa, considerando-se as declarações espontâneas, quarenta e dois por cento confiam no Poder Judiciário. Ainda assim, é menos da metade dos participantes da pesquisa e há de se destacar que “o maior índice de confiança na Justiça foi identificado entre os entrevistados que não utilizaram o Judiciário”<sup>4</sup>.

Assim sendo, em países, como a Inglaterra, teme-se o I sue you, a ponto de o causador do dano prontamente tentar compor-se com o lesado. Em contrapartida, nos países periféricos, como aqui, onde não se confia no Judiciário e acessar a justiça não é visto como exercício de um direito, mas como um martírio, vive-se com a situação inversa, caracterizada pelo procure seus direitos.

---

<sup>3</sup> Entre empresários dos setores mais altos da sociedade 89% deles avaliaram o Judiciário como “ruim” ou “péssimo” quanto à agilidade In: SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estudos Avançados. v. 18, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=s0103-40142004000200005&Ing=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=s0103-40142004000200005&Ing=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 out. 2004, p. 84.

<sup>4</sup> Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a de outras instituições pátrias, o Judiciário foi considerado a sexta instituição mais confiável, ficando atrás das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, das Grandes Empresas e da Imprensa Escrita, em ordem. As instituições menos confiáveis apontadas pelos entrevistados foram: o Congresso Nacional (com 22%) e os Partidos Políticos (com 5%). CUNHA, Luciana Gross (coord). Relatório ICJBrasil.p. 11 e 12.



## 4. O SALÁRIO E O PROCESSO

É preciso ainda para se ter acesso à justiça, além de ter conhecimento de seus direitos a ponto de perceber o dano ou a ameaça de dano, não intimidar-se pela complexidade e formalismo do Judiciário, ter recursos financeiros para suportar seus ônus. O recente relatório, com dados do primeiro trimestre de 2012, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, revela que 89% dos entrevistados disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos(CUNHA,online,p. 13).

De fato, como observa Mauro Cappelletti, “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15) e mesmo os meios alternativos, não estatais, de resolução de conflitos, como a arbitragem, por exemplo, são custosos.

No Brasil não há um padrão único e obrigatório de cálculo de custas judiciais. A base de dados do Ministério da Justiça aponta que, no Amazonas, por exemplo, as custas judiciais variam de R\$ 8,00 até R\$ 10.000, no Rio de Janeiro, entre R\$ 36,33 e R\$ 16.515,45 e em Alagoas, de R\$ 3,68 até R\$ 3.507,86(BRASIL, online e).

O CNJ, então, elaborou uma proposta de projeto de lei, hoje sob análise pelo Plenário do Conselho, que estabelece parâmetros para a cobrança de custas judiciais. O documento calcula as custas com base em percentuais sobre o valor da causa, limitando-se ao máximo de seis por cento, já somando todas as fases processuais. Na proposta, ao acionar o Judiciário, o jurisdicionado pagaria o máximo de dois por cento do valor da causa. Em caso de recurso, pagaria mais quatro por cento. O texto propõe ainda a estipulação do piso das custas em valor correspondente a 0,18 salário mínimo e o teto em cem salários mínimos(Euzébio,online).

Não se pretende aqui discutir sobre a validade ou necessidade de cobrança de custas processuais pelo exercício da jurisdição do Poder Judiciário. As justificativas, tanto para a exigência, quanto para a gratuidade, são pertinentes. Por um lado, as custas devem ser, de fato, arrecadadas, tendo-se em vista que quem deu origem à necessidade de se buscar a tutela jurisdicional do Estado, deve por ela responder e não toda a sociedade; por outro, considerando-se que o exercício de assistência jurídica gratuita às pessoas de renda baixa é ineficaz, em alguns países, ao passo que

os estudos – apontados neste trabalho - revelam que grande parcela da população, especialmente a mais pobre, não leva suas contendas a conhecimento do Judiciário, o fim da cobrança de custas processuais minimizaria este obstáculo. De toda sorte, o Poder Judiciário jamais pode utilizar-se das custas processuais para tornar-se um agente arrecadador estatal. A bem da verdade, a arrecadação com custas e emolumentos em relação à despesa total da justiça estadual não passa de vinte de dois por cento (BRASIL, online a).

Há de se analisar a atuação das Defensorias Públicas, cuja missão precípua é prestar assistência jurídica gratuita à pessoa economicamente hipossuficiente. Estudos realizados em 2004, apontam que “os elevados custos com a justiça inibem não só as pessoas carentes, mas também aquelas de classe média” (LOPES, online, p. 9). O diagnóstico mais recente, de 2009, revela um incremento significativo no volume de trabalho das Defensorias, porém, admite que o aumento do número de Defensores Públicos não seguiu a mesma convergência. Entre os estados examinados, dentre os quais o Maranhão, foram atendidas apenas quarenta e um por cento do total de comarcas existentes. No Diagnóstico anterior, o percentual de comarcas atendidas foi de quase quarenta por cento. Pouco se cresceu para permitir o real acesso da população pobre à justiça. Hoje, conta-se com um defensor público para cada quarenta e dois mil brasileiros (BRASIL, online f, p. 263).

O entrave constituído pelo pagamento destas despesas é mais sentido, obviamente, pelas camadas mais pobres, que reclamam por pequenas somas, mas de importância e necessidade imensuráveis. Não raro, os gastos totais com taxas e honorários advocatícios, nestes casos, superam o montante da controvérsia.

Considerando-se que, dado o ônus da sucumbência, adotado em vários países, como Itália, Espanha e Brasil<sup>5</sup>, segundo o qual a parte pode arcar, ainda, com os gastos despendidos pelo adversário, o interesse de se buscar o Poder Judiciário para a resolução do conflito fica ainda menor. É certo que a mens legis é bastante louvável, afinal, não seria sensato que aquele que teve de recorrer às vias judiciais para ter seu direito satisfeito ou reparado, tivesse outros gravames, além dos aborrecimentos já

---

<sup>5</sup> Em países como a Itália e a Espanha, embora adotem este princípio, o juiz tem discricionariedade para determinar a divisão dos gastos. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à justiça. 17.

sofridos. Todavia, diante da incredulidade quanto à obtenção de justiça, o cidadão de bem teme somar ao seu prejuízo gerado com a inadimplência do negócio jurídico as despesas com advogado e custas efetuadas pelo seu antagonista.

Além do mais, as pessoas pobres, independente de terem condições de pagar as despesas ou de estarem sob o benefício da assistência jurídica gratuita, em regra, não podem suportar a demora típica dos procedimentos judiciais, já que precisam do bem da vida pleiteado para sua própria sobrevivência. A lentidão, então, como afirma Mauro Cappelletti, “pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20).

A morosidade é, portanto, aliada das partes que detêm maior poder econômico, pois têm crédito para a contratação de advogados com excelente knowhow e para arcar com preparos recursais, perícias e outras custas. Pesquisa realizada pelo IDESP, em 1996, junto a empresários, revela que, muitos deles assumiram que a morosidade é, por vezes, vantajosa, sobretudo, na área trabalhista. É mais atraente não cumprir com suas obrigações e aguardar que o Judiciário, anos depois, os obrigue a fazê-lo. Cinquenta e nove por cento dos entrevistados responderam que os benefícios superaram os custos(SADEK, online b, p 86). Observa Mauro Cappelletti(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21):

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.

Neste panorama, os meios alternativos de solução de conflitos, gratuitos, como a mediação e a conciliação, são subutilizados, embora recente pesquisa realizada pela FGV aponte que quase setenta por cento dos entrevistados aceitariam socorrer-se perante os meios alternativos. Mais uma vez, quem mais se mostrou disposto a realizar acordos extrajudiciais foram os entrevistados com maior renda, com maior grau de

escolaridade e os mais jovens. Dentre os respondentes, aqueles que já utilizaram o Judiciário – que são os de maior grau de escolaridade - são os que em maior número aceitariam utilizar meios alternativos de resolução de conflitos(CUNHA,online,p. 13).

Mais uma vez as Defensorias Públicas que exercem papel de destaque nesta inclusão do pobre e do ignorante no ideal de acesso à justiça deixa a desejar. Apenas 61,54% das Defensorias Públicas nacionais, adotam formas alternativas de resolução de conflitos(BRASIL, online f, p. 262).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutir sobre acesso à justiça ultrapassa até mesmo o campo da ciência jurídica. O direito de acesso à justiça é, sobretudo, um direito social. Implica, portanto, noutros fatores como o direito à informação sobre os direitos do cidadão e dos mecanismos de proteção dos mesmos; a adequação da ordem jurídica à realidade sócio-econômica do Estado, permitindo o acesso gratuito dos menos afortunados, por exemplo; a estrutura do Poder Judiciário voltada para os aspectos sociais do jurisdicionado, inserindo órgãos nos bairros de grande densidade demográfica e das classes mais baixas, formando magistrados conscientes e comprometidos na realização da ordem jurídica justa; instrumentos processuais hábeis para promover a efetiva tutela dos direitos, dentre outros.

Todos estes fatores, verdadeiramente, condicionam o acesso à justiça. Talvez o acesso à justiça, em sua plenitude, seja um projeto um tanto quanto ambicioso. Entretanto, certamente, não é impossível.

Desta forma, para atender ao fim social a que se presta, para estar hábil a concretizar o acesso à justiça, o Poder Judiciário deve superar estes entraves. Deve, então, como afirma Sálvio de Figueiredo Teixeira, “ser um efetivo participante dos destinos da sua gente, elemento de transformação social e cultural do seu povo, contribuindo para o seu aprimoramento e o aperfeiçoamento da ordem jurídica”<sup>6</sup>. No atual Estado de Direito Democrático, os antigos formalismos, o elitismo não mais são suportáveis. Os antigos fóruns, com seus átrios de colunas romanas, marmorizados

---

<sup>6</sup>(TEIXEIRA, 1999, p. 119)

estão démodé. Hoje o Judiciário, respeitada a inércia que caracteriza a justiça civil, deve buscar o jurisdicionado, deve estar em uma balsa sobre o Rio Amazonas ou em um trailer na favela, se necessário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: Justiça Estadual 2012**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel\\_completo\\_estadual.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf)>. Acesso em 04 dez. 2012a.

BRASIL. **Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais**/ Conselho da justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. Brasília: CJF, 2003b. (Série Pesquisas do CEJ; 12).

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2125&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2125&id_pagina=1) > Acesso em 26 de nov. 2012c

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default\\_estudos\\_analises.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_estudos_analises.shtm)>. Acesso em 03 dez. 2012d.

BRASIL. Ministério da Justiça, **Diagnóstico Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>>. Acesso em: 19 nov. 2012e.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de reforma do Judiciário. **III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagnóstico%20Defensoria%20Pública%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2012f.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)**. México: Editorial Porrúa S.A., 1993.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002

CUNHA, Luciana Gross (coord). **Relatório ICJ Brasil**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relatório%20ICJBrasil%201º%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>> Acesso em: 19 nov. 2012.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. Projeto sobre custas judiciais vai ao plenário. **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21550-projeto-sobre-custas-judiciais-vai-ao-plenario>>. Acesso em 04 dez. 2012.

LOPES, Carlos. Acesso à justiça: desafios para a consolidação da democracia no Brasil. BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 26 dez. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOORHEAD, Richard & PLEASANCE, Pascon. **Access to justice after universalism**. In Journal of Law and Society. Vol. 30, n. 01, March, 2003 ISSN: 0263-323X <[www.blackwell-synergy.com/servlet/useragent](http://www.blackwell-synergy.com/servlet/useragent)>. Acesso através de <[www.periodicos.capes.gov.br](http://www.periodicos.capes.gov.br)> em 22, outubro, 2004.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o acesso à Justiça**. SP: Revista dos Tribunais, 1994.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Realidade e Perspectiva da assistência jurídica aos necessitados no Brasil**. In: Cadernos Adenauer 3: Acesso à justiça e cidadania, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio 2000.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. **Fim de século e justiça**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. In:

Garantias do cidadão na justiça. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SADEK, Maria Tereza & ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Base de dados da Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: [<http://www.usp.br/revistausp/n21/fsadektexto.html>]. Acesso em 07 de julho de 2003a.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**. v.18, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=s0103-40142004000200005&Ing=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=s0103-40142004000200005&Ing=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 out. 2004b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: Direito e Justiça. A função social do Judiciário. FARIA, José Eduardo (coord.). São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et al. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A imprensa e o Judiciário**. In: RJ nº 226, Agosto de 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, Jose Rogério Cruz. Constituição de 1988 e processo – regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.





# O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A COOPERAÇÃO JURÍDICAPENAL INTERNACIONAL

## THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY AND LEGAL COOPERATION INTERNATIONAL CRIMINAL

Marcelo Leandro Pereira Lopes<sup>2</sup>  
Sarah Maria Veloso Freire Lopes<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo científico tem por objeto uma análise do princípio da eficiência e a cooperação jurídica internacional em matéria penal. Para tanto, faz-se necessária a análise do conceito da referida cooperação, de sua natureza jurídica, dos níveis de assistência, das dificuldades encontradas neste processo, além da eficiência e seus fatores na cooperação jurídica penal internacional. Constatou-se que os Estados não podem fechar-se à cooperação, em matéria penal, a fim de unir forças no combate à criminalidade, crescente em razão da globalização, agindo com eficiência e dinamismo na prestação da assistência mútua.

**Palavras-chave:** Eficiência, Cooperação jurídica penal internacional, Confiança.

**ABSTRACT:** The present article has as its object an analyses of the principle of efficiency and international legal cooperation in criminal matters. Therefore, it is necessary to analyze the concept of that cooperation, its legal nature, the levels of assistance, the difficulties encountered in this process, besides the efficiency and its factors in international criminal legal cooperation. It was found that countries cannot hamper cooperation in criminal matters, in order to join forces in fighting crime, increasing as a result of globalization, acting with efficiency and dynamism in the provision of mutual assistance.

**Keywords:** Efficiency, International criminal legal cooperation, Trust.

## 1 INTRODUÇÃO

A É visível que o atual panorama mundial vive uma crescente circulação de pessoas, bens e serviços. Destarte, os Estados se deparam com situações que reclamam uma efetiva cooperação para o exercício da jurisdição, especialmente em matéria

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Especialista em Direito Constitucional UFPI. Bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ- UFPI. Professor pesquisador (UFPI, FMN FAP, ICF e AESPI) e Coordenador do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Política, Estado e Direito Constitucional – NEPEEDIC. Bolsista CAPES/UNIFOR/PRODAD. E-mail: marcelolp1@hotmail.com.

<sup>2</sup> Advogada e Professora da Faculdade de Tecnologia do Piauí (FATEPI) e do Instituto Camillo Filho (ICF).

penal, em razão do nascimento de uma nova criminalidade, fruto da globalização e da quebra das fronteiras mundiais, que deixaram os Estados vulneráveis às ações criminosas, diante da facilidade do acesso entre as nações.

O estudo da cooperação jurídica penal internacional torna-se necessário, diante da conjuntura internacional de um mundo multicultural, pois possibilita o dinamismo e a eficácia da prestação do auxílio na tutela jurisdicional proveniente dos conflitos que se estabeleçam envolvendo os Estados, o que passa a ser um reflexo do aumento das invasões criminosas, fato que requer uma cooperação eficiente no sentido de coibir e punir tais atividades criminosas.

É indiscutível, portanto, a imprescindibilidade da cooperação internacional em matéria penal, a fim de estreitar as relações entre os países através de um mútuo auxílio resguardado pelos princípios da eficiência, solidariedade, confiança e respeito aos direitos fundamentais.

## **1 A COOPERAÇÃO JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL**

### **1.1 Discussão Conceitual**

Consiste a cooperação jurídica internacional em um “conjunto de atos que regulamentam o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”(BECHARA, 2011,p. 42). A referida cooperação é considerada, assim, um intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário e um outro Estado, conforme salienta Araújo (2008, p. 40).

Afirma Machado (2005, p. 102) que a cooperação é ativa quando se referir a quem solicita a assistência, e passiva quando se referir ao Estado a quem é solicitada.

O pedido de cooperação processa-se através dos seguintes procedimentos, conforme destaca Bechara (2011, p. 46): a) extradição, que é o ato de entrega de pessoas processadas ou condenadas por um Estado a outro; b) pedido de homologação de sentença estrangeira, que se trata de um procedimento que se destina à nacionalização

de decisões estrangeiras, reconhecendo-lhe eficácia executiva; c) carta rogatória, que se destina à prática de atos diversos daqueles que constituem objeto da extradição e homologação de sentença estrangeira; d) pedido de auxílio direto, cujo objeto confunde-se com o objeto da carta rogatória, porém distancia-se no procedimento, por ser dotado de maior agilidade e menor burocracia.

Registre-se que a “cooperação jurídica” abrange a cooperação jurisdicional ou judicial, bem como a cooperação administrativa. Já a “cooperação internacional” implica ausência de jurisdição e competência no território de outro Estado, e indistinção se o caso envolve ou não um crime internacional (que viola bens jurídicos universais) ou transnacional (que viola o bem jurídico de dois ou mais países).

Cervini(2000, p. 48) destaca que há três tipos de auxílio recíproco: o policial, o judicial e o legislativo. Acrescenta que modernamente se reconhecem duas formas de assistência ou cooperação internacional em matéria penal: a administrativa, que é fundamentalmente policial, e as variadas formas de cooperação judicial penal internacional.

O referido autor define cooperação judicial penal internacional como

(...) um conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido (CERVINI, 2000, p. 51).

Reconhece-se, portanto, a necessidade e a viabilidade jurídica de uma interação processual-funcional entre diferentes Estados, para eficácia da cooperação penal internacional, sendo imprescindível o equilíbrio na eficiência da prestação assistencial e garantias dos concernidos (sujeitos afetados pelas medidas de cooperação).

Entende-se que o objetivo da cooperação penal internacional, além da tutela dos direitos individuais, é facilitar o intercâmbio de soluções e problemas estatais,

garantir a eficácia da prestação jurisdicional e o acesso à justiça, fortalecendo, o Estado Democrático de Direito, segundo Rabelo, em “A cooperação jurídica internacional e o crime organizado transnacional”. Para tanto, exige-se eficácia na assistência, respeito à soberania dos países envolvidos no processo de cooperação e às garantias dos sujeitos.

## 1.2 Natureza Jurídica

Bechara, citando Raúl Cervini, elenca três teorias para explicar a natureza jurídica da cooperação jurídica internacional, levando em consideração a atividade desenvolvida no Estado requerido:

(...) para a primeira teoria, fala-se em jurisdição própria, em razão da vinculação do juízo requerido com o processo principal. Para a segunda teoria, haveria delegação de jurisdição, em razão da atuação do juízo requerido de forma comissionada pelo juízo requerente. A terceira teoria sustenta a existência de uma interação processual-funcional internacional, cujo fundamento assenta-se no Direito Internacional, no sentido de que os Estados, como parte de uma ordem jurídica internacional, sofrem influência determinante dos tratados internacionais, multilaterais e bilaterais, de modo que a cooperação se apresenta como mecanismo de subsunção a esta ordem jurídica comum (BECHARA, 2011, p. 44).

Entende-se que a cooperação jurídica internacional em matéria penal expressa um valor de solidariedade, que inclusive corresponde a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, inciso I. Ressalta-se ainda que, como um dos princípios que regem as relações internacionais, no Brasil, encontra-se a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, no art. 4º, IX, da Constituição supramencionada, o que corrobora a ideia da solidariedade.

É importante mencionar que o ideal de solidariedade interetática (entre os Estados requerentes e o requerido) aparece ao lado da necessidade da tutela das garantias do indivíduo, cujos direitos possam ser afetados.

### 1.3 Níveis ou graus de Assistência

As medidas de assistência na cooperação penal internacional classificam-se em níveis ou graus.

Segundo Cervini (2000, p. 66),

Toda medida de cooperação judicial penal internacional leva implícita, de algum modo, a intromissão de uma ordem jurídica (requerente) dentro de uma outra (requerida), e uma afetação de direitos patrimoniais e pessoais, cuja medida e gravosidade dependerá, em primeiro lugar, da natureza processual da medida de assistência solicitada, e, em segundo lugar, da duração de sua coercibilidade.

Destarte, o referido teórico, compartilhando o pensamento de Polimeni, Magioli, Nadelman e outros, reconhece três níveis de cooperação internacional em matéria penal. Compreende um primeiro grau de medidas de assistência leve e simples, como aquelas de mero trâmite (notificações) e as medidas meramente instrutórias (averiguação de fatos, obtenção de provas, perícias, informações, traslado de pessoas para prestar depoimentos, dentre outras). O segundo abrange medidas de assistência processual penal internacional suscetíveis de causar gravame irreparável aos bens das pessoas, como registros, embargos, sequestros, interdição ou entrega de objeto. Já o terceiro compreende níveis de cooperação extrema, capazes de causar gravame irreparável aos direitos e liberdades próprios daqueles que são alcançados pela cooperação, ficando restrito, normalmente, aos processos de extradição.

Essa divisão em níveis de assistência na cooperação penal internacional reflete o princípio da gradualidade nos requisitos, pois as medidas de assistência abrangem várias formas, como as já relatadas acima.

Assim, as medidas de primeiro nível permitem um fácil e eficaz intercâmbio de ações entre os Estados, em razão de sua natureza (vinculada à fase preparatória e instrutória dos processos) e conteúdo (basicamente procedimental). Já as medidas de assistência penal capazes de afrontar direitos patrimoniais dos concernidos não são frequentes e tramitam com maior cautela e observância das garantias. Ademais, quando se trata de procedimento de extradição, a prudência e o respeito a estas garantias e princípios atingem o maior nível da cooperação penal internacional.

## 1.4 Dificuldades na cooperação jurídica internacional

O processamento da cooperação jurídica penal internacional não tem se mostrado eficiente. Muitas dificuldades são encontradas, especialmente, em relação a questões burocráticas.

Grinover(1998, p. 156) dispõe que

(...) dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, têm emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal.

Entende-se que a eficiência da cooperação jurídica penal internacional está atrelada à observância dos direitos humanos, tendo em vista os padrões éticos normativos e o respeito às garantias processuais.

Bechara assevera que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>3</sup> tem precedentes que confirmam a postura restritiva à cooperação, através de vários argumentos para denegação do pedido de cooperação por meio de cartas rogatórias, como “caráter executório do pedido, necessidade de homologação de sentença estrangeira, necessidade de procedimento judicial, atentado à soberania, atentado à ordem pública, ausência ou insuficiência de provas” (BECHARA, p. 56-57). Acrescenta ainda que, relativamente às cartas rogatórias que têm caráter executório, o entendimento que predomina no STF foi sempre da inadmissão das mesmas, já que se tratade atos de constrição judicial inerentes à execução forçada, que atentam contra a ordem pública, e que ainda exigem sentença transitada em julgado.

Destarte, as dificuldades encontradas no processamento da cooperação penal internacional em matéria penal referem-se à recusa de prestar assistência, fundamentada, dentre outras razões, na proteção da soberania e na ordem pública.

---

<sup>3</sup> Após a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, compete ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras e concessão de exequatur às cartas rogatórias, conforme disposto no art. 105, I, i, da Constituição Federal de 1988.

Registra-se que tais argumentos concentram-se no fato da diversidade de tradição jurídica entre os países envolvidos no processo de cooperação.

Conforme salienta Moro (2010, p. 16), fechar-se à cooperação é transformar o país em refúgio para os criminosos, com a sua força corruptora e disruptiva e arriscar-se a encontrar portas fechadas para os pedidos de assistência, já que a política predominante nesta seara é a da reciprocidade. Assim, para este autor, o princípio que rege a cooperação jurídica internacional é o de que ela deve ser a mais ampla possível, e os limites devem ser observados como exceção e não como regra.

Segundo Gaetano de Amicis, citado por Bechara (2011, p.57), “a cooperação jurídica internacional perseguida e almejada é aquela que se mostra inovadora e eficaz, a partir do reconhecimento recíproco das deliberações das autoridades dos outros Estados, sem mediação governamental e sem tantos filtros e verificações de legitimidade”.

Portanto, as dificuldades encontradas no processo de cooperação jurídica internacional devem ser superadas através da adoção de um padrão normativo universal de direitos humanos, o que, conseqüentemente, requer uma nova configuração da soberania e da ordem pública nacional, em face da mundial, para que a assistência em comento seja mais dinâmica e eficiente.

## **2 EFICIÊNCIA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL**

### **2.1 Nova concepção de soberania e ordem pública nacional**

Não há como considerar os atos de cooperação internacional como atentatórios à soberania e à ordem pública, ao se deparar com uma nova configuração das mesmas.

A soberania traduz a capacidade pertencente exclusivamente ao Estado de autodeterminar-se e de autovincular-se juridicamente, além de negar a subordinação ou limitação do mesmo por qualquer outro poder.

Tal concepção histórica de soberania encontra-se em crise, principalmente em razão da fragilidade do constitucionalismo, em decorrência do processo de integração

mundial, que afastou dos Estados nacionais as decisões em determinadas matérias originalmente destinadas à sua soberania.

Assim, a liberdade absoluta dos Estados foi afastada e passou a ser subordinada a dois preceitos fundamentais: paz e tutela dos direitos humanos, conforme se depreende na análise da Carta das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Observa-se uma modificação da soberania em face do processo de integração mundial, já que o Direito Internacional aparece como mediador de conflito, colocando, também, os indivíduos (e não só os Estados) como sujeitos de direito, em razão do interesse universal (e obrigação internacional) na preservação e respeito aos direitos humanos.

Salienta Bechara (2011, p. 134) que

Tanto os tratados internacionais aderidos pelos Estados como as constituições nacionais refletem a nova configuração da soberania, qualificada como a medida necessária para se alcançar a paz e uma melhor ordenação de harmonia internacional. A soberania consiste no centro de emanação de força concreta que assegura a pluralidade, a paz e a unidade política estatal, e não em um projeto rigidamente ordenado ou em um centro de poder para o qual tudo se converge, mas sim em um compromisso de possibilidades.

Assim, os direitos humanos devem ser obrigatoriamente respeitados pelos Estados, o que estabelece uma relação de solidariedade entre os eles e um sentimento de fraternidade universal, norteados o recurso à cooperação jurídica internacional, principalmente, em matéria penal.

Acrescenta Bechara (2011, p. 135) que mesmo a modificação da concepção da soberania, a partir do reconhecimento do valor solidariedade, pelo padrão normativo universal dos direitos humanos, não esvaziou o conteúdo da mesma nem subtraiu de cada Estado a autonomia e a capacidade de autodeterminação, pois tratando-se de assistência jurídica internacional, o respeito à soberania reflete a possibilidade de controle de atos públicos estrangeiros de natureza jurisdicional pelos órgãos nacionais.



Silva (2005, p. 289) assevera que haveria violação à soberania nacional “se não fosse possível o controle interno, assim como com a aplicação da lei estrangeira, sem previsão em regra nacional, ou com a atuação administrativa de agente estrangeiro, sem autorização e acompanhamento de agente público nacional”. Destarte, a soberania vê-se respeitada quando as autoridades públicas nacionais têm o poder em suas mãos para acompanhar e autorizar a prática de atos públicos estrangeiros no território nacional.

Quanto à ordem pública, considera-se esta como um conjunto de valores jurídicos, políticos, sociais, éticos e econômicos que regulamentam a convivência social no interesse público. Tais valores estão presentes no ordenamento jurídico de cada Estado e devem ser respeitados no exercício da jurisdição.

J. de Oliveira Filho, citado por Bechara (2011, p. 137), afirma que a ordem pública consiste no “estado social que resulta da relação que se estabelece entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido da realização dos interesses de ambos”. No âmbito Constitucional, reflete o conjunto de princípios fundamentais de um ordenamento.

No Direito Internacional, a ordem pública representou originalmente a autodefesa do ordenamento jurídico soberano, determinando o conteúdo dos princípios fundamentais que embasariam a proteção do Estado contra agressões externas. Tal situação reduzia a ordem pública a uma lista de princípios abstratos, mas deve-se proteger as disposições irrevogáveis, como as normas constitucionais referentes à organização política do Estado e aos seus fundamentos, como o padrão normativo universal dos direitos humanos (que efetivamente constituem a ordem pública).

Destaca-se que os tratados internacionais que estabelecem a harmonização das legislações nacionais, superam a concepção da ordem pública nacional enquanto alcançam a necessária equivalência ou homogeneidade de procedimentos.

Assim, não há motivo para negar a cooperação jurídica internacional, baseado simplesmente na proteção arbitrária da soberania e ordem pública, quando o que se deve considerar é o contexto da nova ordem mundial, e como o Estado nela está

inserido nesta. Ressalta-se, portanto, o valor da solidariedade da assistência entre os Estados, com base na relação de confiança entre eles e o respeito aos direitos humanos.

Ademais, não se pode encarar a proteção dos direitos humanos como um empecilho para a cooperação jurídica penal internacional, mas como uma forma de legitimação das normas jurídicas dos Estados. Se estes cumprirem o padrão normativo que envolve os direitos humanos, menor a chance de existir pressões externas.

## **2.2 Aplicação do princípio da confiança**

A confiança aparece como elemento necessário na cooperação jurídica internacional, concretizando-se pelo esforço da solidariedade e intensificando-se com a adesão dos estados aos tratados internacionais de direitos humanos. A partir deste princípio, garante-se a estabilidade e a previsibilidade nas relações jurídicas.

Sobre a aplicação deste princípio no processo penal e na cooperação jurídica internacional em matéria penal, Bechara (2011, p. 150) dispõe:

No processo penal, a manifestação do princípio da confiança está associada, em primeiro lugar, ao direito social à segurança, tendo em vista a expectativa que a coletividade possui em relação à manutenção da paz social e tranquilidade pública, e à atuação dos órgãos estatais. Em segundo lugar, a manifestação do princípio da confiança está associada à observância das liberdades individuais, notadamente as garantias processuais, que definem o modelo e os limites da atuação estatal.

Já no que se refere à aplicação do princípio da confiança à cooperação jurídica internacional em matéria penal, tem-se como reflexo a possibilidade de uma assistência mais eficiente. A assistência jurídica internacional é um instrumento de que se vale o Estado para atender às expectativas da coletividade no tocante à previsibilidade e estabilidade nas relações, de modo que, quanto mais confiança recíproca houver no relacionamento entre os Estados, tanto maiores serão as possibilidades de atendimento às mencionadas expectativas.

Vê-se, com base no princípio da confiança, que a cooperação jurídica internacional pode se tornar mais eficiente, pois uma maior confiança traduz maior segurança na preservação dos elementos essenciais na relação entre os Estados, ou entre estes e os organismos internacionais.

## 2.3 A eficiência e seus fatores na cooperação jurídica penal internacional

Segundo Fonseca, em “A eficiência processual penal a partir da dicotomia prazo razoável e imprescritibilidade”, “a eficiência compreendida pela sociedade é aquela que incumbe ao Direito Penal e ao Processo Penal a responsabilidade de combater a criminalidade de forma célere, eficaz e segura, sendo assim, eficiente”.

Assevera Júnior (2011) que “o estado democrático de direito exige prestação jurisdicional, célere, útil e efetiva; e, no mundo globalizado atual, não há como se obter efetividade sem a cooperação internacional, que funciona, pois, como instrumento viável à efetividade das decisões judiciais e como mecanismo garantidor de amplo acesso à justiça”.

A eficiência da cooperação jurídica internacional reflete a capacidade de estabelecer a assistência mútua entre os Estados.

Salienta Souza (2001, p. 140) que os vetores da cooperação jurídica internacional em matéria penal consistem: na definição quanto ao direito aplicável; no procedimento a ser respeitado no atendimento da solicitação; no caráter executório do pedido; na reciprocidade do relacionamento entre os Estados; na exigência de dupla incriminação e na contrariedade ao ordenamento jurídico nacional.

Bechara (2011, p. 151) afirma que os vetores supra elencados consistem em fatores determinantes para assegurar a eficiência da cooperação, se houver confiança, entendendo como fator tudo o que possa contribuir ou dificultar o procedimento da assistência jurídica internacional. Ainda, para garantir uma cooperação eficiente, assevera que os fatores relevantes são: a determinação do direito aplicável, a especialidade na destinação do ato praticado, a exigência de dupla incriminação, a existência de tratado ou acordo bilateral e a forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras.

### 2.3.1 Definição do direito aplicável

No que concerne à definição do direito aplicável, entende-se que, em geral, prepondera a lei do Estado requerente, com fulcro no princípio da territorialidade. Já em relação à lei processual, estabelece-se a aplicação da lei processual do Estado requerido.

Salienta Moro (2010, p. 27) que “na cooperação jurídica internacional, sempre será observado o Direito aplicável do País requerido para a produção do ato requerido, salvo se existir tratado regulando a cooperação e este dispor de maneira diversa”.

Ocorre que não há, dentre as normas internacionais, alguma que obrigue a adoção da lei deste ou daquele Estado no procedimento do pedido de assistência, podendo os Estados requerente e requerido determinar as condições mais adequadas ao referido processo. Este tratamento diferenciado nos pedidos de auxílio deve respeitar as convenções internacionais, princípios fundamentais e o direito nacional do país requerido.

### 2.3.2 Especialidade na destinação do ato praticado

Conforme dispõe Bechara (2011, p. 155), “em regra, o Estado requerente deve estar restrito à finalidade que justificou a solicitação, sob pena de invalidação, salvo a hipótese em que o Estado requerente providenciar ou for autorizado pelo Estado requerido a dar destinação diversa à pleiteada. O descumprimento do compromisso pelo Estado requerente obstará os novos pedidos de auxílio mútuo”.

O princípio em comento abrange diversas modalidades de cooperação e, quanto à extradição, assevera Junior (1994, p. 67), que tal princípio apresenta exceções, pois “a função limitadora do princípio pode ser superada através da chamada extradição supletiva ou complementar, ou seja, por um novo pedido de extradição em razão do fato não contido no pedido original ou pelo comportamento voluntário do extraditando”.

### 2.3.3 Dupla incriminação

Consiste a dupla incriminação no fato objeto da cooperação ser tipificado como infração penal nos Estados requerentes e requerido.

É imperioso notar a excepcionalidade deste fator quando se trata de medidas de cooperação internacional em matéria penal, conforme salienta Cervini (2000, p. 73):

(...) a dupla incriminação (doble incriminación) não aparece como necessária em se tratando de medidas de assistência procedimental de primeiro nível, que, por sua localização dentro do processo e ausência de prejuízo, podem ser qualificadas como meramente procedimentais.

Em câmbio, o princípio da dupla incriminação funciona em todo caso como uma garantia fundamental no âmbito da cooperação de terceiro nível, o direito extradicional, segundo os entendimentos doutrinários, ou seja, tratando-se de pedidos que afetam inafastavelmente a liberdade individual.

Em nosso modo de ver, e nesse caso as soluções do direito comparado não são uníssonas, também corresponderia a mesma exigência no caso dos pedidos de assistência de segundo nível (registros, embargos, bloqueios, confiscos etc.) suscetíveis de ocasionar gravames irreparáveis na esfera dos direitos.

Acrescenta o referido autor que este é o entendimento acolhido no Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP (Associação Internacional de Direito Penal), ocorrido em Budapeste, quando se expressou, na Seção IV (Direito Internacional): “Deve-se manter a dupla incriminação como condição para extradição. Deveria abandonar-se em casos de assistência mútua em assuntos penais, sempre que esta assistência não supusesse a adoção de medidas coercitivas ou de medidas que possam levar a uma infração dos direitos humanos ou a restrição das liberdades fundamentais” (CERVINI, 2000, p. 73).

Bechara (2011, p. 154) registra que, “no âmbito da União Europeia, com a criação do mandado de prisão europeu, que substituiu a extradição, foi convencionada pelos Estados a abolição da exigência da dupla incriminação (Lei n. 2.002/84, de 13-6-2002)”.

Portanto, vê-se que a dupla incriminação não é uma prática comum, ela é exigida apenas quanto à cooperação penal internacional, nos pedidos que acarretem ofensa à liberdade individual.

### 2.3.4 Comunicação entre as autoridades estrangeiras

Para maior eficiência na cooperação entre os Estados e redução da burocracia, importante se faz a comunicação direta (auxílio direto) entre autoridades judiciais ou autoridades administrativas, além da comunicação espontânea.

Para tanto, destaca-se a carta rogatória participativa (em que a autoridade do Estado requerente participa na persecução da prova no Estado requerido, de forma passiva – assistindo à execução do ato – ou de forma ativa – intervindo no ato), a produção direta de prova (a autoridade do Estado requerente produz a prova no Estado requerido, mediante fiscalização deste) e o recurso à videoconferência (quando há impossibilidade de comparecimento pessoal ao processo no Estado requerente).

### 2.3.5 Acordo bilateral ou tratado multilateral

Sabe-se que acordos e tratados não impedem a assistência entre os países, mas facilitam e simplificam o procedimento entre os Estados, tornando a cooperação mais ágil e eficiente. Da análise das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal brasileiro, verifica-se que se confirma uma maior eficiência no auxílio quando há acordo bilateral entre os Estados.

Bechara (2011, p. 165) destaca que “no julgamento do agravo regimental da Carta Rogatória n. 9.853, o STF entendeu que a inexistência de tratado entre o país no está situada a Justiça rogante e o Brasil não obstaculariza o cumprimento de carta rogatória, implementando-se atos a partir do critério da cooperação internacional no combate ao crime”. Acrescenta que o STJ<sup>4</sup> ressaltou o princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional.

Registra-se que mesmo que não haja acordo bilateral ou tratado multilateral regulamentando a cooperação entre os Estados, é desnecessária a promessa de reciprocidade.

---

<sup>4</sup> No julgamento da Carta Rogatória n. 2005/0015196-0.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve-se promover uma cooperação internacional, especialmente em matéria penal, mais eficiente, em razão da facilidade tecnológica de comunicação e de transmissão de dados, que diminuiu a distância entre as pessoas e facilitou a atividade dos criminosos. Os Estados, portanto, não podem fechar-se à cooperação que deve ser a mais ampla possível, observados os limites da soberania e dos direitos fundamentais do acusado.

São inevitáveis os conflitos internacionais (bem como a criminalidade), e os modos de solução destes conflitos devem prezar pelo dinamismo, sendo necessária uma cooperação jurídica penal internacional eficaz, para que os efeitos advindos destes conflitos sejam minimizados.

Entende-se que um dos fundamentos para garantir maior eficiência à cooperação jurídica internacional é o padrão normativo universal dos direitos humanos, pois implica uma nova concepção de soberania e ordem pública nacional, assentado na confiança mútua entre os Estados, expressa através do valor da solidariedade. Tal fato justifica um auxílio jurídico internacional que satisfaça os anseios dos Estados cooperantes e supere a diversidade existente entre os mesmos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. **Extradição. Alguns aspectos fundamentais.** Revista Forense, v. 326, n. 90, p. 67 abr./maio/jun. 1994.

ARAÚJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. **Cooperação em Matéria Penal.** Brasília; Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior.**São Paulo: Saraiva, 2011.

CERVINI, Raul. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FONSECA, Cristina Tider. **A eficiência processual penal a partir da dicotomia prazo razoável e imprescritibilidade.** Disponível em <http://www3.pucrs.br>. Acesso em 30.01.2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. **A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20109>>. Acesso em: 30.01.2012.

MACHADO, Maíra Rocha. **Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n° 53, p. 102, mar./abr. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: considerações gerais. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** Organizadores: José Paulo Baltazar Júnior, Luciano Flores de Lima. Porto Alegre:



Verbo Jurídico, 2010.

RABELO, Carolina Gladyer. **A cooperação jurídica internacional e o crime organizado transnacional**. Extraído do site [www4.uninove.br](http://www4.uninove.br). Acesso em 23.01.2012.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 30, n. 128, p. 289, out.2005.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



# A JUSTIÇA SOCIAL E O ESTADO

Dr. Yury Rufino Queiroz<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trabalha a ideia de justiça como a arte de fazer o bem, sendo caracterizada pela ação de quem é bondoso e prudente. Assim, na fundamentação do que é justiça social, podemos extrair que a justiça social é a arte de fazer o bem para toda a coletividade, configurando-se como uma expansão do conceito de justiça. É o bem-estar de todos os indivíduos no meio social. Por isso a importância de condicionar as ações do Estado à realização da justiça social, pois ele é o ente que nasce com a missão de trazer a felicidade para as pessoas, através de ações que suprimam as necessidades básicas dos indivíduos. O Estado é o resultado da união das famílias de forma geral, na busca pela felicidade, é ele a entidade que tem o dever de zelar pelo bem-estar da sociedade. Para tanto, é necessário limitar a atuação do Estado através das leis, estipulando o campo de atuação do poder público para que esse não desvirtue a sua função social. Dessa forma, as leis limitam tanto a atuação do Estado como as ações dos cidadãos ao condicionarem a validação dos seus atos à função social que devem exercer, ainda existindo o poder de intervenção do Estado-juiz sempre que houver o desequilíbrio nas relações sociais para garantir o bem comum na coletividade. Assim, a justiça social é o elemento primordial na vida em sociedade, pois é ela quem deve guiar todas as ações dos cidadãos no seio social, bem como as atuações dos administradores públicos, estipulando limites a atuação tanto do poder público como à liberdade das pessoas, em favor do bem maior que é o bem-estar social.

**Palavras-chave:** Justiça; Justiça Social; Estado; Direito; Felicidade..

**ABSTRACT:** The present study works the idea of justice as the art of doing good, being characterized by the action of one who is kind and wise. Thus, in the grounds of what social justice is, we can extract that social justice is the art of doing good for the entire community, setting up as an expansion of the concept of justice. It is the welfare of all individuals in the social environment. Therefore the importance of linking State's actions to the achievement of social justice, because it is the entity which is born with the mission to bring happiness to people through actions that suppress the basic needs of individuals. The State is the result of the union of families in general, the pursuit of happiness; it is the entity that has the duty of ensuring the welfare of society. Thus it is necessary to limit the action of State through laws, stipulating the field performance of the government in order to not distort its social function. Thereby the laws limit both the action of State as well as the actions of citizens to condition the validation of their actions to the social function that should hold, even being the intervention power of judging State whenever there is the unbalance in social relations to ensure the common good in the community. So the social justice is the primordial element in society, because it is that must guide all actions of citizens within society, as well as the

---

<sup>1</sup> AProcurador do Estado do Piauí e Advogado - Membro da Comissão de Relacionamento com o Judiciário – OAB/PI - OAB/PI nº 7.107-B - e-mail: yuryqueiroz@pinheiroqueiroz.com.br

actions of public officials, stipulating boundaries to the performance of both the government and the freedom of the people in favor of the greater good that is the social welfare.

**Keywords:** Justice; social justice; State; Law; happiness

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo jurídico tem por objetivo abordar o tema justiça social como fundamento de atuação do Estado. O termo Estado, aqui utilizado, alcança todas as formas de atuação do Poder Público, seja a União, os Estados ou os Municípios; e o ideal de justiça social se traduz em instrumento de legitimação das políticas públicas implementadas pelo poder constituído, bem como seus administradores.

Importa que se faça uma abordagem sobre o conceito de justiça e de sua aplicação no meio social, analisando-se desde a origem do Estado, como forma de delimitar quais as ações necessárias para a efetivação da justiça social, legitimadora da atuação pública. É o que o presente trabalho se dispõe.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Desde a Grécia antiga, havia a preocupação entre os pensadores da época em se estabelecer um conceito para justiça, tarefa que não se mostrou fácil porque aquilo que era justo para um indivíduo nem sempre o era para outro. Assim, a definição do que seria justo passou por muitas avaliações, mas, aos poucos, foi-se delineando a ideia de que o justo era aquele que praticava o bem, ou seja, era o sábio, o virtuoso, o prudente, o essencialmente bom.

Por essa razão, o conceito de justiça como a ação do justo teria que estar ligado ao do “fazer o bem” na sua mais pura essência, pois não haveria como aceitar que o justo e bom praticasse um ato essencialmente maldoso, mesmo que a um inimigo, já que não se pode pensar que o justo, tendo como essência fazer o bem, possa fazer mal a alguém.

Em um de seus diálogos, Sócrates nos passou a ideia de que o significado do justo é ter para si o que lhe é próprio e não o que é alheio, não havendo injustiça mais perfeita do que fazer-se passar por justo sem realmente o ser.

É oportuna, aqui, uma reflexão sobre o tão famoso Código de Hamurabi e seu ideal de justiça baseado, sobretudo, na punição severa e indistinta àquele tido como infrator, códex justiceiro que celebrizou o “olho por olho, dente por dente”.

É evidente que a máxima estabelecida neste Código foge ao que pensamos como essencialmente justo. Conforme o que já foi dito, a justiça é marcada pelo ato de fazer o bem, não se concebendo qualquer ato malfeitor como correto, mesmo que seja para punir, demasiadamente, um infrator, isto é, um erro não pode autorizar outro.

Perante aos elementos que compõem o justo, temos a ideia de que a justiça seria a arte de realizar o bem, a ação daquele que é bom na sua essência, diferenciando-se daquele que só parece ser bom, mas que, na verdade, não o é. Sendo estas as características do justo, o conceito de justiça está mais próximo de um meio termo entre a vantagem excessiva, que é aproveitar-se de uma situação em benefício próprio sem sofrer nenhuma sanção, e a maior depreciação, que é ser vítima de um grande mal, sem poder reavê-lo.

Nesse sentido, ambos os extremos caracterizam a injustiça, seja para se conceder um benefício demasiado ou para se imputar um castigo também excessivo. Ante tais extremos, percebe-se que ser justo, ou fazer justiça, é não oprimir nem privilegiar, mas saber dividir sem subtrair nem adicionar indevidamente; é não se apropriar do que é alheio sem deixar de ter aquilo que lhe pertence; é dar o que é devido a cada um.

A justiça estaria fixada no ponto de equilíbrio entre o sacrifício e a satisfação, de forma igualitária; entre o bem maior e o mal maior.

Não foram somente gregos e babilônios que se debruçaram na tentativa de decifrar o que, afinal, significa ser justo, os romanos também se aventuraram nessa busca. Para eles, a concepção de justiça ganhou contornos mais fortes porque nela foram inseridos os princípios da igualdade e da liberdade. Com os romanos, a essência da justiça ganhou mais amplitude, principalmente em sua valoração, vez que liberdade e igualdade são elementos que compõem a arte de fazer o bem a todos. Vemos, pois, que a essência da justiça continua sendo a de fazer o bem sempre tendo como norte a busca da felicidade.

No Brasil, até bem pouco tempo, inúmeros foram os movimentos para a inserção do direito à busca pela felicidade dentre o rol dos direitos sociais prescritos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tal assunto foi debatido por iniciativa do senador Cristovam Buarque (PDT-DF), então presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), com o fim de se criar um novo paradigma a ser observado pelo Estado na elaboração e na execução das políticas públicas.

A explicitação do direito à busca pela felicidade seria uma forma de objetivar um valor que já está intrínseco em cada indivíduo e é, mesmo sem a alteração na Constituição Federal, dever maior do Estado.

Portanto, a idéia de justiça está intrinsecamente ligada ao ato de quem é bom, ou seja, a justiça tem como essência a bondade, sem subserviência.

Quanto a expressão “social”, Aristóteles (1990, p. 10) já dizia que “o homem é naturalmente um animal político destinado a viver em sociedade”. Partindo da assertiva do pensador grego, observamos que o homem, na associação com seus pares, busca conseguir a sua sobrevivência da melhor forma possível. Viu ele na sociedade, como uma forma ampla de associação, um meio mais fácil de conseguir os bens necessários à sua sobrevivência, de maneira que não incorresse nas grandes dificuldades que o isolamento lhe proporcionaria.

Segundo a mesma filosofia, a vida dos seres humanos está direcionada à busca pelos bens que suprem as suas necessidades, de forma que não basta ao homem apenas viver, mas ter uma vida feliz. Isso só acontece quando o homem adquire aquilo que deseja, ou seja, os bens necessários à sua existência. Desta feita, o estado de felicidade é alcançado quando os indivíduos conseguem realizar os seus desejos, passando a desfrutarem desse sentimento precioso.

Antes de tudo, a sociedade, ou comunidade, é uma associação de pessoas que buscam o mesmo objetivo. O homem se assemelha aos demais para obter aquilo de que necessita para viver, já que um homem sozinho não basta a si mesmo. Assim acontece na união do homem com a mulher que, para a própria preservação da espécie, unem-se constituindo uma família, laços que formam a base de uma vida

feliz, nada diferindo quanto às demais relações afetivas, posto que, em todas elas, os indivíduos buscam e desejam viver melhor.

Com a família, o homem (genericamente falando) ganha o sustentáculo para prover as necessidades cotidianas de sua vida. E como esse desejo é disseminado em todos da sua espécie, as famílias vão se multiplicando e se aproximando, na própria evolução do querer humano de superar as suas dificuldades. Daí, surgem as sociedades (mais tarde as cidades) que, nascidas principalmente da necessidade de viver dos homens, subsistem assim como a família, para que se tenha uma vida feliz.

Apesar das controvérsias, é a própria natureza que compele o homem a viver em sociedade, posto que se vivesse isolado não teria condições de progredir.

Entretanto, a vida em sociedade também tinha os seus percalços. Era necessário que houvesse uma ordem que regulasse as relações entre os homens, uma força também capaz de suprimir as dificuldades mais acentuadas, um ente que viabilizasse a vida em comum de tantos seres associados. É daí que surge a figura do Estado como ente facilitador da vida entre os homens.

Come bem disse Aristóteles (1990, p. 14), “o Estado é uma reunião de famílias”, posto que na essência do Estado, e o que motivou a sua origem, está o desejo humano de superar as suas necessidades básicas, justamente por meio da associação com os seus demais. Primeiramente, com um(a) companheiro(a) constituindo uma família; depois, com a associação entre as famílias formando as sociedades. Evoluindo esse pensamento, chegou-se à criação do Estado como instituição capaz de melhor propiciar o suprimento das necessidades básicas para uma vida feliz.

Assim, o Estado nasce com o objetivo de gerar a felicidade, não de poucos indivíduos, mas a felicidade propagada em toda a sociedade, ou seja, em todas as famílias. Essa é a finalidade primordial do Estado, gerar o bem para todos os cidadãos de forma indistinta, já que todos eles têm direito à felicidade. O Estado representa o todo, sendo cada família e cada indivíduo partes integrantes dele, de maneira que a felicidade dos indivíduos é a felicidade do Estado.

Portanto, o Estado só é legítimo se conseguir suprimir as necessidades básicas

das famílias que o compõem e se gerar felicidade aos indivíduos, porque que essa é a sua natureza específica. Se o Estado não consegue realizar a arte para a qual foi criado, há uma completa distorção de sua finalidade e, portanto, somem as razões de sua existência.

Todas as famílias devem ter suas necessidades suprimidas e para que tal fato ocorra é necessário que o Estado realize o que se chama de justiça social. Portanto, a justiça social, nada mais é do que a aplicação da justiça, como a arte do bom e prudente, no seio da sociedade.

Partindo desses pressupostos, deparamo-nos com a difícil situação de estabelecermos qual a forma que o Estado deve utilizar para conseguir suprir as necessidades de todos os cidadãos sem que cometa injustiças, sob pena de perder a sua finalidade e a razão de sua existência e também de tornar-se ilegítimo o administrador público.

Definir um campo de atuação do Estado, para que consiga trazer felicidade aos seus cidadãos na forma mais completa possível é muito complexo, mas como a atuação do Estado deve abranger todas as pessoas da sociedade, a ferramenta mais apropriada para auxiliá-lo nesta campanha é, peremptoriamente, a realização da chamada justiça social.

Conforme estabelecido, a justiça se caracteriza pela ação de quem é justo, ou seja, pela ação de quem é bom, sábio, prudente e tem o controle sobre as virtudes humanas, sendo todas essas características voltadas para a realização do bem. Sendo assim, a justiça é a arte de fazer o bem não a si próprio, mas a todos os semelhantes.

A essa ideia deve ser inserido o princípio da igualdade, pois não se concebe como alguém pode realizar a justiça favorecendo demasiadamente a alguns em detrimento dos demais. O princípio da igualdade é um dos princípios mais complexos que existem porque, para que se tenha a igualdade, devem ser levadas em consideração todas as hipóteses admitidas, já que nem sempre aquilo que parece ser igual em uma primeira análise é obrigatoriamente igual na realidade, mas apenas aparenta ser e esconde por trás uma grave desigualdade.



É por isso que dar tratamento igual a pessoas desiguais gera uma grande injustiça porque, na maioria das vezes, a desigualdade existente entre as pessoas não permite que o bem seja concedido aos dois, mas somente a um deles em sacrifício do outro. Por esse princípio entende-se que, para que o bem seja transmitido a ambos, é necessário que os iguais sejam tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, como bem disse Aristóteles (1990, p.123) “parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é, com efeito, mas não para todos; só o é entre aqueles que não são iguais”.

Diante de tal situação, a conduta estatal deve estar sempre voltada a proporcionar a todos os cidadãos o alcance da felicidade. Sob esse ponto de vista, é oportuno observar que é impossível ser feliz quando não se pratica o bem. Todas as instituições sociais devem ter por finalidade a vida feliz dos cidadãos, realizando o bem a todos, e esta somente é alcançada com sabedoria, virtude e igualdade.

Pode-se ver que a ideia de justiça social se confunde com a própria finalidade do Estado, mas não há a fusão entre elas, apenas se estreitam de forma a caminharem juntas com o mesmo ideal. É importante salientar que a justiça social não se impõe apenas ao administrador público, mas também a todos os cidadãos, dando eficácia aos direitos fundamentais do homem, em sua dimensão objetiva.

Como o escopo do Estado é a felicidade na vida dos cidadãos, é necessário que ele se utilize de um meio para chegar a tal fim. Esse meio, que deve conduzir as ações do Estado, é a justiça social.

A ideia de justiça social deve ser depurada diante do que é justo para o indivíduo e do que é justo para toda a coletividade. Importante se torna dizer que a justiça social não pode servir para cercear direitos de quem os tem por méritos para doá-los a quem não se esforçou para consegui-los. Pelo contrário, isto seria uma grande injustiça tanto para quem sofre o decréscimo em seus direitos como para toda a sociedade ao ver que alguns estão sendo favorecidos demasiadamente, sem motivos bons e sábios para tanto.

A Bíblia Sagrada, em Levítico, capítulo 19, versículo 15, já diz que “nem mesmo para favorecer ao pobre se distorça o que é justo”. A justiça social é, antes de tudo, uma forma de se ajudar a quem precisa, evitando que a sociedade deixe as suas partes integrantes (as famílias que a compõem) sofrerem pelas desigualdades que o mundo as imputou.

Eis que se invoca a finalidade primordial do Estado, novamente, para embasar melhor tais argumentos, pois o homem, como diz Aristóteles, se estabeleceu em sociedade não somente para viver, mas para viver feliz, tendo as suas necessidades básicas suprimidas. Não cabe ao Estado, seja por qual motivo for, omitir-se frente à miséria que assola alguma família, assim como a ele também não é permitido intervir sobremaneira a ponto de suprimir a vontade do homem.

É nesse ponto que vemos, de forma clara, a função do Estado e a essência da justiça social, que é não deixar nenhum cidadão desamparado. Essa é, exatamente, a ação do justo e sábio no seio da sociedade, evitar que as famílias sofram o mal maior em oposição ao bem maior de que outros usufruem.

Não cabe aqui pensar que quem vive em melhores condições na sociedade deve ser penalizado por ostentar tal situação se esta tiver sido conquistada com o seu trabalho, repudiando-se a prática do confisco arbitrário de bens. Mas o Estado, como ente nascido da necessidade dos homens de criar um meio para que não haja o mal maior, não pode deixar que alguns sofram com tanta falta de auxílio enquanto outros se aproveitam ao máximo de suas ações.

Sendo assim, deve a justiça social ser a base de todas as relações sociais e, conseqüentemente, da atuação do Estado. É também ele quem deve garantir a aplicação da justiça no meio social, produzindo a paz entre os homens e viabilizando a prosperidade de forma ordeira e bem distribuída. Essa a sua finalidade básica, tanto com ações positivas, proporcionando saúde, moradia, saneamento básico entre outros e, principalmente, oportunidades para que o cidadão produza a sua própria felicidade e consiga caminhar sozinho. Referidas ações também consistem em auxiliar os mais necessitados, evitando que os próprios membros da sociedade possam distorcer a igualdade que deve existir entre seus pares.

Neste momento, importante é o debate sobre a efetivação do direito à saúde e à vida, assegurados por nossa Constituição Federal. Pelo que podemos observar, o Estado existe para suprir as necessidades dos indivíduos que não se bastam, não deixando que qualquer cidadão sofra o mal maior. Assim, necessária é análise dos enfermos que sofrem com doenças cuja a cura ainda não nos é conhecida comprovadamente, estando ainda em estágio experimental. Difícil se torna a tarefa de destacar o que seria justo quando existem tantas incertezas.

Sem dúvidas, o dever do Estado é socorrer os que dele necessitam, mesmo que em casos extremos e não conhecidos. Contudo, talvez não seja devido retirar da sociedade a assistência básica necessária, aplicando maior parte dos recursos financeiros disponíveis, no auxílio de um único indivíduo, sem o conhecimento de que o esforço é eficaz.

Analisar a justiça social como forma de pensar o que é justo para toda a coletividade é, antes de tudo, contrabalancear os vários aspectos que a compõem. É pensar a igualdade e a desigualdade concomitantemente, avaliando, com sabedoria, a liberdade a que tem direito o indivíduo em face da ação do Estado, no sentido de garantir justiça e felicidade para todos, trazendo o bem às suas vidas. Esse é o principal desafio da justiça social.

Pensar a justiça social é interligar e contrapor as noções de justiça e de liberdade para que se possa estabelecer a boa ordem social e jurídica, sendo muito árdua tal tarefa porque deve ser pensado o direito de todos e também o direito de cada indivíduo. Deve-se pensar a sociedade, não como um aglomerado de pessoas, mas como uma coletividade.

Sob outra ótica, a justiça social se evidencia quando há a correspondência entre a atuação interventora do Estado e o direito à liberdade dos indivíduos, ou seja, as ações do Estado devem ter como objetivo garantir os principais direitos dos cidadãos por meio de uma ordem jurídica que o legitime como instrumento maior do poder da coletividade.

Assim, os critérios normativos para a fixação do poder de intervenção do Estado devem ser fiéis aos valores e fins que instituem a sociedade. Este é o paradoxo que

envolve a justiça social: estabelecer os limites do campo de intervenção do Estado como legítimo representante da boa e justa sociedade.

Dentre as mais variadas formas de que dispõe o Poder Público para realizar a justiça social, é importante para nós, pela própria finalidade a que se pretende o estudo, abordarmos os aspectos jurídicos desta atuação, procurando identificar quais os meios apropriados para que o Estado consiga promover a justiça social.

O primeiro elemento para que possamos ter uma atuação digna e legítima do Estado é estabelecer o campo de intervenção a que este tem direito na vida dos cidadãos, para que se possa assegurar a maior felicidade às famílias com a menor perda possível de liberdade para os indivíduos.

Para isso, devemos condicionar as ações do Estado ao campo de atuação limitado pelas leis, como forma de garantir a ordem e a justiça. Leis essas elaboradas pelo povo, mesmo que de forma indireta, embasadas nos princípios constitucionais, sobretudo, da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e da justiça social, pois, como já foi dito, não há como alguém ser feliz sem praticar o bem aos seus semelhantes, e a felicidade do Estado, como legítimo representante do desejo dos indivíduos e das famílias, é a felicidade dos cidadãos.

São estas as características para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com um Estado que realmente a dignifique.

Ao legislador cabe a importante tarefa de estabelecer quais são os direitos de cada indivíduo e quais os direitos de toda a coletividade, bem como regulamentar qual a forma mais adequada para o uso e gozo dos direitos individuais, no intuito de que esses direitos não tragam grandes mazelas para uma parte da população e benefício a uma minoria.

Como já ficou entendido, o Estado não pode, sob o lema de uma suposta “justiça social”, retirar bens de quem os tem por méritos próprios para dar a quem não tem pelo simples fato de não os ter. Esse princípio não pode servir para causar o empobrecimento geral de todos os cidadãos, mediante confisco de bens dignamente adquiridos.

É injusto igualar todos os indivíduos de forma arbitrária, desconforme com a finalidade a que se propõe o Estado.

As leis devem preservar os direitos básicos de todos os cidadãos, como a alimentação, a habitação, o vestuário, o direito de locomoção, o direito à livre expressão. Elas devem garantir e fazerem com que o Estado trabalhe para resguardar todos os direitos fundamentais necessários às vidas das pessoas, principalmente, o direito à liberdade, já que, para a instituição da ordem social, cada indivíduo cedeu parte de sua liberdade ao Estado no intuito de que este pudesse viabilizar a vida em sociedade, da mudança do estado de natureza humana, em que o homem pode ser chamado de lobo do próprio homem (*homo homini lupus*), descrito pelo jusnaturalista Thomas Hobbes (1588-1679), para a existência de um Estado como artifício humano para o aperfeiçoamento da natureza e a superação do estado de natureza.

É, portanto, o Estado, o Poder Público, quem deve garantir os direitos básicos aos cidadãos, protegendo aqueles que já os têm, como também possibilitando àqueles que não os têm a conquistarem, concedendo-lhes auxílio e atenção maiores, porque são merecedores também da felicidade alcançada pelos outros cidadãos.

Quanto a outros direitos, é necessária uma análise mais apurada porque o mal exercício deles gera efeitos negativos de imediato em toda a sociedade. Faz-se necessário que haja uma maior observação por parte de todos no que tange à relativização de certos direitos tidos como fundamentais, para que a coletividade venha a ganhar com a boa utilização deles.

Cabe aqui uma reflexão sobre o direito fundamental à vida, analisado sob a ótica dos pacientes enfermos que estão em processo terminal ou mesmo dos fetos anencefálicos e dos natimortos que têm coração pulsante na gestação, mas não tem, ou terão, vida substancial. Perquirir sobre justiça, liberdade e direito à vida ante o quadro “vegetativo” (como se costumou expressar) dos pacientes que a nada mais respondem, estando vivos apenas por intermédio de aparelhos, é questão por demais complexa que se põe à frente de todos e até mesmo de cada um de nós.

O que se tem como justo nestes casos? Entendemos que a felicidade resta comprometida para todos aqueles que enfrentam tal situação, sejam eles os familiares

ou o enfermo. Todavia, talvez ainda não estejamos prontos para aceitar a morte com naturalidade, apesar de muitos acreditarem aceitar. O fato é que o sofrimento irremediável que a vida infeliz, ou a semivida, acarreta, começa a nos parecer pior do que a própria morte, e tal sentimento nos mostra que a felicidade é o que se mais deseja de todos, inclusive do Estado.

É importante também deixar evidente que cada ato praticado dentro das relações dos homens em sociedade tem uma função específica, sendo pertinente observar a maneira como a coletividade recebe os efeitos desses atos. As conseqüências desses atos, no meio social, devem ser apuradas e, caso sejam perfeitamente concordantes com os princípios básicos que regem a sociedade, como igualdade, liberdade da vontade, dignidade, dizemos que o ato exerceu a sua função social.

É dessa forma que devem ser celebrados os negócios jurídicos, o exercício do direito de propriedade. Enfim, cada ação praticada deve atender à sua função social, sendo esta o efeito que tais atos geram na sociedade. A função social é a influência que um ato tem no modo de pensar das pessoas. Os direitos são exercidos com excelência quando cumprem a sua função social, ou seja, quando eles são utilizados de forma que respeitem os princípios da justiça, da igualdade e da liberdade; e quando realizam o bem tanto para o indivíduo em si como para o seu próximo.

Devido ao seu caráter de justiça e igualdade, a função social está diretamente ligada à finalidade específica do Estado, que é a de propiciar a felicidade às pessoas. Os cidadãos não devem pensar só em si mesmos sem se importarem com seu semelhante. Pelo contrário, a razão de existir da sociedade e do próprio Estado é, justamente, o auxílio mútuo. Os indivíduos devem exercer os seus direitos sem serem condenados por isso, mas devem exercê-los com limites, em benefício de toda a coletividade.

Para tanto, existe a necessidade de limitar a atuação de intervenção do Estado na vida das pessoas, como também de estabelecer parâmetros para as ações praticadas pelos indivíduos com base na função social. Cabe ao legislador, no seu mister, a elaboração de normas que estejam de acordo com os ideais da justiça social, pois, como bem dissemos, fazer justiça social é exatamente saber controlar a igualdade e a desigualdade, o ganho excessivo e a perda excessiva, ou seja, limitar o gozo excessivo

dos direitos pelos indivíduos sem conceder poderes extraordinários, cerceadores da liberdade das pessoas, ao Estado.

Dessa forma, cabe ao legislador criar normas que configurem um meio termo entre esses dois extremos, possibilitando às pessoas viverem livremente, mas com observância aos limites impostos pelo Estado para o bem-estar social. Assim, tanto as pessoas conseguirão ser felizes, alcançando os seus objetivos, quanto o Estado também cumprirá a sua finalidade, que consiste em propiciar felicidade a todos os cidadãos.

Neste ponto, Estado-juiz é dada a atribuição de interpretar as leis e aplicá-las aos casos concretos como forma de solução de conflitos. Cabe ao juiz julgar, de maneira sempre imparcial, os conflitos de interesses, sem que haja preponderância do mais forte ou do mais fraco. A atividade jurisdicional tem a função de solucionar os conflitos de forma a manter a paz social reinando entre as pessoas. Estas abdicaram da justiça particular para que o Estado realize a justiça com base em uma ordem jurídica pré-estabelecida por leis oriundas do povo.

Destarte, diante de tais atribuições, não raras são as vezes em que o juiz se depara com situações de extrema dificuldade para a aplicação da lei, dada a abstratividade necessárias às normas, não havendo a possibilidade de abranger todos os casos possíveis. Assim, cabe ao juiz, no momento do julgamento da lide, fazer uma interpretação da lei de acordo com o seu senso do que é justo, não podendo ele fugir do texto legal. No entanto, nos casos em que a lei não se contempla perfeitamente ao caso concreto, é sua obrigação julgar de acordo com seu convencimento e sentimento de justiça, devendo, para tanto, ter sempre uma visão filosófica na aplicação do direito.

Sobre esse aspecto, vale salientar o grau de acompanhamento que cada juiz deve ter sobre os acontecimentos da sociedade, para que não haja um descompasso entre o seu senso de justiça e o que realmente ocorre na vida social. Não pode ele agir de maneira a beneficiar apenas uma das partes, sem que consiga pacificar a relação, pois esse não é o ideal de justiça que se busca no Estado.

Todo Magistrado deve ter em mente a ideia de justiça relacionada com a arte de fazer o bem. O grande escritor cearense José de Alencar (2004, p.16) já dizia que

“o direito é o homem”, ou seja, ele é o reflexo das necessidades humanas. Nos casos em que se depara com grande dificuldade de solução, deve o Juiz decidir com base nos princípios que regem a própria origem do Estado e a sua finalidade primordial, que é garantir o suprimento das necessidades básicas das pessoas, possibilitando a todos uma vida feliz.

Nessa concepção, para que a justiça social seja concretizada é preciso que a atividade jurisdicional, como atividade estatal que é, tenha sempre como base de sua atuação a finalidade de propiciar a solução dos conflitos de maneira que haja a paz social, isto é, que os indivíduos tenham os seus conflitos solucionados de forma justa, com uma decisão capaz de satisfazer às partes envolvidas e também à coletividade.

Convém destacar que, uma das vertentes básicas da justiça social, não à toa, também do direito, é pacificar as relações, pois a vida depende de paz, principalmente a paz de espírito.

Temos, portanto, no centro da atuação estatal, a obrigatoriedade de proporcionar felicidade às pessoas, utilizando-se da chamada justiça social como instrumento de efetivação deste mister, através da implementação dos direitos básicos dos indivíduos. Essa é a função primordial do Estado.



### 3 CONCLUSÃO

Ante os pontos tratados, podemos chegar ao entendimento de que a justiça é a arte de fazer o bem, sendo caracterizada pela ação de quem é justo. Assim, na fundamentação do que é justiça social, podemos extrair que a justiça social é a arte de fazer o bem para toda a coletividade, configurando como uma expansão do conceito de justiça. É o bem-estar de todos os indivíduos no meio social.

Por isso a importância de condicionar as ações do Estado à realização da justiça social, pois ele é o ente que nasce com a missão de trazer a felicidade para as pessoas por meio de ações que suprimam as necessidades básicas dos indivíduos. O Estado é o resultado da união das famílias, de forma geral, na busca da felicidade. É ele a entidade que tem o dever de zelar pelo bem-estar da sociedade. Para tanto, vimos que é necessário limitar a sua atuação por meio de leis, estipulando o campo de atuação do Poder Público, para que este não desvirtue a sua função social.

Sob este prisma, as leis limitam tanto a atuação do Estado como as ações dos cidadãos ao condicionarem a validação dos seus atos à função social que devem exercer, ainda existindo o poder de intervenção do Estado-juiz, sempre que houver o desequilíbrio nas relações sociais, para garantir o bem comum na coletividade.

Assim, a justiça social é o elemento primordial na vida em sociedade, pois é ela quem deve guiar todas as ações dos cidadãos no seio social, como também as atuações dos administradores públicos, estipulando limites tanto à atuação do poder público como à liberdade das pessoas, em favor do bem maior que é o bem-estar social.

Primordial, portanto, é a atuação do Estado no sentido de proporcionar felicidade às pessoas, indistintamente, pois essa é a razão de sua existência.

#### 4 REFERÊNCIAS:

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Senado Federal, 2004.

ARISTOTELES. **A política**. Traduzido por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990.

BÍBLIA SAGRADA, Inglês. **Levítico**. Traduzido por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Gideões, 2001.cap.19. ver.15.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 5ª Ed. – São Paulo: Atlas, 19990.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição de República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, DF, 12 set.1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 22 out. 2005.

\_\_\_\_\_. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil brasileiro. **Diário Oficial [da] União**, DF, 11 jan.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 set. 2005.

CHAVES, Eduardo O.C. **Justiça social, igualitarismo e inveja**: a propósito do livro de Gonzalo Fernandez de la Mora. Disponível em: <<http://www.chaves.com.br/textself/philos/inveja-new.htm>>. Acesso em: 18 mar.2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição para a justiça social**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari\\_justsoc.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_justsoc.htm)>. Acesso em: 15 jan.2006.

DANTAS. San Thiago. **Evolução contemporânea do direito contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.v.199.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUTRA, Valvim M. **Justiça social e justiça individual**. Disponível em: <[http://www.renascebrasil.com.br/f\\_justica.htm](http://www.renascebrasil.com.br/f_justica.htm)>. Acesso em: 20 fev.2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural,1997.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PLATÃO. **A república**. Traduzido por Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.

RIOS, Josué de Oliveira. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Globo, 2001, p.65.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1997.



# A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL

## SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AND THE NEW COMMERCIAL CODE PROJECT

Laryssa Saraiva Queiroz<sup>1</sup>

**Orientadora:** Ms. Cléa Mara Coutinho Bentos

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva verificar as particularidades do princípio da função social da empresa, sua relevância e proeminência no Direito nacional. Para tanto, valeu-se de pesquisa bibliográfica e documental. Analisou-se a sua condição atual de princípio constitucional implícito e sua provável posituação expressa no projeto de Lei nº 1.572, de 2011, que trata do novo Código Comercial, além de abordar sua correlação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é atualmente condição sine qua non de legitimação da atividade empresarial. Investigou-se ainda sua origem como extensiva da função social da propriedade e dos contratos, bem como sua distinção da ideia de filantropia. Do estudo, constatou-se que encontra-se totalmente ultrapassado o caráter eminentemente individualista da propriedade privada que predominou com o liberalismo. Sua posituação na forma do projeto do novo Código Comercial representa um avanço, já que lhe conferiria maior força normativa, coercibilidade, tendo em vista que não mais dependeria de uma interpretação extensiva da Constituição e do Código Civil.

**Palavras-Chave:** Função Social da Empresa. Projeto Código Comercial. Limitadores da Atividade Empresarial.

**ABSTRACT:** This study aims to verify the particularities company's social function principle, its relevance and prominence in the national law. To do so, drew on literature and documents. We analyzed the current condition of the implicit constitutional principle and its probable posituation expressed in the draft law number 1572, 2011 which deals with the Commercial Code, in addition to addressing its correlation with the Principle of Human Dignity, which is currently sine qua non legitimacy of business activity. We also investigated its origin as including the social function of property and contracts, and its distinction from the idea of philanthropy. From the study, it was found that the eminently individualistic private property that prevailed with liberalism was completely overtaken. His positiveness in the form of the design of the new Commercial Code is a step forward, since it would confer greater legal force, coercivity, considering that no longer depends on a broad interpretation of the Constitution and the Civil Code.

**Keywords:** Corporate Social Function. Commercial Code Project. Limiters of Business Activity.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito/UNINOVAFAPI. Contato: srta.llaryssa@gmail.com/(86)9903-5335

# 1 INTRODUÇÃO: DOS ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

Antes de adentrarmos no cerne da discussão que aqui será apresentada, faz-senecessário abordar alguns aspectos conceituais e históricos. Partiremos da difícil definição de empresa, que, cabe ressaltar, tem seu conceito diferenciado de estabelecimento empresarial, e da pessoa do empresário, caracterizando-se basicamente, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 34) “como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).”.

Contextualizando essa definição com o cenário capitalista em que vivemos não é difícil visualizar uma atuação empresarial que visa tão somente o lucro, sem qualquer compromisso com o bem estar social. Eis que, constantemente, surge o Estado, seja preventiva ou repreensivamente, com habilidade própria de malabarista, em proteção da sociedade, como também do mercado. A evolução do liberalismo revela que na sua era clássica, na qual imperava a livre concorrência, a lei da oferta e da procura, a liberdade de mercado; a atuação do Estado limitava-se a garantir a liberdade e a propriedade privada. Já na era do liberalismo social houve uma presença direta do Estado na seara econômica e social. E, finalmente, no neoliberalismo, que coincide com o processo de globalização, o Estado “recuou” reduzindo ao máximo sua participação, mas incumbido de uma árdua tarefa, qual seja, compatibilizar interesses diversos buscando manter uma harmonia entre eles. No Brasil, os ditos interesses diversos estão previstos constitucionalmente e elencados no art. 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

Resta clara a intenção do Estado de criar limitadores normativos da atividade econômica, ao mesmo tempo em que reafirma e induz à atividade capitalista. Assim, busca-se o equilíbrio entre o dever de assegurar a propriedade privada e a livre iniciativa, concomitantemente com o encargo de promover a justiça social e a diminuição das desigualdades sociais. Os interesses insertos neste artigo apresentam-se, por vezes, em conflito, servindo de exemplo as clássicas tensões que se verificam entre livre iniciativa e livre concorrência ou meio ambiente; ou nos casos de ofensa aos direitos dos trabalhadores ou dos consumidores. Para ilustrar esse embate na tutela de interesses antagônicos, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao tratar sobre a interpretação constitucional, em tom poético, afirmam:

De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. (2006, p. 345)

Sendo assim, deve-se ponderar diante de cada caso concreto, não se admitindo uma proteção de um ou mais de forma isolada. Isso requer uma atuação engenhosa por parte do Estado, e uma base principiológica constitucional se revela bastante útil na medida em que cria diretrizes a serem respeitadas, afim de que seus diversos objetivos, ainda que conflitantes, sejam alcançados e se atinja o equilíbrio. Para que se chegasse aos fundamentos basilares que hoje norteiam normativamente nosso país, sofremos muitas influências, aproveitamos experiências externas e adotamos institutos, dispositivos e princípios que contribuíram na formação do plano jurídico como o concebemos hoje. A ideia de função social, por exemplo, como um poder-dever surge historicamente na Constituição do México, em 1917, e na Constituição alemã de Weimar, em 1919. O conceito, embora generalizado, já sinalizava uma preocupação com a concepção puramente individualista da propriedade, que, posteriormente, ampliou seu campo de incidência, servindo também como fundamento ao contrato e à empresa. Como observa Lucas Barreto (2005), o tema ganhou espaço

em nosso país com a Constituição de 1946, dada a interrupção do Estado Novo, pois, não obstante disposição constitucional acerca da regulação legal da propriedade, a vontade do regime ditatorial é que prevalecia. Nesse contexto, o princípio da função social somente apareceu de forma expressa em 1967 na condição de princípio de ordem econômica.

Ora se a função social, *latu sensu*, não é um meio de acalmar os ânimos, abrandar tensões e equilibrar interesses diversos, promovendo um ambiente socioeconômico que atenda tanto aos interesses individuais, quanto aos coletivos. É nesse contexto que surge a função social da empresa, analisada sob a ótica constitucional por José Afonso da Silva, em sua obra *Comentário contextual à Constituição*:

[...] a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da Constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. (2005, p. 713).

Após esse breve retrospecto histórico, passemos a analisar mais especificamente o princípio da função social aplicado à empresa.

## **2 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

Como princípio norteador, a função social notoriamente atinge dois dos principais ramos do Direito Civil, quais sejam, Direito das Coisas e Comercial – ou de Empresa.

A ideia de função social vincula-se a todo um movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, reconstruindo institutos centrais do Direito moderno, tais como a propriedade, o contrato e a empresa. Parte-se do pressuposto de que toda prerrogativa outorgada a alguém deve cumprir um papel perante a sociedade. O titular de um direito que dele se vale animado por egoísmo pode incidir em abuso, situação que afronta os ditames de nossa Constituição, notória por seu caráter cidadão. (LEAL JR. et al., 2008)



Como bem constatou Jussara Suzi Ferreira (2007), Ihering foi precursor no âmbito dos direitos subjetivos por defender o caráter social, indispensável aos direitos privados, questionando os limites destes na perspectiva jurídico-histórica. O Direito caracteriza-se como meio de se atingir os fins sociais, logo, a empresa, enquanto instituto regulado pelo Direito, deve se adaptar às finalidades sociais que justificam a existência deste. É certo que o Direito não pode impor sentimentos altruístas ou de caridade à empresa, entretanto possui meios normativos para condicionar o comportamento das empresas, vinculando-as a certas obrigações jurídicas que impliquem consequências de cunho social, previstas na Constituição, que goza de eficácia normativa imediata, e em legislações infraconstitucionais, tais como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, as leis ambientais, a Lei Falimentar, entre outras. Assim, seja por vontade própria ou em atenção ao que ditam as normas jurídicas, a atividade empresarial deve atender a um caráter solidário intrínseco à função social da empresa que, por sua vez, a limita.

## 2.1 Da correlação com outros princípios

Quanto à origem do princípio ora em estudo, há controvérsias. “Parcela doutrinária reputa que a função social da empresa é decorrência lógica do princípio da função social da propriedade privada, encarando a empresa sob o prisma da exploração dos bens de produção” (LEAL JR. et al., 2008). Outros interpretam que por ser a sociedade empresária fruto de um contrato, a função social da empresa derivaria da função social do contrato. Portanto, a liberdade de contratar, o exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, estariam, conseqüentemente, limitadas à função social do contrato. De qualquer forma, divergências quanto a origem da função social da empresa à parte, o que resta incontestado é que o exercício profissional da atividade econômica organizada deverá subordinar-se ao atendimento da função social.

Consiste num árduo dever a tentativa de harmonizar os direitos fundamentais com princípios e valores específicos do Direito Privado. Assistimos a uma constante relativização de institutos jurídicos privados em benefício dos interesses de toda a coletividade. Podemos atribuir a isso a aplicação e propagação do princípio constitucional da solidariedade. Tais relativizações, resultado principalmente do

inegável fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, podem parecer, à primeira vista, uma afronta aos direitos dos particulares, convém então fazer uma análise em longo prazo, tendo em vista que apesar de a responsabilidade social não parecer um bom negócio em curto prazo, uma atividade empresarial socialmente responsável contribuirá para a reputação da empresa e a tornará confiável perante o mercado e a comunidade, conferindo a ela um status de “empresa cidadã”. Conciliar a preocupação social com atividade empresarial pode, portanto, gerar até mesmo uma maximização de lucros. “Quando a empresa é socialmente responsável, atrai os consumidores e aumenta o potencial de vendas, gerando maiores lucros para os acionistas.” (ASHLEY et al., 2003, p.8).

A dignidade da pessoa humana é outro princípio com o qual a função social da empresa guarda forte correlação, e porque não afirmar que também deve a ele razão de ser. Isso devido a condicionante da atividade econômica da empresa de não poder estar voltada somente para o bem estar próprio dos empresários e acionistas. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro engloba tanto direitos individuais quanto coletivos, como por exemplo, na figura dos sindicatos, associações; por conseguinte as atividades empresariais devem estar regulamentadas de modo a colaborar com a formação de uma sociedade mais equilibrada de forma digna.

“Com efeito, as empresas entram em rota de colisão com o princípio constitucional fundamental da valorização da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a dificuldade de se compatibilizar a geração do lucro, com o respeito aos valores éticos. (...) Todos esses compromissos sociais, decorrentes da função social da empresa, têm um foco definido, que é o princípio constitucional de valorização da dignidade da pessoa humana, para que todos tenham existência digna, de conformidade com os ditames da justiça social.” (ZANOTI, 2006).

A própria legitimidade da atividade empresarial está subordinada a uma análise, pois se for utilizada apenas para satisfazer os interesses egocêntricos dos cotistas ou acionistas da empresa, sem qualquer observância do respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos trabalhistas, do consumidor, ou do meio ambiente; tal atividade está fadada a ser considerada ilegítima. Podemos então perceber o vasto campo que a função social da empresa abarca.

## 2.2 Da abrangência da função social da empresa

Como visto de forma genérica, é vasta a abrangência da função social da empresa, que, segundo as lições de Amaral (2008, p. 119) pode ser dividida, de acordo com os fatores envolvidos, em duas espécies: a endógena e a exógena. Trata-se de uma classificação bastante didática e que torna clara a incidência individualizada desde princípio. A endógena diz respeito às relações entre os agentes internos da empresa (empregados, administradores, sócios e acionistas), enquanto a exógena está relacionada aos interesses externos à empresa (soberania, concorrentes, consumidores e meio ambiente).

A função social enquanto limitação endógena ao exercício da empresa em relação aos empregados se enquadra no caput do art. 170, já transcrito anteriormente. Como afirma Eros Roberto Grau (2006, p. 226) “a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista.”. O que se objetiva é impor a observância dos direitos de seus empregados, e da dignidade destes. Configura-se também a limitação endógena relativa aos sócios e acionistas, cujos interesses devem ser respeitados, o que requer uma atuação com lisura e transparência por parte dos administradores, que não podem buscar atender somente o que lhe convém, sem observar os interesses da sociedade.

Já as limitações exógenas são as relacionadas aos interesses externos à empresa, mas que com ela guardam relação direta. A soberania inserta no inciso primeiro do art. 170 da Constituição Federal – de cunho econômico e não político como a que consta nos fundamentos da República –, segundo Farias, “diz respeito à independência em relação à economia e à tecnologia estrangeira, já que a excessiva dependência econômica e tecnológica externa é uma séria ameaça à soberania nacional econômica” (2002, p. 119). Isso representa um nítido objetivo de induzir o desenvolvimento, a independência e valorização da produção local no atendimento das necessidades do mercado em detrimento de sociedades estrangeiras mais desenvolvidas.

Ainda na classificação de Amaral, temos outro limitador exógeno da atividade empresarial é a concorrência, que garante a proteção à participação de novos agentes

econômicos – o que nos remete à livre iniciativa – além de assegurar uma lealdade na relação concorrencial. O resultado que esta limitação gera não é outro senão benefícios à sociedade, na medida em que ao instigar a concorrência, a competitividade reflete na queda de preço segundo o que dita a lei da oferta e da procura, e até mesmo no aprimoramento dos bens e serviços prestados a fim de conquistar a clientela. Essa mesma clientela beneficiada pela concorrência é o público alvo de outra limitação exógena, desta feita relacionada aos consumidores.

Hoje a relação consumerista possuiu regulamentação própria – Código de Defesa do Consumidor – o que já sinaliza o seu grau de importância, que confere ao consumidor uma proteção diante justamente dos comportamentos abusivos que a função social deseja repelir. A regulação do mercado de consumo por meio de normas impostas pelo Estado para corrigir desequilíbrios foi imprescindível para que se pudesse conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com um dos objetivos fundamentais da República inserido no inciso I do art. 3º da nossa Carta Magna. Nesse diapasão, faz-se útil reproduzir o seguinte pensamento do Min. Moreira Alves:

"Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, DJ de 30-4-1993).

Por último, mas não menos importante, outro fator exógeno é o meio ambiente, tema cada vez mais recorrente atualmente, entretanto não entraremos no cerne da discussão de desenvolvimento sustentável para a proteção das gerações futuras, mas tão somente no impacto das restrições às atividades empresariais decorrentes da preservação ambiental e da imposição de um desenvolvimento econômico que respeite o equilíbrio ecológico. Desta forma, segundo ensinamentos de Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 44), “exerce a função social a empresa que utiliza os recursos naturais de forma justa e reduz ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente”.

Como é sabido, atividades econômicas são as grandes causadoras de problemas ambientais, e a obtenção de um meio ambiente saudável deve resultar de uma atuação responsável dos mais diversos setores da atividade econômica. Por conseguinte, para que a defesa do meio ambiente não represente um empecilho ao crescimento e desenvolvimento econômico, faz-se mister a responsabilidade empresarial. As atividades econômicas potencialmente causadoras de impactos ao meio ambiente estão sujeitas ao controle pelo Poder Público, já que o art. 225 da CF estabelece sua defesa como um dever da Administração Pública (BRASIL, 1988).

Portanto, os limites estabelecidos pelo princípio da função social da empresa privilegiam as mais variadas áreas do direito, como se pôde verificar, no âmbito do Direito Civil, Trabalhista, Consumerista, Ambiental, dentre outros.

### **3 DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL**

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 43) leciona que o Direito Comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços das quais todos necessitamos para viver.

Segundo análise de Marcelo Gazzí Taddei (2002), pode-se dizer que, no Brasil, o Direito Comercial surgiu em 1808 com a chegada da família real portuguesa e a abertura dos portos às nações amigas. Logo, as atividades comerciais brasileiras eram disciplinadas por leis portuguesas, e, subsidiariamente, pelos Códigos Comerciais da Espanha e da França, em cumprimento à “Lei da Boa Razão” que estabelecia que em caso de lacuna da lei portuguesa estes deveriam ser aplicados. Em 1834, uma comissão de comerciantes apresentou ao Congresso Nacional um projeto de Código Comercial, que tramitou por mais de 15 anos, e, finalmente, originou o primeiro Código Comercial brasileiro, consagrado pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, que sofreu forte influência portuguesa, francesa e espanhola.

Como nos relata Fábio Ulhoa (2013, p. 30), muito embora já viger um código regularizando a situação comercial anteriormente deveras confusa, a confusão permaneceu, desta feita por conta de uma lacuna no Código que não estabeleceu uma enumeração dos “atos de comércio”, o que impediu a classificação de certas atividades

econômicas como sendo de natureza comercial. As dificuldades encontradas na definição do caráter comercial das relações jurídicas conduziram à adoção da teoria italiana da empresa para caracterizar determinadas atividades econômicas como comerciais, caracterizando um período de transição do Direito Comercial brasileiro tendo em vista que tal teoria ganhou prestígio na doutrina e na jurisprudência, o que culminou no surgimento de diversas leis tratando das mais variadas matérias, como por exemplo, a Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404/76; Lei de Defesa da Livre Concorrência, nº 8.884/94; Lei de Registro Público de Empresas, nº 8.934/94; Novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, nº 9.279/96; dentre outras.

Bastante pertinente a análise que faz Giovanna Teles (2007) no sentido de que, com o advento da Carta Magna de 1988, foram criadas regras gerais com fortes traços liberalistas, porém, impondo também uma visão social. O antigo comportamento empresarial de gerir as atividades comerciais como bem lhe aprouvesse passou a ser limitada, dada a sua relevante função de responsável pelo desenvolvimento do próprio ser humano, como também da sociedade em geral. Não que o intuito do lucro tenha ficado em segundo plano, mas paralelo ao comprometimento da empresa com o bem estar social, inclusive com o meio ambiente.

Surgiu então o novo Código Civil de 2002, responsável pela revogação da primeira parte do Código Comercial, e suas disposições vieram fortalecer a visão da função social da empresa já introduzida pela Constituição Federal, tendo em vista que o caráter individualista e patrimonialista do CC/16 foi superado, o que contribuiu para a supremacia da sociedade e do bem comum. Finda, portanto, a antiga discussão quanto ao que configurava ou não “ato de comércio”, já que a primeira parte do Código Comercial era exatamente a que tratava deste tema.

Com efeito, Marcelo Taddei (2002) nos esclarece que o Direito Civil passou a regular tanto o que já lhe cabia, quanto os fatos que antes eram juridicamente considerados de natureza comercial. Desaparece, portanto, a noção jurídica de "ato de comércio", e sobrepuja-se a noção de "comerciante" com o nascimento da figura jurídica de "empresário" em decorrência da denominação “Direito de Empresa” adotada no novo Código Civil. Cabe ressaltar que a revogação e avocação do regulamento de parte do Código Comercial não fere de forma alguma sua autonomia,

pois os demais objetos de regulação do Direito Comercial continuam inalterados, a saber, falência, títulos de créditos, marcas e patentes, direito societário, registro de empresas, etc.. Portanto, não obstante as promissoras mudanças com o advento do CC/02, lamentável é que no seu Livro II, que trata especificamente do direito das empresas, o legislador tenha desperdiçado a oportunidade de regulamentar, expressamente, a função social das empresas. O que nos remete justamente ao ponto crucial do presente estudo, que é o iminentecandidato a novo Código Comercial.

#### **4 DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL**

Uma das grandes mudanças que o Projeto de Lei nº 1.572, de 2011, propõe é tornar expresso o princípio da função social da empresa, o que lhe conferiria maior força normativa, coercibilidade, tendo em vista que não mais dependeria de uma interpretação extensiva da Constituição e do Código Civil.

Cabe relatar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento no ano de 2005 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950, proposta pela Confederação Nacional do Comércio – CNC – em desfavor do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Em suma, o objetivo era a declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo, cujo fim era assegurar a meia entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino, em casas de diversão, esporte, cultura, e lazer; como se pode auferir do que segue:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÓMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÓMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações

excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 1950, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153).

Ao julgar improcedente tal ação de inconstitucionalidade, a Suprema Corte demonstra que num juízo de ponderação entre princípios e regras, o interesse coletivo é que há de ser preservado. E isso não é outra cousa, senão o reconhecimento da função social da empresa em um caso concreto, o que resta de fácil percepção após o que já foi até aqui relatado.

Não obstante todos os benefícios do princípio ora em estudo, que, como visto, não se restringem só à coletividade, sua previsão expressa, tem causado preocupação a alguns setores da economia, seja por ser confundido com filantropia, ou pela não compreensão da concepção de responsabilidade social, ou mesmo pela aflição com o dever de “sustentabilidade ambiental”. O fato é que tal princípio já existe, apenas não expressamente, portanto, não há motivos para alardes.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de tudo que foi exposto acerca do princípio da função social da empresa e do Código Comercial, fica a reflexão no sentido de a empresa representar mais do que uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, mas também comprometida com a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, que consistem nos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Nesse sentido, faz-se necessário e essencial que toda e qualquer atividade contribua para o bem estar social. Sendo assim, a atividade empresarial deve atender não só a interesses individuais, mas também aos interesses comunitários, valorizando também a pessoa humana, seja na condição de cidadão comum, seja na de funcionário da empresa.

Atualmente, encontra-se totalmente ultrapassado o caráter eminentemente individualista que predominou com o liberalismo. Não mais de admite uma visão meramente patrimonial, indiferente à realidade social. A empresa, enquanto responsável pela circulação de riquezas e produção de bens e serviços, representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica, logo, não se pode admitir a percepção de lucros a alguns com prejuízo a terceiros ou à sociedade como um todo.

Portanto, a empresa terá cumprido sua função social na medida em que em seu exercício obedecer aos princípios inscritos no artigo 170 da Constituição Federal, efetivando não apenas uma realização individual, mas de toda uma coletividade, aspirante de uma sociedade econômica e socialmente equilibrada, o que será facilitado com a previsão expressa desse princípio que já vem servindo como fundamento na apreciação de casos concretos.

Nesse sentido, o empresário pode utilizar todos os meios possíveis para alcançar a finalidade de sua atividade, desde que observe os ditames legais. Esse comportamento configura uma obrigação frente a imposição legal, o que notoriamente difere de filantropia, que é uma responsabilidade social não coercitiva. Vale ressaltar que, ao contrário do que se pode pensar, o cumprimento de tais obrigações junto às comunidades pode até proporcionar mais lucros, conforme foi demonstrado nesse estudo. Ressalte-se que o fato de o princípio da função social da empresa não estar

previsto de forma expressa atualmente não torna sua aplicação dispensável, tampouco opcional. O princípio ora em estudo está presente de forma implícita no ordenamento, sendo que a atividade empresarial já está submetida a este, não havendo então motivo para alardes frutos de interpretação equivocada por parte dos empresários do que realmente significa a mudança no novo Código Comercial, que nada mais é que sua previsão expressa. Frise-se que, como visto, a função social da empresa já serve até de embasamento e fundamentação em decisões judiciais.

## REFERÊNCIAL TEÓRICO

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETO, Lucas HayneDantas. **Função social da propriedade: análise histórica**. In Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7164>>. Acesso em: 16 fev. de 2013

BRASIL. Constituição (1988) Constituição a República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 1950, Brasília, DF, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>> Acesso em: 18 fev. 2013

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 319-4, Brasília, DF, 03 de março de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>> Acesso em: 18 fev. 2013

\_\_\_\_\_. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 1.572**, de 2011. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 15 fev. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - Direito de Empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. I.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Evolução histórica dos princípios econômicos da Constituição**. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). Direito empresarial público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FARIAS, Talden Queiroz. **Licenciamento ambiental e responsabilidade empresarial**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26881-26883-1-PB.pdf> > Acesso em 18 fev. 2013

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Orgs.). **Direito empresarial contemporâneo**. Marília: Unimar, São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica**. 15ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL Júnior, João Carlos, PIRES, Natália Taves, HAMDAN, Janaina Lumy & FREITAS Filho, Julio César de. **A função social como princípio constitucional e a sua instrumentalização**. In *Diritto&Diritti*, 2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26586.html>>. Acesso em 16 fev. 2013.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 4ed. Sao Paulo: Atlas, 2005.

PEREZ, Viviane. **Função Social da Empresa**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso>>.

com.br/shared/download/funcao-social-empresa.pdf> Acesso em 17 fev. 2013

SIQUEIRA, Maria Rita Braga de. **A função social da empresa à luz do princípio da solidariedade.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19917-19918-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2013.

TELES, Giovana Filomena Silveira. **A Função social da empresa.** Disponível em: <[http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13\\_convidado\\_giovanna.pdf](http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_giovanna.pdf)> Acesso em 17 fev. 2013.

TADDEI, Marcelo Gazzí. **O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro.** Jus Navigandi. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3004>>.

TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. **A função social da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 810, 2003.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A Função Social Da Empresa Como Forma De Valorização Da Dignidade Da Pessoa Humana.** 2006. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2013.

# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL

Naila Fortes e Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo o estudo do princípio da cooperação processual como ferramenta necessária à obtenção de um processo judicial que obedeça aos princípios fundamentais da razoável duração do processo, do devido processo legal, do contraditório e a sua influência na busca pela efetiva tutela jurisdicional.

**Palavras-chave:** Processo, cooperação, efetiva tutela jurisdicional.

**ABSTRACT:** This article has as objective the study of the principle of cooperation procedure as a tool necessary for the achievement of the judicial process that conforms to the fundamental principles of reasonable duration of the procedure, the due process of law, the contradictory and its influence in the search for effective judicial protection.

**Keywords:** Process, cooperation, effective judicial protection..

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade do princípio da cooperação processual na busca pela efetiva tutela jurisdicional. Estuda-se mais especificadamente o princípio da cooperação processual. Desde suas origens, numa análise comparada, passando pela sua conceituação e culminando nos seus efeitos no órgão judicante, qual seja, o magistrado. Apresentam-se neste capítulo inúmeros julgados que provam a aplicação nos tribunais do aludido princípio na prática processual.

No outro capítulo aborda-se de forma mais direta de como a aplicação do princípio da cooperação processual leva o processo civil para uma efetividade maior, sendo inclusive considerado o melhor modelo processual para o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho, pós-graduanda *latu sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília -UCB, Advogada e Professora do curso de graduação em Direito no Instituto Camillo Filho- ICF e no Centro de Ensino Superior do Vale do Parnaíba – CESVALE.

E, por fim, a conclusão fecha o presente trabalho abordando a evolução do Processo Civil, com a aplicação do princípio em estudo, fazendo uma alusão inclusive ao anteprojeto que visa modificar o Código de Processo Civil.

A metodologia aplicada baseia-se na tanto no estudo doutrinário, histórico e comparativo como na letra da lei, uma vez que se estuda um princípio implícito do sistema processual civil e correlaciona-o com os princípios fundamentais constitucionais.

A técnica empregada foi pesquisa bibliográfica e documental, bem como artigos da internet, importantes, pois o assunto tratado, embora muito abrangente contemporâneo, tem pouca doutrina específica..

## **1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO**

### **1.1 Conceito e Direito Comparado**

De origem no direito alemão, ao abordar as formas de conduta material do processo, o Princípio da Cooperação tem ampla aplicação no direito europeu. Pode-se de forma expressa citar o artigo 266 do Código de Processo Civil de Portugal, in verbis:

#### ARTIGO 266.º

(Princípio da cooperação)

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º.
4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Daí depreende-se um significado ao princípio da cooperação, onde as partes integrantes do processo devem interagir ativamente com o fito de conclusão de um processo justo, célere e, portanto, eficaz.

Desta ideia surge a consagração do referido princípio como angular e exponencial do processo, propiciando aos juízes e mandatários uma cooperação em prol da justiça efetiva no caso concreto.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. (DIDIER, 2011, p.83)

Fredie Didier Jr. (2007, p.56) conceitua de forma concisa o princípio em análise como sendo aquele que “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.

Questiona-se como seria possível essa mudança de polaridade do Agente-Juiz, tornando-o mais participativo no processo. Segundo o doutrinador Fredie Didier (2007, p.53), em acertada disposição, “essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais”, como disposto no artigo 131 e 461, §5º da lei processual civil pátria. A postura a ser tomada tem que ser de diálogo entre as partes e destas com os demais sujeitos processuais, a fim de dirimir eventuais dúvidas, prestar esclarecimentos, evitando assim um resultado não-querido e inesperado. Consistindo assim no ativismo do órgão julgante de conduzir a atividade jurisdicional.

Desta forma, observa-se a “inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como mero espectador do duelo das partes (DIDIER, 2011, p.83)”.

Tal princípio está previsto expressamente também no direito francês, a saber, no artigo 16 do Novo Código de Processo Civil Francês, que dispõe:

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar

ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.

A disposição no ordenamento francês aponta para uma necessidade crucial na aplicação do princípio da cooperação, qual seja a observância em todos os atos processuais do princípio do contraditório, princípio este basilar de toda a relação processual.

## **1.2 Deveres do magistrado**

A obediência ao princípio em questão gera para o magistrado deveres em relação ao processo. A doutrina moderna enumera esses deveres como sendo: dever de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio às partes. Pormenoriza-se a seguir cada um deles.

### **1.2.1 Do dever de esclarecimento**

O Código de Processo Civil Português dispõe de forma expressa sobre tal dever, in verbis: “3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos...”

Importante destacar também o item 2 desse mesmo artigo que trata sobre a oitiva das partes e de seus representantes legais sempre que convidados a esclarecer matéria de fato ou de direito. É exatamente essa participação ativa de forma a esclarecer os atos do processo que deriva do princípio da cooperação, com o intento de gerar um processo claro e livre de controvérsias, resultando assim em uma decisão final justa, célere e em acordo com a realidade de fato.

O douto mestre Fredie Didier Jr. (2007, p.53) explicita de forma brilhante a repercussão do dever abordado:

(...) se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento



de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo)(...)

Assevera ainda o douto jurista que não deve o magistrado indeferir de pronto uma petição inicial, consubstanciando na obscuridade do pedido ou da falta de pedir, sem primeiro arguir o demandante de tal dúvida, fazendo o mesmo prestar esclarecimentos.

Obedecido o dever em questão tem-se um processo livre de controvérsias, ambiguidades, dúvidas, obscuridades ou até mesmo omissões, permitindo assim um ato decisório pleno e em conformidade com o fato e com o Direito.

### 1.2.2 Do dever de prevenção

Entende-se como a atividade exercida pelo magistrado no intuito de se prevenir as partes envolvidas no processo quanto a possíveis incompletudes de suas alegações e pedidos. Com maestria Fredie Didier (2007, p.58) dispõe deste dever como o de “apontar as deficiências das postulações da parte, para que possam ser supridas”.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se este dever consagrado no artigo 284 do Código de Processo Civil, in verbis:

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Resta claro o dever do magistrado de atentar para o preenchimento dos requisitos exigidos processualmente e intimar as partes, oportunizando assim o saneamento e conseqüentemente o cumprimento da lei processual. Este desdobramento do princípio da cooperação pode e deve ser entendido de forma ampla, não somente quanto ao recebimento da petição inicial, sendo utilizado em todo o deslinde processual até a decisão final. Sendo assim, cabe ao magistrado indicar qual o tipo de providência jurisdicional adequada, não podendo, por exemplo, reconhecer a carência de ação, sem antes oportunizar a correção do ato processual.

O dever de prevenção, portanto, refere-se à participação ativa do magistrado no processo, alertando as partes sobre o uso inapropriado, inadequado, vago, ou até mesmo errôneo dos preceitos e determinações da legislação processual, assegurando desta forma um processo célere, sem dilações desnecessárias, justo, de acordo com as determinações legais e, portanto, eficaz em todos os seus termos.

### 1.2.3 Do dever de consulta

O princípio do contraditório, disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” –, sendo um princípio basilar de todo o ordenamento processual deve ser observado por todas as partes, em especial o magistrado condutor do processo.

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes da demanda, quando “ouve” uma, necessariamente deve oportunizar a manifestação da outra, somente assim dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o seu convencimento.

Fredie Didier Jr. (2007, p.57) resumidamente preceitua: “deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.”

Utilizando-se ainda o Direito Português como basilar do princípio em estudo, tem-se no art. 3º, item 3 do Código de Processo Civil Português a seguinte disposição:

3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

O dever de consultar as partes, então, deriva da necessidade de prévia manifestação dos integrantes do processo antes da prolação de uma sentença, que não pode ser baseada somente em elementos fáticos ou jurídicos.

Tal desdobramento do princípio da cooperação torna ainda mais participativo

processualmente a pessoa do magistrado, uma vez que a sentença por ele prolatada não pode ser objeto de uma ação cognitiva tomada em separado, sendo necessária a efetiva oportunidade de apresentação das razões das partes e a demonstração de sua interpretação às razões de fato e de direito, oportunizando às mesmas suas visões sobre o julgamento da causa.

O diálogo e a interação entre as partes processuais mostrando-se além de necessário, imprescindível para um deslinde justo e em concordância com o ordenamento jurídico pátrio.

#### 1.2.4 Do dever de auxiliar as partes

O órgão judicial tem o dever de intervir e auxiliar a parte em caso de dificuldade no cumprimento de determinado ônus ou quanto aos deveres que lhe incumbem, com o propósito de solucionar o problema derivado de uma impossibilidade processual, resultando numa sentença mais adequada ao caso concreto.

De forma bastante clara a legislação portuguesa dispõe sobre esse desdobramento:

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Resta então configurada a necessidade de participação efetiva do órgão judicante, não somente como mero prolator da decisão final, mas como membro participativo na demanda, cooperando assim para um deslinde justo e em conformidade com os fatos e com o Direito.

### 1.3 Decisões de Tribunais relacionadas ao Princípio da Cooperação

É sabido que hodiernamente se discute na doutrina a aplicação do princípio constitucional e processual da cooperação no processo civil moderno, buscando a tradução de um Estado Democrático de Direito, com a participação ativa do magistrado e sua relação com as partes da demanda.

Ocorre que, os tribunais, acertadamente, já decidiram utilizando-se do princípio da cooperação como uma orientação angular do processo civil moderno, encarando o magistrado não só como fiscal de regras, mas como agente-colaborador do processo.

Segue decisão claramente justificada e contextualizada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSO CIVIL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ONUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Não pode o agravante transferir para o Estado-Juiz o ônus de provar seu direito.

2. No moderno processo civil vem-se adotando o "princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras". No caso dos autos, a magistrada cooperou com o bom andamento do feito, dialogando com as partes envolvidas com o intuito de esclarecer suas dúvidas e prevenir as partes. Não houve cerceamento de defesa.

3. Negou-se provimento ao recurso.  
TJ-DF(20080020194812AGI, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 23/04/2009, DJ 11/05/2009, p. 78) [sem grifos no original]

Reiteradas são as decisões que substanciam a atividade jurisdicional de forma ativa e participativa, resultando num processo eficaz, por ser isento de dúvidas e em obediência aos preceitos legais. Segue, com fito meramente exemplificativo decisões dos Tribunais Regionais Federais:

MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CARÁTER PREPARATÓRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DENTRO DO PRAZO.

1. Em sede de medida cautelar fiscal preparatória, não se aplica a regra geral do artigo 806 do CPC, que impõe a propositura da ação principal em 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar, mas sim a regra específica do artigo 11 da Lei nº 8.397/92, que determina a propositura da execução fiscal no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa.

2. No caso, ainda que não conste dos autos a data em que se tornaram irrecorríveis na via administrativa cada um dos débitos, percebe-se que, ao menos em relação a alguns deles, certamente não transcorreu o prazo exigido para propositura da respectiva execução. Sendo assim, não se pode cogitar da extinção da presente medida cautelar.

3. Quanto aos demais débitos, em relação aos quais não se pode firmar juízo de certeza sobre o cumprimento da exigência do artigo 11 da Lei nº 8.397/92, mister seja determinada a intimação da requerente para que, no Juízo a quo, demonstre o ajuizamento do respectivo processo principal. Esta providência se faz necessária em atenção ao princípio da cooperação, que impõe ao juiz, dentre outros deveres, o dever de esclarecimento junto às partes quanto a eventuais dúvidas, "para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas" (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. 11a ed. v. 1. 2009. p. 51).

4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC 200970990027137, MARCOS ROBERTO ARAUJO DOS SANTOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 13/10/2009)

[sem grifos no original]

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. JUNTADA DE INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS DATAS DE ENTREGA DAS DECLARAÇÕES DE RENDIMENTO. SÉRIAS DÚVIDAS QUANTO À OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

1. De maneira que apenas o despacho ordenando a citação possui o condão de interromper o prazo prescricional, não se pode exigir, para a sua prática, que traga previamente a exequente aos autos as cópias das declarações de rendimentos que deram origem aos créditos tributários.

2. Legítima a providência requerida pelo Juízo a quo quando solicita informações à exequente acerca das datas de entrega das declarações, bem como acerca da existência de possíveis causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, porquanto, ainda que se trate de matéria passível de cognição de ofício pelo juiz, existem sérias dúvidas sobre a ocorrência ou não da prescrição. Em verdade, a providência requerida pelo Juízo a quo representa desdobramento do princípio da cooperação, que impõe ao juiz, dentre outros deveres, o dever de esclarecimento junto às partes quanto a eventuais dúvidas.

3. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AG 200904000254580, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 20/10/2009)

[sem grifos no original]

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DEFEITO NA EXORDIAL. DETERMINAÇÃO DE EMENDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE DE NOVA EMENDA. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.

1. A hipótese é de Apelação interposta por Particular em face de sentença proferida pelo MM. Juízo a quo que, em sede de cumprimento de sentença, relativa à atualização monetária de

depósitos do FGTS, indeferiu liminarmente a petição inicial executiva, ante o não cumprimento do despacho seneador e extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

2. Apesar de constatar que o Magistrado singular atendeu ao disposto no art. 284, da legislação processual civil, determinando a emenda à Inicial, com base nos regramentos devidos, o defeito da petição, no caso, o pedido de execução de sentença com base no art. 730 do CPC, que rege o procedimento direcionado à Fazenda Pública, e não nos arts. 652 e/ou 632 do CPC, uma vez que a Executada é Empresa Pública, por ser facilmente sanável, possibilita nova determinação de emenda à Exordial.

3. O dever de prevenir, inserto no princípio da cooperação, encontra respaldo no disposto no art. 284, do CPC, que abre espaço ao Magistrado a participação da lide, a fim de que determine emenda à inicial que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito. Possibilita, inclusive, a realização de mais de uma determinação de emenda, acaso a primeira não tenha sido satisfatória.

4. Apelação provida.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região (AC 200105000012744, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 24/09/2009)

[sem grifos no original]

O princípio da cooperação é utilizado de forma ampla e irrestrita por diversos ramos do Direito, não só o processual civil. A guisa de exemplificação, segue decisão prolatada em processo criminal, utilizando-se do instituto ora estudado como forma de garantir a legalidade processual.

REVISÃO CRIMINAL. NÃO PREENCHIMENTO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. A revisão criminal é admitida somente na hipótese de sentenças condenatórias e sentenças absolutórias impróprias (onde é imposta medida de segurança).

(...)

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. DEVER DO JUIZ DE APONTAR EVENTUAIS IRREGULARIDADES DO PROCESSO, INDICANDO A SOLUÇÃO. Tendo em vista o princípio da cooperação (extraído do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da Constituição Federal), que impõe ao magistrado o dever de proteção/prevenção (o juiz, ao constatar um defeito no processo, tem o dever de apontá-lo e dizer como deve ser corrigido), examina-se a questão suscitada, para evitar a ocorrência de possível nulidade no trâmite do processo.

(...)

Destarte, na ótica deste Órgão Julgador, para que não haja nulidade no trâmite do processo, deve o requerente ser submetido a julgamento pelo Conselho de Sentença, mas essa recomendação

é feita apenas a título de sugestão, com base no princípio da cooperação. Pedido revisional não conhecido.  
TJ-RS (Revisão Criminal Nº 70028649424, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 05/06/2009)  
[sem grifos no original]

Também no processo penal cabe a participação efetiva e ativa do órgão julgante, esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. Como se pode perceber e concluir da colação jurisprudencial, o princípio da cooperação rompeu o campo da doutrina e das discussões teóricas e, acertadamente, atingiu o campo prático. Resultado de uma evolução processual que converge na utilização de todos os meios possíveis para o alcance da efetiva tutela jurisdicional.

## **2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL**

O princípio da garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) exsurge no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa no bojo da denominada “Reforma do Judiciário”<sup>2</sup>, com o advento da Ementa Constitucional de nº 45. Observa-se, contudo, que se entremostra prescindível, por se tratar de desdobramento lógico do efetivo direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

É inegável que o resguardo de um tempo razoável ao processo privilegia e propicia uma maior segurança à justiça. Contudo, isso não justifica uma cognição exauriente de efeitos danosos e reprováveis. Barbosa Moreira anota que efetividade comporta dose inevitável de fluidez, procurando sintetizar o seu conteúdo em cinco postulados.

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares

---

<sup>2</sup> Momento em que houve uma série de mudanças no Poder Judiciário e na legislação. Teve como marco a Emenda Constitucional de nº 45 e tinha o fito de moralizar e acelerar a prestação jurisdicional.

dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias. (BARBOSA MOREIRA, 2011)

A efetividade do processo só ocorrerá com o equilíbrio entre a duração do mesmo e um processo de instrução capaz de fornecer todos os subsídios para solução justa e igualitária da lide. Desta feita, tem-se no princípio da cooperação processual um meio capaz de promover uma cognição adequada ao magistrado, sem, contudo, prejudicar a razoável duração do processo.

Na aplicação direta do princípio da cooperação processual nota-se uma preocupação com os princípios fundamentais da Constituição Federal. A doutrina tem considerado este modelo processual como o mais adequado no Estado Democrático de Direito, nomeando-o de “modelo participativo do processo” (NUNES, 2011, p.84).

Fredier Didier Jr. explicita em sua obra que este seria “o modelo de direito processual civil adequado à cláusula constitucional do devido processo legal e ao regime democrático (DIDIER, 2011, p.85).” Diz ainda:

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Além da obediência e total congruência com o princípio do devido processo legal, o princípio da cooperação processual garante subsídio ainda ao princípio do contraditório, quando assegura às partes litigantes o poder de influenciar através de depoimentos e manifestações na solução da lide controversa.



Em verdade, a razoável duração do processo pressupõe um equilíbrio entre os valores celeridade processual e segurança jurídica. A rapidez dos atos processuais jamais pode comprometer o respeito ao devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa, sob pena de a brevidade gerar a arbitrariedade do juízo.

É válida uma preocupação com a demora excessiva do processo, “desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional”.(NEVES, 2010, p.73)

No contexto, segue irretocável lição de Didier, ao tratar sobre o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas:

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles. (DIDIER, 2009, p.55)

Seguindo a mesma esteira de raciocínio, assim se posiciona Paulo Hoffman:

Outrossim, fazemos novamente a ressalva de que não se pode, à custa de um processo mais célere, afrontar as garantias do devido processo legal nem gerar insegurança para as partes, tampouco forçá-las a compor-se contra a vontade. Tanto é inaceitável um processo extremamente demorado como aquele injustificadamente rápido e precipitado, no qual não há tempo hábil para produção de provas e alegações das partes, com total cerceamento de defesa. (HOFFMAN, 2006, p.41)

Também José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar sobre o futuro da Justiça, aponta que “a rapidez acima de tudo” é um mito, concluindo que:

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não

se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço. (MOREIRA, 2004,p.5)

Assim, é essencialmente a estabilidade entre tais variáveis, celeridade e segurança, que compõe a noção de efetividade da tutela jurisdicional<sup>3</sup>, a qual, por sua vez, está intimamente relacionada ao tempo do processo, pois, reitere-se, “a demora desnecessária pode acarretar danos irreversíveis ao demandante, ao passo que a exagerada celeridade pode comprometer a segurança da prestação” (VIANA, 2011, p.16)

Afinal, uma tutela que não seja efetiva, registrando que a razoável duração do processo geralmente vem associada à concepção de prestação jurisdicional não apenas célere, mas também efetiva, não pode ser caracterizada como legítima manifestação do Estado democrático, o qual possui a pacificação social como missão precípua.

A aplicação direta do princípio da cooperação processual visa transformar o processo judicial em um trabalho cooperativo e de integração entre as partes e o órgão judicante, visando uma solução sem as dilações desnecessárias, devidamente e amplamente fundamentada, sem que haja prejuízo a nenhum dos polos processuais.

É sabido que o presente momento do Direito Processual é de mudança e adaptações, as quais devem envolver o aperfeiçoamento técnico, jurídico e legislativo, de modo a alcançar a tutela jurídica do caso concreto. A absorção desse conceito de cooperação processual lança aos juristas e legisladores o desafio de um processo civil cooperativo.

Quando se refere a acesso à justiça, a Constituição Federal o faz de maneira ampla. Sendo assim, não restringe-se ao mero uso da máquina judiciária, mas sim o seu uso adequado e condizente com os interesses sociais, levando ao que se conhece como efetiva tutela jurisdicional.

---

<sup>3</sup> “Efetividade tem relação direta com a utilidade que o provimento jurisdicional possa produzir para os jurisdicionados”. (GALDINO, 2011. P.22)

Não há que se falar em efetividade da tutela de julgar do Estado se a ação perdura mais tempo que o devido, ou se a decisão tomada pelo magistrado é incompleta, errônea ou prematura. É aí que o cooperativismo processual entra, pra dirimir os conflitos ou incompletudes processuais, de forma célere, completa e eficaz.

A evolução na proteção desses princípios fundamentais traz alterações que transcendem o campo ideológico e doutrinário, passam pela aplicação prática, como corroborada pela jurisprudência citada no capítulo anterior, e chega ao campo legislativo, como veremos na Conclusão deste trabalho, nos comentários ao Anteprojeto do Código de Processo Civil.

#### **4 CONCLUSÃO**

Analisando o Anteprojeto do Código de Processo Civil observa-se que a Comissão elaboradora criou um Capítulo que agrega os princípios constitucionais, sobretudo os de aplicação processual. Conclui-se então que o movimento de constitucionalização do Processo Civil se entremostra evidente e incentivador das mudanças processuais.

Consta da proposta do anteprojeto a expressa assimilação do princípio da cooperação pelo direito positivado. Restará claro que: "As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência" (art. 5º). E mais expressamente: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício" (art. 10º).

A proposta moderna e inovadora do princípio da cooperação trouxe evolução para o Direito Processual Civil, que deve ser tido agora como uma forma integrada e eficaz de resolução de conflitos. Deixa-se de lado o processo meramente inquisitório, e regido por uma autoridade judicante que se mantinha afastada e superior a lide. Todas as partes, inclusive a julgadora, integram-se em prol da elucidação dos fatos e de uma solução eficaz para o direito trazido ao Judiciário.

A democracia ultrapassa o campo político-ideológico e norteia também o campo jurídico, fazendo com que o trabalho processual seja mais célere e igualitário quando tomado de uma posição cooperativa.

A perspectiva inovadora da instrumentalidade cooperativa propõe essa releitura do sistema processual, levando o exercício da função jurisdicional a um desenvolvimento com a colaboração e o diálogo entre as partes e destas com o órgão judicante, com divisão igualitária de poderes e deveres dentro do processo. Tudo isso com a finalidade de se encontrar a célere e adequada solução ao caso concreto através da atividade em conjunto dos sujeitos processuais.

Quando se refere ao ativismo do magistrado, tem-se que “o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (DIDIER, 2011, p.85). Os deveres de cooperação do órgão judicante fazem-se resumidos em quatro: dever de consulta, prevenção, esclarecimento e auxílio às partes.

Sendo leal, protetivo e esclarecendo possíveis dúvidas fáticas ou até mesmo legais, o magistrado participa efetivamente do processo, trazendo celeridade ao mesmo, obedecendo ao devido processo legal.

Na realização de uma efetiva tutela jurisdicional, faz-se necessária a presença de todas as partes processuais, inclusive a julgadora, para tornar célere, justa e igualitária a decisão tomada no caso concreto.

Com este estudo, conclui-se que o princípio da cooperação tomado de forma plena e irrestrita obedece aos preceitos constitucionais e traz às partes ligantes o devido processo legal, regido pelo contraditório e culminando na efetividade da tutela jurisdicional.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. **A efetividade do processo e técnica processual.** Disponível na Internet: [http://videos.verbojuridico2.com/AssessorMP/Assessor\\_MP\\_Direito\\_Consumidor\\_Alexandre\\_Lipp\\_Aula1\\_22-02-11\\_Parte13\\_finalizado\\_ead.pdf](http://videos.verbojuridico2.com/AssessorMP/Assessor_MP_Direito_Consumidor_Alexandre_Lipp_Aula1_22-02-11_Parte13_finalizado_ead.pdf). Acesso em 02 de agosto de 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988

COSTA JR, Emanuel de Oliveira. **O princípio processual da cooperação.** Clubjus, Brasília-DF: 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11178>>. Acesso em: 02 de agosto de 2011.

DIDIER JR, Freddie, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 1, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR, Freddie, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 1, Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

GALDINO, Flavio; KATAOKA, Eduardo Takemi; TORRES, Ricardo Lobo, organizadores; TORRES. Silvia Faber, supervisora. **Dicionário de princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo.** SP: Quartier Latin, 2006.

YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. **O princípio da cooperação processual e a nova redação do art. 265 do CPP.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2141, 12 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12824>>. Acesso em: 03 ago. 2011/06 abr. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Médoto, 2007.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 02 de agosto de 2011.
- PORTUGAL, LEGISLAÇÃO. **Código de Processo Civil**.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003
- SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. 10 ed. São Paulo: Método, 2009..
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 1v. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- VIANA, Adriana Grandinetti. **A Razoável Duração do Processo como Mecanismo de desenvolvimento Social**. P. 16 8. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2008-06-13T104547Z871/Publico/Adriana\\_Grandinetti.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-06-13T104547Z871/Publico/Adriana_Grandinetti.pdf)>. Acesso em: 02.12.2011

# CRIME E VIRTUDE NA FILOSOFIA MORAL GREGA E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

## CRIME AND VIRTUE IN GREEK MORAL PHILOSOPHY AND THE CRITICAL CRIMINOLOGY

Bruno Cortez Torres Castelo Branco<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo trabalha a noção de crime existente nas reflexões éticas dos três grandes filósofos gregos – Sócrates, Platão e Aristóteles. O primeiro, utilizando-se da ironia e da maiêutica, questionava os conceitos pré-formulados pela tradição e aceitos quase que de forma automática pelos atenienses e considerava que criminoso é aquele que comete um ato sem compreender o prejuízo que acarreta à coletividade - posto que se soubesse o que é certo, agiria de outra forma. O segundo acreditava que os homens só são justos porque temem o castigo e seu conceito de pena está diretamente relacionado como retribuição do mal praticado em vida, de modo que quanto mais grave o crime tanto maior seria também a sua expiação. O terceiro, por sua vez, inverte completamente a concepção ética platônico-socrática de que o ser humano já nasceria ou não virtuoso, como se fosse uma dádiva divina impregnada na própria alma. Todas essas ideias atravessaram o tempo e continuam a tilintar o imaginário social e a política criminal de uma forma geral, fazendo mister expor a genealogia de tais perspectivas teóricas e sua presente inadequação frente à crítica criminológica.

**PALAVRAS CHAVE:** ética grega – justiça – criticalcriminology

**ABSTRACT:** The article works the notion of crime existing in the ethical reflections of the three great Greek philosophers - Socrates, Plato and Aristotle. The first, using irony and maieutic, questioned the pre-formulated concepts of tradition and accepted almost automatically by the Athenians and believed that criminal is one who commits an act without understanding the harm it brings to the community - since if you knew what is right, act otherwise. The second thought that only men are righteous because they fear punishment, and his concept of shame is directly related as retribution of evil practiced in life, so that the more severe the greater crime would also make atonement. The third, in turn, completely reverses the Platonic-Socratic ethical conception that humans already born or not virtuous, like a soul steeped in divine gift. All these ideas have crossed time and continue to clink the social imaginary and criminal policy in general, doing mister expose the genealogy of such theoretical perspectives and their present innappropriationfrom the critical criminology..

**KEYWORDS:** Greek ethics – justice – critical criminology

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Penal na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito na Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Advogado.

# 1 INTRODUÇÃO

Direito e Moral têm sido enfrentados como espaços autônomos, sem vinculação direta, vez que nem tudo que está no Direito pode-se considerar como sendo Moral. Aliás, nem sequer é possível falar em uma determinada moral, porque os costumes, sobretudo numa sociedade plural, podem variar enormemente, ao ponto de guardarem conceitos intrinsecamente antagônicos. Sendo assim, privilegiando esta ou aquela crença, a democracia restaria amplamente prejudicada.

Entretantes, a compreensão de que ao Direito não caberia salvaguardar apenas elementos morais decorreu de longo desenrolar histórico - isso porque a disseminação da "positivação" ou "codificação" é fenômeno relativamente recente. Na Grécia antiga, ato criminoso era a afronta às virtudes morais exaltadas na polis, tanto que a justificativa para a condenação de Sócrates à morte, como de todos sabido, foi a "corrupção da juventude". Corrupção das tradições, ora.

Autores há, como o jusfilósofo pernambucano João Maurício Adeodato, que consideram descabida qualquer discussão sobre se o direito tem conteúdo moral ou se é desvinculado dela, pois considera a ética como continente dentro do qual religião, moral, direito, etiqueta, política são conteúdos, ainda que diferenciados<sup>2</sup>. Mesmo um positivista como Herbert Hart admite que o desenvolvimento do Direito foi influenciado pela moral<sup>3</sup>. Não se quer com isso dizer, naturalmente, que a moral tenha força cogente tal qual o Direito, mas que discutir o segundo envolve necessariamente o primeiro.

Extirpar por completo a Moral do Direito poderia criar um texto inócuo, ou, como bem classificou Karl Loewenstein<sup>4</sup>, uma "constituição semântica", que nada reflete a realidade social que deveria efetivamente regular. Destarte, o presente trabalho almeja buscar nos gregos, mais especificamente em Sócrates, Platão e Aristóteles, preceptores dos grandes debates sobre a ética, as raízes filosóficas mais remotas quanto a finalidade atribuída à pena como resposta ao ato injusto e a ideia de virtude.

---

<sup>2</sup> ADEODATO (2010; p. 222-223).

<sup>3</sup> HART (1987; p. 31).

<sup>4</sup> MENDES (2010; p. 20).



## 2 ÉTICA E MORAL: CONCEITOS QUE NÃO SE CONFUEM

Não é possível falar sobre moral ou ética sem antes se definir o que propriamente são estes dois termos, muito frequentemente tratados como sinônimos. Como se poderia, por exemplo, discutir se a virtude pode ou não ser ensinada, sem saber primeiro o que ela é?

Etimologicamente, ética deriva do grego *ethos*. Ocorre que neste idioma há duas grafias para o mesmo termo, distinguindo-se apenas por um sinal gráfico<sup>5</sup>. Assim, *ethos* significa costumes, hábitos, valores predominantes numa sociedade (consciência coletiva), posteriormente traduzido para latim como *morise* depois para o português como "moral"; *ethos*, por sua vez, delinea-se como caráter, atributos pessoais, a personalidade do indivíduo.

A moral, portanto, cuida dos valores de uma comunidade, que podem variar de acordo com a sua maior ou menor complexidade, ou, conforme Durkheim<sup>6</sup>, da transição da solidariedade mecânica, típica de sociedades pré-capitalistas em que se compartilham basicamente as mesmas crenças, para a solidariedade orgânica, em que há maior diferenciação individual. Nesta última, a coesão social não estaria assentada na moral, vez que plural, mas em regras de conduta exteriores e coercitivas, de natureza estatal.

Ética é, por sua vez, a denominação dada ao ramo da Filosofia (também chamada de "Filosofia Moral") que se dedica à reflexão dos temas morais. Enquanto a Moral condensa os costumes obedecidos por uma comunidade, repassados pela tradição e pela autoridade, a Ética busca fundamentar e explicar racionalmente as ações morais para encontrar o melhor modo de viver, estudando, em suma, a conduta humana sob o viés da moral, investigando o sentido de termos como "bom", "mau", "certo" e "errado" numa dada comunidade.

Desta forma, seria inapropriado dizer que o cidadão X não tem ética porque desvia recursos públicos para fins particulares, se com isso se quiser expressar a falta

---

<sup>5</sup> CHAÚÍ (2006; p. 310).

<sup>6</sup> DURKHEIM (2007).

de honestidade do mesmo, sendo esse valor considerando relevante pela sociedade. Ética é filosofia, moral é costume.

### 3 RETÓRICA E DEFESA DA INJUSTIÇA

Sócrates é considerado o fundador da filosofia moral no Ocidente<sup>7</sup>, o grande pensador grego que formulou as mais intrigantes questões éticas já no século VI a.C, também chamado “século de Péricles” - período em que Atenas viveu o auge de sua democracia e enorme pujança econômica e cultural.

Utilizando-se da ironia e da maiêutica<sup>8</sup>, questionava os conceitos pré-formulados pela tradição e aceitos quase que de forma automática pelos atenienses, sem um juízo prévio reflexivo. Mas também não dava respostas prontas, deixando raciocínios inconclusos e ajudando o interlocutor, através de sucessivas perguntas, a “parir” as próprias ideias, chegando a uma conclusão racional sem precisar reproduzir o que foi dito por alguém – desconstrução da falácia de autoridade, em que o mais importante é quem diz, e não o que é dito. Como costumava abordar as pessoas em espaços públicos, seus ensinamentos foram estritamente orais, nada tendo escrito, de modo que seu legado foi repassado por seus discípulos.

Uma das maiores críticas do eminente pensador voltou-se aos sofistas, eruditos que se propunham a ensinar os mais diversos assuntos e persuadir o público através do discurso, independente da veracidade do mesmo e ainda que absurdo. Esse episódio é explicitado no diálogo “Górgias”, escrito por Platão, em que Sócrates indaga qual a profissão de Górgias, considerado o “pai da sofística”. Como de praxe, faz analogias para facilitar o entendimento: se pintasse quadros, seria pintor; se curasse pessoas, seria médico. Górgias responde que sua arte é a retórica e o seu objeto são os discursos, donde Sócrates retruca que há várias espécies de discurso, como o que indica aos doentes o modo de se tratar. Logo, conclui Sócrates, não é de todo discurso que a retórica se ocupa. No entanto, ensina a falar e a compreende os temas sobre que ensina a falar. Górgias então completa que os discursos aos quais se refere se restringem àqueles que não envolvem trabalho manual, utilizando-se exclusivamente

---

<sup>7</sup> CHAUI (2006; p. 311).

<sup>8</sup> Palavra grega que significa “parto”.

da palavra. Mas nem a aritmética ou a geometria recorrem necessariamente à ação, e nem por isso são consideradas objetos da retórica. O sofista tenta delimitar ainda mais, dizendo que cuida dos negócios humanos, “e os mais importantes”, conceito bastante vago, vez que o grau de importância de algo pode variar conforme o entendimento pessoal de cada um.

Mais a frente, Górgias é perguntado se consegue fazer orador qualquer um que seguir suas lições, deixando-o apto a conquistar as multidões não pela instrução, mas pela força da persuasão, advindo resposta positiva. Sócrates vai aos poucos evidenciando as bases do discurso sofista: ironizando se em matéria de saúde um orador teria mais força de convencimento diante das multidões que um médico, Górgias confirma e Sócrates replica: “Diante das multidões, quer dizer diante de ignorantes?”<sup>9</sup> O sofista corrobora novamente. Sócrates, então, afirma que o homem justo pratica ações justas e que, por conseguinte, o orador para ser justo também precisa praticar ações justas. E quando o orador usasse indevidamente do discurso para cometer uma injustiça, não haveria de ser responsabilizado? Apenas o orador, não o professor, diz Górgias.

Apontando a contradição do sofista, que admitia que ao orador caberia ser sempre justo, mas de outro lado poderia convencer ignorantes com inverdades, o que denotaria uma ação injusta, desleal. Entra na discussão Polo, amigo de Górgias, que pergunta a Sócrates que arte então seria a retórica, ao que este responde que não seria arte alguma, mas apenas uma rotina para produzir prazer e satisfação. Polo, conformado com o que para ele seria uma definição aceitável, pergunta então se a retórica não seria bela, vez que proporcionaria prazer aos homens, ao que Sócrates se surpreende, pois “rotina” não traduz conceito algum, sendo-a igualmente a culinária, por exemplo. E conclui: “O que denomino retórica é apenas uma parte de certa coisa que está longe de ser bela<sup>10</sup>”, pois exigiria apenas um espírito sagaz e corajoso para lidar com os homens, de modo que a reduz dando-lhe o nome de “adulação”, um simulacro de uma parte da política, pois só visa ao prazer, sem se preocupar com o bem.

---

<sup>9</sup> PLATÃO. *Górgias*..

<sup>10</sup> Idem.

Para Sócrates existem duas espécies de artes: a que se relaciona com a alma ele dá o nome de política, que se subdivide em justiça e legislação, enquanto a que corresponde ao corpo ele entende serem duas – a medicina e a ginástica. Da mesma forma que alguém que tão só usa caras indumentárias para disfarçar o descuido com a saúde não pode ser considerado belo, aquele que se utiliza do discurso como isca para a ignorância não pode ser tido como justo<sup>11</sup>.

Este diálogo explicita a concepção socrática de que a sabedoria está em buscar a verdade, não em deter conhecimento para convencer multidões ignorantes. Usar da palavra para promover a injustiça é também um ato injusto.

#### **4 PODE A VIRTUDE SER ENSINADA?**

Os atenienses confundiam valores morais com fatos constatáveis no cotidiano (coragem é o que fez fulano) ou tomavam certos fatos como tendo valor moral evidente, de per si, pois ignoravam as causas ou razões por que valorizavam certas coisas, certas pessoas ou certas ações.

Os questionamentos de Sócrates sobre a virtude e o bem tinham dois objetivos: o primeiro era descobrir se o que cidadão considerava virtuoso efetivamente o era; o segundo, se ao agir, o cidadão tinha consciência do significado e da finalidade de suas ações.

Apenas o ignorante é vicioso ou incapaz de virtude, pois quem sabe o que é bom não poderá deixar de agir virtuosamente, diz Sócrates. Logo, é sujeito ético ou moral apenas aquele que sabe o que faz, conhece as causas e os fins de sua ação. Assim, criminoso é aquele que comete um ato sem compreender o prejuízo que acarreta à coletividade, pois se soubesse o que é certo, agiria de outra forma.

No diálogo entre Mênon e Sócrates, o primeiro levanta o seguinte questionamento:

A virtude é coisa que se ensina? Ou não é coisa que se ensina mas que se adquire pelo exercício? Ou nem coisa que se adquire

---

<sup>11</sup> Idem.

pelo exercício nem coisa que se aprende, mas algo que advém aos homens por natureza ou por alguma outra maneira?<sup>12</sup>.

Sócrates, como lhe é peculiar, reformula a pergunta: “O que é virtude?”, pois como saber se esta pode ou não ser ensinada, sem antes saber-se o que ela é? Mênon, surpreso com o questionamento, pergunta a Sócrates se ele não sabe mesmo o que é virtude, ao que obtém como resposta que além de não saber, também não conhece outrem que o saiba. O filósofo então incita Mênon a dar sua definição de virtude.

A primeira resposta de Mênon é enumerar uma série de atos que considera como sendo virtuosos: a virtude do homem seria administrar as coisas da cidade, fazendo bem aos amigos e mal aos inimigos; a da mulher, por sua vez, consistiria em cuidar bem da casa e obedecer ao marido; assim como a criança e o ancião também teriam cada qual a sua virtude<sup>13</sup>. Deste modo, conclui Mênon, “a virtude é, para cada um de nós, com relação a cada trabalho, conforme cada ação e cada idade”<sup>14</sup>.

Sócrates ironiza a resposta de seu interlocutor, aduzindo que, ao procurar uma só virtude, acabou por achar um enxame delas! Explica então que o que busca, na verdade, é aquilo quanto a elas nada diferem, pois embora sejam muitas, todas têm um caráter único que as torna espécies do gênero virtude. E retrucando os exemplos de Mênon, afirma que, inobstante o comportamento esperado do homem e da mulher sejam distintos, cada qual gerindo espaços diferentes (a cidade e a casa, respectivamente), ambos deverão administrá-los com prudência e justiça. Assim, independente do gênero e mesmo da idade (criança ou ancião), todos devem conduzir-se com temperança.

Após tais observações, Mênon é novamente provocado e, tentando um conceito mais amplo, responde definindo-a como “ser capaz de controlar os homens”. Mas Sócrates intervém: se a virtude é a capacidade de comandar, a criança então poderia controlar os pais e os escravos, os seus senhores?<sup>15</sup> De fato não é ainda um conceito satisfatório, concorda Mênon.

---

<sup>12</sup> ARCONDES (2009; p. 24).

<sup>13</sup> PLATÃO. *Górgias*.

<sup>14</sup> MARCONDES (2009; p. 24)

<sup>15</sup> PLATÃO. *Górgias*.

Como se vê, o método de Sócrates consiste em fazer perguntas e refutá-las, deixando um conhecimento inacabado (aporia). Mênon, reformulando seu conceito mais uma vez, afirma que “virtude é desejar coisas belas e ser capaz de conseguilas”<sup>16</sup>. A contradita do filósofo é certa: se todos almejam as coisas belas, não se poderia falar em pessoas não virtuosas. O interlocutor é então levado a perceber sua total ignorância quanto ao tema, que no início julgava ser de fácil de resolução.

Se a virtude pudesse ser ensinada, existiriam então mestres capazes de fazê-lo. Quem seriam eles? Certamente não os sofistas, que se valem da retórica para persuadir os ignorantes, mesmo sem ter razão. E os poetas? Sócrates cita versos de Teógnis<sup>17</sup>, demonstrando que até mesmo os líricos se contradiziam, ora afirmando que a virtude pode ser ensinada (“Pois dos nobres, aprenderá coisas nobres/ mas aos ruins misturado/ perderá até a inteligência”), ora o contrário (“Mas por ensinamento/ um homem ruim não se torna bom”)<sup>18</sup>.

Se nem os sofistas, nem os poetas – ambos considerados sábios - são mestres da virtude, então ninguém o é conclui Sócrates. Chega então à sua definitiva conclusão: se não há mestres, não pode haver alunos – logo, a virtude não é matéria a ser ensinada. Mas se não pode ser ensinada, como alguém se torna bom ou mal?

## 5 COMO OS HOMENS SE TORNAM BONS

Se a virtude não pode ser ensinada, fica a dúvida: como alguém modela o seu caráter e torna-se virtuoso?

Para responder tal indagação, Sócrates constrói a teoria da reminiscência, demonstrando que o conhecimento é, em verdade, lembrar o que já sabemos. Para provar que está certo, o filósofo induz o escravo de Mênon, que mal dominava o idioma pátrio, a demonstrar um teorema geométrico, concluindo que a ciência, isto é, as opiniões verdadeiras, é atributo da alma e pode ser despertada pelas perguntas devidas. Logo, já nascemos virtuosos ou não. É logo inato.

---

<sup>16</sup> PLATÃO. Górgias.

<sup>17</sup> Teógnis de Mégara foi um poeta lírico grego do Século VI a.C.

<sup>18</sup> PLATÃO. Górgias.

A virtude, diz Sócrates, “não vem nem por natureza, nem por ensino, mas por destino divino, sem intervenção de inteligência”<sup>19</sup>. Não fosse assim, um exitoso governante poderia repassar plenamente seus atributos a quem o sucedesse.

Como consequência deste pensamento, poder-se-ia aduzir que Sócrates acreditaria na existência de criminosos natos, pessoas que nasceriam com suas almas degeneradas e impregnadas pelo mal – ideia levada a cabo pela Criminologia Positivista de Lombroso<sup>20</sup>.

## **6 PUNIÇÃO: O REMÉDIO DA ALMA**

Sócrates considera feliz quem é honesto e bom, quer seja homem, quer seja mulher. O homem injusto ou que comete injustiça, de qualquer forma é infeliz, e será ainda mais infeliz caso não seja punido. No entanto, sendo castigado e punido será um pouco menos infeliz.

No Diálogo “Críton”, que corresponde ao período imediatamente posterior à condenação de Sócrates e antes de sua morte por envenenamento, Críton, um de seus seguidores, sugere a Sócrates a possibilidade de fugir da prisão, vez que teria sido injusta sua condenação, bem como manifesta preocupação com o diriam as outras pessoas ao saberem que o grande filósofo tinha amigos com fortunas suficientes a evitar a execução. Mas Sócrates responde que não se deve cometer injustiça voluntária, nem mesmo retribuir injustiça com injustiça, questionando a seguir se uma convenção (aqui no sentido de contrato social) firmada com alguém, sendo justa, pode ser descumprida. Assim, fugir seria o mesmo que destruir as leis e a polis, pois uma Cidade cujas sentenças proferidas não tenham qualquer força impositiva, suas normas tornam-se inócuas, aniquiladas.

Um cidadão deve executar as ordens da pátria ou, se julgá-las arbitrárias, postular sua revogação pelas vias criadas pelo direito, não por rebelião. Ninguém seria obrigado a permanecer numa dada cidade contra sua vontade, mas nela permanecendo, é cogente que sejam cumpridas suas determinações. Há, portanto, duas alternativas:

---

<sup>19</sup> PLATÃO. Górgias.

<sup>20</sup> Cf. LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. São Paulo: Ed. Ícone, 2007.

persuadir do contrário ou obedecer. Romper o acordo comprometeria a estabilidade da polis, pois outros haveriam de se julgar particularmente injustiçados e atentar contra a ordem manejada. Assim, Sócrates conclui que, se aceitasse fugir de sua pena, destruindo as leis, consolidaria a reputação aprazada por seus julgadores, vez que “todo violador das leis bem pode ser tido como corruptor dos jovens e dos levianos”. Sócrates enxerga a punição como um remédio, cujo médico seria o juiz. Logo, fugir implicaria negar a coerência de seu pensamento – de que o infrator é quem deve procurar o quanto antes o devido castigo para sua plena felicidade.

É de se ressaltar que Sócrates também defendia a existência da vida além da morte e que seu comportamento na Terra seria avaliado no Hades (mundo dos mortos). Cometendo injustiças em vida, a recepção no outro mundo não seria benevolente. Tal concepção foi mais bem desenvolvida por Platão, sob influência do orfismo.

## **7 RETRIBUIÇÃO METAFÍSICA DO MAL**

É na obra “A República” que Platão sintetiza a maioria de suas reflexões, inclusive a mais famosa delas: a teoria das ideias, que se traduz na existência de uma realidade autônoma (“mundo das ideias”), onde se encontrariam as formas ideais, eternas e imutáveis do que vemos por natureza, sendo o “mundo dos sentidos” uma cópia imperfeita e não confiável. No esclarecedor exemplo de GAARDER<sup>21</sup>, antes mesmo de vermos um animal, como o cavalo, já teríamos a “imagem padrão” de cavalo, ou seja, a experiência seria apenas relembrar o que nossa alma já presenciou em outro mundo.

Para facilitar a explanação, Platão se vale do mito como recurso narrativo, é exatamente nas leituras do “Mito da Caverna” e do “Mito de Er” que se pode, extrair em boa dose sua teoria do conhecimento, que também interfere em sua concepção ética.

No primeiro, conta-se a história de três prisioneiros que, acorrentados no interior de uma caverna de costas para a sua entrada, só viam as sombras das coisas que se encontravam no exterior. Mas como desde sempre viram apenas tais sombras, tomaram-na como se fossem as coisas em si. Em dado momento, um dos prisioneiros

---

<sup>21</sup> GAARDER (1998; p. 99).



consegue livrar-se das amarras que o detinham e, feliz, finalmente consegue sair da caverna. Acostumado com a escuridão, a luz do Sol tira-lhe a visão por alguns instantes e espanta-se ao ver como o mundo era vivo e repleto de cores, bem diferente de como estava certo que era até então. Deslumbrado, retorna à caverna para contar sua grande descoberta aos ex-companheiros, que, contrariando suas expectativas, zombam das informações que recebem, tomando o liberto por louco. Metaforicamente a luz do Sol representa o conhecimento, a filosofia, que desperta a mente do obscurantismo; os grilhões são os preconceitos que impedem as pessoas de perceberem a ignorância que os permeia; o fugitivo é o filósofo, aquele que foge das “sombras” em busca da verdade.

Já no segundo (Mito de Er), narra-se a epopeia de um guerreiro que, após ser morto em combate, tem a chance de retornar à vida para contar o que havia presenciado no além. Conta que sua alma chegou a um lugar divino onde havia juízes prontos para sentenciar a conduta de cada um, sendo que mandavam “os justos avançar para o caminho à direita, que subia para o céu(...); ao passo que, aos injustos, prescreviam que tomassem à esquerda, e para baixo, levando também atrás a nota de tudo quanto haviam feito”<sup>22</sup>.

Platão evidencia seu conceito de pena como retribuição do mal praticado em vida, pois quanto mais grave o crime, tanto maior será sua expiação, pois fossem quais fossem as injustiças cometidas e as pessoas prejudicadas, “pagavam a pena de tudo isso sucessivamente, dez vezes por cada uma, quer dizer, uma vez em cada cem anos, senda esta a duração da vida humana”<sup>23</sup>.

Antes que a alma incorpore-se ao corpo físico, é necessário passar por um rio e beber de sua água, esquecendo o que havia conhecido na proporção da vida que escolher – se pretende ser sábio, beberá menos; querendo torna-se um guerreiro ou comerciante, beberá mais. Essa é sua demonstração da teoria da reminiscência: conhecer é lembrar, e os filósofos são privilegiados porque dedicam sua vida à contemplação, superando as paixões. Mas aí está implícita também a sua teoria das almas.

---

<sup>22</sup> PLATÃO. (2005; p. 485).

<sup>23</sup> Idem.

Alma é o que, em nós, conhece e permite conhecer, uma natureza intermediária entre o divino e o mundo, o sensível e o inteligível.<sup>24</sup> Por estar vinculada à razão, apenas o homem a detém e, como a reminiscência da verdade pressupõe que esta tenha sido contemplada em outra vida, é também imortal<sup>25</sup>. Para Platão, assim como na cidade há três classes distintas, a alma humana, analogamente, também classificarse-ia em três partes, cada qual com sua função: a concupiscente ou aperitiva (“baixo ventre) busca o prazer, sendo irracional e ligada ao povo; a irascível ou colérica (“peito”) é marcada pela força e sua incumbência é da defesa do corpo (guerreiros); a racional (“cabeça”) é a responsável pelo conhecimento e inerente aos filósofos, que, por essa razão, deveriam ser os governantes. Para a ética grega de uma forma geral, alguém que não consegue dominar os próprios instintos não possui aptidão para governar uma cidade.

## 8 O CASTIGO COMO CONDIÇÃO PARA A JUSTIÇA

Os homens só são justos porque temem o castigo. Se estivessem certos da impunidade, cometeriam todo tipo de atos condenáveis. Platão narra uma história, denominado “O Anel de Giges”<sup>26</sup>, para exemplificar essa ideia.

Giges era um pastor a serviço do então soberano da Lídia. Após um grande terremoto, abriu-se uma fenda no chão do local onde pastoreava o seu rebanho e, curioso, percebeu que lá havia um gigante com um reluzente anel de ouro na mão. Giges então pega o anel e percebe que ele possui o poder de torná-lo invisível. Consegue então seduzir a mulher do rei e matá-lo, tomando o seu lugar. Se este mesmo anel fosse dado a uma pessoa justa e a outra injusta, o primeiro permaneceria justo após usar o anel? Logo, veríamos que ninguém é justo porque deseja, mas por imposição.

Os homens creem que a injustiça lhes traz mais vantagens do que a justiça. Se um homem tivesse o mesmo poder que Giges e não se utilizasse dele para tirar proveito dos outros, seria tratado como tolo pelos conhecedores do seu segredo.

---

<sup>24</sup> PLATÃO. (2005; p. 56).

## 9 VIRTUDE E HÁBITO

Contrastando com a ideia platônica de virtude trazida no “Mênon”, Aristóteles expõe seu posicionamento sobre a possibilidade do ensino da virtude no Livro II de sua obra-prima “Ética a Nicômaco”, ainda hoje uma referência no tocante à filosofia moral.

De início, o Estagirita<sup>27</sup> distingue duas espécies de virtudes: a intelectual, cuja geração deve-se primordialmente ao ensino adquirido com o tempo; e a moral (ethos), resultante do hábito. Sendo assim, “nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza, visto que nada que existe por natureza pode ser alterado pelo hábito.”<sup>28</sup>

É perceptível que Aristóteles faz uma verdadeira revolução, invertendo completamente a concepção ética platônico-socrática de que o ser humano já nasce virtuoso ou não, como se fosse uma dádiva divina impregnada na própria alma. Ora, saber se a virtude pode ou não ser ensinada tem enormes repercussões práticas do ponto de vista da punição, pois sendo a resposta afirmativa a reeducação do apenado entende-se como possível, enfim, o aético pode tornar-se ético, o criminoso pode deixar de sê-lo.

Para tornar sua ideia mais clara, Aristóteles exemplifica que uma pedra, por mais que seja arremessada para cima infinitas vezes, inevitavelmente tornará a cair, pois é de sua natureza e não pode ser habituada a ter comportamento diverso. A virtude moral, por sua vez, não é adquirida nem por natureza, como já ressaltado, tampouco de modo contrário à natureza, porquanto, em verdade, “a natureza nos dá a capacidade de recebê-las, e tal capacidade se aperfeiçoa com o hábito”<sup>29</sup>.

O Estagirita demonstra sua discordância com a “teoria das ideias” de Platão, na medida em que este, sendo um inatista, afirmava que o conhecimento antecedia a própria experiência, sendo mera lembrança, reminiscência do já sabido ou

---

<sup>27</sup> Aristóteles, juntamente a Sócrates e Platão, é considerado um dos fundadores da filosofia ocidental. Todavia, ao contrário dos antecessores, nasceu em Estagira, inobstante ter fundado em Atenas o seu Liceu e lá ter desenvolvido suas ideias.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES (2012; p. 31).

<sup>29</sup> Ibidem.

experimentado no “mundo das essências”. Tornamos-nos justos praticando atos justos, moderados agindo moderadamente<sup>30</sup>, e não porque nossa alma nasce dotada de “justiça” ou de “moderação”.

Para Aristóteles, a virtude é um meio termo dois vícios extremos – o excesso e a deficiência. “A virtude é um estado médio no sentido de que almeja atingir o meio (...) o excesso e a deficiência são marcas do vício, e a observância do meio uma marca da virtude.”<sup>31</sup>

Com a sua doutrina do meio, explica KELSEN, “o moralista pode encontrar a virtude que está procurando exatamente como o geômetra pode encontrar o ponto equidistante das duas extremidades de uma linha”<sup>32</sup>. Destarte, os que excedem na coragem são audaciosos, ao passo que os que mostram sua falta são covardes.<sup>33</sup>

No entanto, Aristóteles pondera que nem toda ação admite meio-termo, pois algumas já indicariam ser intrinsecamente viciadas – ilustrando com o despudor, a inveja, o adultério, o roubo e o assassinato –, pois nelas nunca será possível a retida, pois a sua prática sempre constituirá um erro<sup>34</sup>. Fica patente, portanto, que não se poderia falar em “pequeno roubo” ou “grande roubo”, pois ambos seriam igualmente reprováveis.

A ideia de justiça em Aristóteles liga-se à de equidade. Na ilha de Lesbos usava-se uma régua flexível, que se adaptava às mais diversas superfícies, planas ou não. Tal como essa régua, a justiça também deve decidir o caso concreto de acordo com sua especificidade, levando em conta a divergência do teor da lei, porque as leis são formuladas genericamente<sup>35</sup>.

O filósofo de Estagira diferencia ainda duas formas de justiça: uma primeira, denominada distributiva, varia conforme o regime de governo (se monárquico,

---

<sup>30</sup> Idem. p. 32.

<sup>31</sup> Idem. p. 39.

<sup>32</sup> KELSEN (2000; p. 116).

<sup>33</sup> ARISTÓTELES (2012; p. 41).

<sup>34</sup> Idem, p. 40.

<sup>35</sup> COING, Helmut (2002; p. 37).

aristocrático ou democrático) e refere-se à distribuição das honras e riquezas da comunidade; a segunda seria a justiça corretiva, que se apresenta em transações voluntárias – como no caso do contrato de compra e venda entre particulares, empréstimos, penhor – e involuntárias – que são os crimes, como sequestro, assassinato, injúria<sup>36</sup>.

A justiça corretiva, portanto, rege a transação entre os particulares, quando uma injustiça é cometida. É indiferente, nesse caso, considerar se o infrator ou a vítima é ou não pessoa virtuosa, pois a lei trata os cidadãos igualmente. Assim, cabe ao juiz tentar igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do “ganho” do ofensor.<sup>37</sup> Vê-se a concepção geométrica de Aristóteles, pois é como se, para restabelecer o equilíbrio, o magistrado deveria subtrair do infrator a diferença que lhe excedia injustamente, devolvendo à vítima.

Aristóteles revela ainda a base de uma justiça retributiva, pois, inobstante haver casos em que a reciprocidade não se coaduna com a justiça corretiva, a própria existência do Estado depende da reciprocidade proporcional, porquanto os homens exigem a retribuição do mal com outro mal, isto é, a punição será igual ao crime.<sup>38</sup>

Ressalte-se, por fim, que Aristóteles considera de fundamental importância que o hábito seja inculcado desde na infância<sup>39</sup>, pois quanto mais for praticado, melhor será aperfeiçoado no decorrer da vida e menos chances haverá deste cidadão desviar-se das regras exigidas pela polis.

## 10 A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

Trazendo à tona o problema da definição do delito, as teorias da reação social ou "labeling approach" (etiquetamento) entendem ser indispensável, para a compreensão da criminalidade, o estudo da atuação das agências oficiais que ditam o que seja crime e reagem contra ele. Deve-se ir desde a atuação legislativa abstrata ou criminalização primária até a sua aplicação concreta pelas agências de criminalização secundária (polícia, promotores, juízes, agentes penitenciários).

---

<sup>36</sup> ARISTÓTELES. p. 99.

<sup>37</sup> Idem, p. 100.

<sup>38</sup> KELSEN (2000; p. 129-130).

<sup>39</sup> ARISTÓTELES. p. 32.

O "ser criminoso" é um status socialmente construído e atribuído a certos grupos de pessoas que se encaixam num dado estereótipo e, portanto, não alcança a todos, ainda que se tenha realizado o mesmo comportamento juridicamente punível. O discurso oficial de que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*", entabulado como princípio da igualdade na própria Constituição Federal (art. 5º, caput), não passa de mera retórica. Transmuta-se radicalmente o objeto de estudo da criminologia, não mais se partindo de conceitos naturalizados, como o de "crime" ou de "criminoso". Com uma abordagem crítica, foca seu estudo nos processos de interação dessa realidade.

Duas são as orientações sociológicas que conformaram a teoria do etiquetamento: a psicologia social e a etnometodologia ou sociolinguística. A primeira, também denominada "interacionismo simbólico", concebe a sociedade como sendo constituída por diversas interações concretas entre indivíduos. Já para a segunda, a sociedade é produto de uma construção social e que por isso não admite um conhecimento puramente objetivo. Conjugados esse dois marcos, o estudo do desvio seria, fundamentalmente, "estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social"<sup>40</sup>.

Foi próprio do positivismo a naturalização da conduta criminosa, como se existisse objetivamente e precedesse qualquer definição legal. Os valores tutelados são tomados como autoevidentes e universais, como que compartilhados por todos os indivíduos. O novo paradigma da criminologia inverte as perguntas tradicionalmente realizadas pelas correntes etiológicas:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", "como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?". Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se perguntam: "quem é definido como desviante?", "em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?"<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BARATTA (2011; p. 87).

<sup>41</sup> Idem, p. 88

O sociólogo norte-americano Howard S. Becker foi quem deu cabo a essas investigação e cunhou o termo que dá nome a essa teoria, como cita:

O desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um "ofensor". O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente<sup>42</sup>.

O crime não é objeto, mas produto da reação social. Deste modo, as agências de controle social não "detectam" a existência de uma conduta criminosa; o que fazem é "produzi-la" ao etiquetarem-na como tal. Dizer que um ato é ou não criminoso depende, pois, do que será feito a respeito. E nesse ponto é que se insurge contra o senso comum ao se desvelar a forma seletiva e desigual intrínseca ao sistema penal, que não por acaso criminaliza (etiqueta como "criminosa") as classe mais pobres da sociedade, que formam a massa dos encarcerados.

Aqueles que, com figurino social de delinquentes, circulam pelos espaços públicos mediante obras toscas de criminalidade, acabam sendo selecionados pelas agências oficiais, como anota:

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e mostra as obras toscas como os únicos delitos<sup>43</sup>.

Edwin Lemert, distinguindo delinquência "primária" de delinquência "secundária", comprova como a punição de um primeiro ato ilícito frequentemente muda a identidade do indivíduo assim estigmatizado, que tende a assumir o papel que o etiquetamento lhe atribuiu. As principais questões da teoria da criminalidade envolvem a gênese da conduta criminosa e de que modo tais condutas se ligam simbolicamente. Os desvios sucessivos à reação social

---

<sup>42</sup> ANDRADE (2003; p. 206)

<sup>43</sup> ZAFFARONI (2010; p. 48)

são fundamentalmente determinados por efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação "torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio"<sup>44</sup>.

Nota-se o relevante impacto ocasionado pela reação social no psiquê do desviado, pois mesmo que tenha sido apenas e uma única vez alcançado pelas agências penais, para sempre estará marcado em sua ficha de antecedentes criminais e, de forma ainda mais dolorosa, na consciência coletiva das pessoas que o cercam, remoendo constantemente o passado. Assim, a estigmatização provocada pelo desvio primário ou primeiro ato criminalizado seria uma causa para a criminalidade, de modo que não se negou a perspectiva etiológica.

Imperioso, entretanto, é não limitar o processo de definição tão somente às agências oficiais, estendendo a análise também à que é realizada antecipadamente pelo senso comum. Nesse diapasão, John KITSUSE assevera que é a interpretação que decide o que é qualificado ou não como delito. Nas palavras de BARATTA:

(...) não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre "normal" e "desviante", mas somente sua interpretação, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado .

Para KITSUSE, o estudo da reação social do comportamento desviante deve ser necessariamente antecedido pelo modo como os membros da sociedade definem certo comportamento como criminoso, transformando as questões acerca das condições e causas da criminalidade em análise das condições e causas da criminalização, tanto da elaboração quanto da aplicação das regras<sup>46</sup>.

O desencadeamento da reação social exige que a conduta provoque uma perturbação da rotina e, por conseguinte, abalo entre os componentes da sociedade. Nesse sentido, a imputação de um comportamento desviante pelo senso comum e

---

<sup>44</sup> BARATTA (2011; p. 90)

<sup>45</sup> Idem, p. 94-95.

<sup>46</sup> Idem, p. 96.



a consequente responsabilização moral do indivíduo exige bem mais que o simples descumprimento da norma objetiva.

Além da alteração da rotina, Peter McHugh elenca outras duas condições para isso ocorra: a convencionalidade, que se traduz na possibilidade de se exigir ou não do autor, conforme as circunstâncias do caso concreto, uma conduta diversa; e a teoriedade, pela qual se perquire se havia consciência de se estar agindo em violação às regras.

Claramente se verifica que a ciência jurídica elegeu exatamente essas três condições do senso comum para proceder à responsabilização penal do indivíduo, ainda que com nomes iuris próprios, quais sejam: tipicidade (afrontamento de um modelo legal), antijuridicidade (violação tolerada pelo ordenamento) e culpabilidade (assinalada pela consciência da ilicitude).

## 11 CONCLUSÕES

A concepção de crime para Sócrates era todo ato adverso ao prescrito nas leis da polis, assim o considerado pelo juiz e não tendo a parte conseguido dissuadi-lo do contrário. Por conseguinte, haveria uma pena a ser cumprida como meio de expurgar o mal da alma e que deveria, o mais breve possível, ser buscada pelo próprio criminoso. Descumprir a lei geraria enorme insegurança e colocaria em xeque a solidez da polis, daí ele ter preferido aceitar a morte após ser condenado por seus concidadãos.

Platão corrobora com o entendimento socrático de que a virtude não pode ser ensinada, pois se não há mestres da virtude, também não há que se falar em alunos para aprendê-las. Ademais, a virtude já vem gravada na alma de cada um, evidenciando-se uma visão fatalista, a denotar a existência mesmo de criminosos natos, que já nasceriam com a alma doentia. Também afirma que o homem não é justo por vontade própria, mas apenas porque o Estado o vigia – antecipado as teorias contratualistas modernas. Por fim, sua concepção de punição no além pelos atos praticados em vida muito influenciou a doutrina cristã.

Aristóteles, invertendo as contribuições anteriores, acredita na virtude como uma atividade que se aprende com a prática, moldando-se com a experiência. Mesmo

um criminoso seria capaz de se ressocializar e aprender novos valores socialmente aceitos. As ideias de equidade e de justiça muito contribuíram no desenvolvimento da teoria do Direito.

Inevitável é perceber, deste modo, a influência que os três grandes filósofos gregos tiveram na história ocidental e seus reflexos (perversos) ainda duradouros nas doutrinas oficiais hodiernas, mormente no positivismo criminológico (que parte do crime como realidade ôntica pré-estabelecida) e nas tradicionais teorias dos fins das penas (prevenção geral e especial) – que, concebendo a punição como “salvação da alma” ou “correção”, abarrotam o falido sistema penitenciário, olvidando os fatores socioeconômicos de seletividade.

A relevante contribuição do labeling approach para o delineamento de uma teoria crítica do sistema criminal é apropriadamente sintetizada por Alessandro Baratta ao aduzir que a criminalidade não pode ser tomada, como foi pelos clássicos da filosofia grega, como um comportamento de uma restrita parcela da população, mas, pelo contrário, da maioria dos membros de nossa sociedade.

## 12 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Do Advogado, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito Penal Brasileiro**. Vol 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles.** São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia.** São Paulo: Cia das Letras, 1998.

HART, Herbert. **Direito, Liberdade, Moralidade.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1987.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética.** Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Textos básicos de filosofia.** Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2009.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

PLATÃO. **A República.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. **Crítón.** Versão eletrônica traduzida por Carlos Alberto Nunes e digitalizada pelo Grupo de Discussão Acrópolis. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/criton.pdf>>. Acesso em: 29 outubro 2012.

\_\_\_\_\_. **Górgias.** Versão eletrônica traduzida por Carlos Alberto Nunes e digitalizada pelo Grupo de Discussão Acrópolis. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gorgias.pdf>>. Acesso em: 10 novembro 2012.



# **DIREITO PENAL DO INIMIGO E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: uma análise à luz da obra “Na Colônia Penal”, de Franz Kafka<sup>1</sup>**

DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI: La possibilité d'appliquer la règle de Droit Démocratique Brésilien, une analyse à la lumière de l'œuvre Dans la colonie pénitentiaire de Franz Kafka.

Thatiana Katiussia de Sousa Veras<sup>2</sup>  
Rosália Maria Carvalho Mourão<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho pretende propiciar uma reflexão acerca da possibilidade do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, aplicar a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. O debate é vislumbrado diante da crescente violência organizada, do sentimento de insegurança e da pressão midiática por um tratamento rigoroso maior no âmbito penal e processual penal de indivíduos considerados de alta periculosidade. Será estudado de forma crítica e reflexiva, a interface entre o Direito e Literatura através da análise da obra Na Colônia Penal de Franz Kafka, destacando os principais aspectos da teoria penal do Inimigo de Jakobs dentro da obra literária, abordando exemplos da legislação penal e processual penal brasileira, a Constituição Federal, a jurisprudência pátria e de institutos presentes em nosso ordenamento jurídico de forte ligação com o Direito Penal do Inimigo. A pesquisa será realizada através do método descritivo-analítico mediante pesquisa bibliográfica desenvolvida através de livros, periódicos jurídicos, internet e documentos diversos.

**Palavras-Chave:** Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Na Colônia Penal.

**RÉSUMÉ:** Cet article montre qu'il est destiné à montrer une réflexion sur la possibilité du Brésil, comme un État Démocratique, appliquer la théorie du Droit Pénal de l'Ennemi Günther Jakobs. Le débat est observée par rapport à la violence organisée de plus en plus, le sentiment d'insécurité et la pression des médias pour un traitement rigoureux de la récolte de la procédure pénale et criminelle des individus considérés comme très dangereux. L'interface entre le Droit et la Littérature est étudiée critique et réfléchie, à travers une analyse de l'œuvre: Dans la colonie pénitentiaire de Franz Kafka, mettant en évidence les principaux aspects de la théorie pénale Jakobs ennemi dans le travail littéraire, aborder les exemples Droit Pénal et de Procédure Pénale Brésilienne, la Constitution Fédérale, la patrie et instituts référencés dans notre

---

<sup>1</sup> Artigo produzido como resultado de pesquisa para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade Santo Agostinho.

<sup>2</sup> Acadêmica do IX período de Direito da Faculdade Santo Agostinho. Email: thatianakatiussia@gmail.com

<sup>3</sup> Professora da FSA das disciplinas de Direito e Literatura, Hermenêutica Jurídica. Mestre em Estudos Literários pela UFPI, Especialista em Literatura Brasileira pela UESPI, graduada em Letras pela UFPI, Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo LFG, advogada. Email: rrosapi@yahoo.com.br

Système Juridique lien concise à la Loi Pénale de la Jurisprudence de l'Ennemi. La recherche est effectuée par la méthode descriptive et analytique sur la littérature développée à travers les livres juridiques et littéraires, revues juridiques, des articles de la internet.

**Mots-clés:** Droit Pénal de l'Ennemi. État Démocratique. Dans la colonie Pénitentiaire.

## INTRODUÇÃO

O combate à criminalidade é um tema recorrente na sociedade e digno de especial atenção por envolver, acima de tudo, seres humanos, seja do lado do acusado ou da vítima. Encontrar alternativas viáveis e capazes de oferecer à população um sentimento de segurança e tranquilidade social, perante um ordenamento legal, é tarefa por demais árdua.

A crescente criminalidade produz uma insegurança que permeia todos os patamares da sociedade e ganha visibilidade na imprensa midiática. O resultado é a procura por imediatismo nas soluções dos problemas. E a consequência é apelar ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade.

Diante disso, surge a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo como precursor e principal propagador o doutrinador alemão Güther Jakobs. Essa teoria sustenta que o Direito Penal teria por finalidade resguardar o sistema jurídico. Para tanto, ocupar-se-ia, principalmente, da exemplar punição aos delitos cometidos, com o fim de blindar a sociedade, bem como o Estado de possíveis ataques a sua soberania. A teoria encontra, assim, uma simetria no desejo da população brasileira amedrontada e ansiosa por enrijecimento das penas.

Assim, o trabalho ora proposto propiciará uma reflexão interdisciplinar, a partir da obra de Franz Kafka, “Na Colônia Penal”, acerca do contexto jurídico contemporâneo o qual apresenta resquícios do Direito Penal do Inimigo e sua compatibilidade com os princípios e fundamentos do Estado de Direito Democrático. Entende-se necessário travar esse paralelo por conta da maestria de Kafka que de forma profética espelha, através do irreal, a realidade do sistema jurídico penal.

Pretende-se, ainda, instigar uma reflexão menos sensacionalista e midiática e

mais humanizadora, como propõe nossa Lei Maior, ao analisar as questões que permeiam o sistema punitivo.

Por todo o exposto é que se justifica o estudo a ser apresentado. Ressalta-se de pronto, que esta pesquisa acadêmica, meramente superficial, tem somente o condão de fomentar a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, não tendo, entretanto, a pretensão de esgotar as indagações intrínsecas a este, mas propor o conhecimento de ideias e discussões doutrinárias sobre a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo. .

## **1 O DIREITO E A LITERATURA**

### **1.1 A importância da Literatura para o Direito**

OPreliminarmente, para melhor discorrer sobre o tema proposto, é necessário apresentar a importância do uso da literatura na compreensão do direito. O objetivo fundamental é estudar as interfaces existentes entre as duas áreas, na mesma linha da tendência da interdisciplinaridade, possibilitando, assim, a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas científicas formando um espaço crítico, através do qual seja possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu funcionamento, sua efetividade, dentre outros, superando as barreiras colocadas pelo senso comum teórico com o escopo de auxiliar os juristas na árdua tarefa de desvelar, através da ficção, a realidade social e jurídica.

A base que deu origem a essa forma de pesquisa fundamenta-se na frase de Paul Klee (2007, págs. 92 e 93): “El arte no imita lo visible; hace visible lo invisible” (A Arte não imita o visível; ela torna visível o não visível). Dela pode-se concluir que a Literatura pode contribuir para o aperfeiçoamento do sentido crítico, da capacidade de análise quanto à realidade que nos circunda, pode contribuir para a compreensão e interpretação do Direito.

A literatura é uma realidade que pode auxiliar na defesa e na promoção dos direitos fundamentais, e pode influenciar movimentos para a mudança da legislação e das práticas judiciais, e influenciar a formação daqueles que trabalham com o Direito. Tudo em razão do seu aspecto de clarificador de ideias e do seu poder de trazer

à tona reflexões sobre o momento presente que muitas vezes passa despercebida, em um trabalho de plena hermenêutica jurídica analisando o direito não apenas pela letra da lei vencendo, assim, a teoria kelseniana de um suposto Direito Puro, sem intervenção de outras ciências.

## **1.2 Direito como literatura, direito da literatura e direito na literatura**

Foi o Law and Literature Movement, iniciado na década de 70 nos Estados Unidos, que deu impulso aos estudos do Direito e Literatura, sistematizando e organizando esse método de estudo. O movimento fez com que esse método aparecesse, em regra, numa divisão tripla: O Direito como Literatura, O Direito da Literatura, O Direito na Literatura.

O Direito como Literatura traz a linguagem como ponto convergente entre ambas ciências. É o Direito como narrativa, estudando-se método de estilística e retórica, no qual instrumentos e estratégias literárias são também aplicados aos textos jurídicos, em que se faz uso de metáforas, cuida-se da questão da interpretação dos textos, de técnicas de desconstrução das histórias, de aplicação das normas, e de técnicas de persuasão dos juízes

Já O Direito da Literatura diz respeito aos problemas relacionados com a liberdade de expressão, e com os direitos de autor (garantias constitucionalmente assegurada conforme o art. 5º, inciso IV da Constituição Federal), a livre iniciativa (prescrita no artigo 170, da Constituição, os delitos em que podem incidir autor e editora quando da publicação de uma obra (a exemplo da apologia à discriminações e preconceitos),

Finalmente O Direito na Literatura estuda as formas sob as quais o Direito é representado na Literatura, é caracterizado por desvendar o Direito a partir da Literatura, método este que transcende eras. Nele encontramos descrições de advogados e instituições jurídicas, relações processuais, violações de direitos, com as suas conseqüentes cargas de justiça e/ou injustiça.

Na análise do tema em questão será usado o ramo do Direito na Literatura utilizando-se a obra Na Colônia Penal de Franz Kafka, tendo em vista que um dos



objetivos do trabalho é a partir de uma obra literária tornar o estudo diferente, prestando a atenção do leitor e auxiliando na reflexão e crítica do tema.

### **1.3 Franz Kafka e a obra Na Colônia Penal**

#### **1.3.1 O Autor**

Franz Kafka nasceu em 3 de julho de 1883 em Praga, cidade que durante todos os 40 anos de sua vida pertenceu à monarquia austro-húngara, com seu sistema arbitrário. Esse traço será marcante em suas obras e chama atenção a uma comparação com o sistema contemporânea trazendo a surpresa de muitos traços confluentes.

Formou-se em Direito em 1906 e exerceu a profissão no início da carreira, o que lhe deu suporte para suas análises sobre justiça, processos jurídicos, condenações e sobre o papel do Estado. Sua formação jurídica privilegiou um posicionamento crítico e racional sobre os fatos.

Escreveu mais de 20 ensaios e romances. Dentre os mais conhecidos figuram “Metamorfose” que lhe levou a fama e a um sucesso póstumo, “O Processo” e a novela “Na Colônia Penal”, obra em que faremos comentários.

Na vida do autor tudo se tornava literatura e o ofício de escritor era superdimensionado o que de alguma forma absorvia as outras áreas de sua vida. Suas obras retratam as ansiedades e as alienações do homem do século XX e traz um confronto entre os personagens e o poder das instituições, demonstrando a impotência e a fragilidade do ser humano. Demonstra a possibilidade de se conhecer por dentro o mundo da justiça, sem, no entanto, estar dentro dele, para tanto é necessário o olhar atento e se afastar da pressão exercida pelo senso comum.

Kafka dá enfoque às coisas que tornam difícil viver em nossa época, na qual as organizações e as estruturas em vez de atuarem em prol da pessoa humana, se colocam contra ela. Para tanto se utiliza da alegoria e da linguagem onírica, como se tudo fosse um pesadelo, mas é uma realidade, contendo, assim, um sentido simbólico, uma analogia com situações reais, absurdas, incompreensíveis, que por vezes se configuram na vida cotidiana.

Ele transpôs para sua literatura uma visão sui generis de um mundo mais pujante e desesperadoramente real do que gostaríamos de admitir. Ao ler é impossível não se sentir afetado, ainda mais pelo tom profético que sua literatura ganha com o passar do tempo.

Suas obras atingiram destaque depois de sua morte em 3 de junho de 1924, em virtude de uma tuberculose, e hoje influenciam o mundo. Seu legado foi resgatado e difundido por seu amigo Max Brod, contrariando o desejo de Franz Kafka de que fossem queimados seus escritos após sua morte.

### 1.3.2 A obra

Na colônia Penal é uma novela metafórica escrita em 1914 e publicada em 1919, portanto, durante a Primeira Guerra Mundial. O livro faz uma análise crítica sobre o instituto da pena e do processo penal, analisando as impropriedades e inadequações em uma visão profética.

Nele a justiça e a punição ganham forma através do exercício do poder soberano com a aplicação da “punição exemplar”, típica do período vivido pelo autor. Os caminhos do sistema jurídico são percorridos nas figuras dos personagens que pouco compreendem seu funcionamento, justamente porque este funcionamento não é dado a compreensões, apenas se busca dar soluções aos que ousam desviar as disposições legais.

Todo o livro gira em torno de uma máquina de execução, no descaso do Oficial para com o Condenado e no cuidado com o aparelho de tortura. Os personagens dessa obra não têm nome, são chamados simplesmente de: oficial, explorador, soldado e condenado podendo se moldar a qualquer figura de qualquer tempo histórico.

A narrativa se inicia com a visita do Explorador a uma colônia francesa, presenciando o modelo empregado na condenação e execução de um soldado acusado de insubordinação, o que é tido como uma ameaça as estruturas estatais, um inimigo do sistema. O tipo do crime não é importante, o que interessa é a pessoa do condenado, sujeito que configura uma ameaça as estruturas estatais.

O sistema que o condena é baseado numa doutrina jurídica arbitrária, em que ao acusado é cerceado os direitos fundamentais, a condição de ser humano. Quem guia a "justiça" é um instrumento de tortura, uma máquina, que escreve lentamente sobre o corpo do condenado, com agulhas de ferro e por 12 horas, a sentença do crime que, muitas vezes, ele mesmo não sabe que cometeu.

O Oficial, personagem que preside a execução, a todo o momento divulga ao Explorador, de forma incisiva e persuasiva, que esse inimigo do Estado deve ser punido drasticamente por ser uma ameaça (visão prospectiva). Para isso utiliza-se de uma eloquência ao exaltar o método empregado de maneira a desafiar qualquer forma de atividade racional. A obra é também uma crítica à essa exaltação dos mecanismos usados com intuítos cruéis.

Na voz dos adeptos desse sistema a justificativa para o seu uso está na sua infalibilidade, única forma de tentar prevenir futuras desordens. O Estado se apresenta despótico no qual o processo judicial e os direitos fundamentais não são respeitados.

Mesmo com todo o esforço do Oficial os interesses eram divergentes entre ele e o Explorador. Enquanto aquele almejava a concordância, com o intuito de ganhar apoio para a manutenção do método, este analisava o processo para compará-lo ao usado em seu país não se deixando persuadir e fazendo um estudo racional e crítico.

Quando o condenado estava para receber o suplício, porém, o Explorador diz ao Oficial o que pensa dos seus métodos de execução - fala que o método não o convenceu, e se dispôs a reportar ao Comandante da colônia penal o seu desejo de suprimir a máquina. Ao ser vencido pelo Explorador que não se deixou influenciar o Oficial percebe-se fraco e inicia-se seu processo de sucumbência, como se fosse o próprio sistema sucumbindo, manda livrar o Condenado, e ele mesmo se imola na máquina de execução. Esta começa a se desconjuntar, peça por peça, enquanto suas agulhas girando em falso terminam por trespassar o oficial.

A novela finaliza com uma mensagem escrita na lápide do antigo comandante que havia ajudado a criar o torturante procedimento:

Aqui jaz o antigo comandante. Seus adeptos, que agora não

podem dizer o nome, cavaram-lhe o túmulo e assentaram a lápide. Existe uma profecia segundo a qual o comandante, depois de determinado número de anos, ressuscitará e chefiará seus adeptos para a reconquista da colônia. Acreditai e esperai!” (KAFKA, 1986, p.77)

Esta última metáfora, escrita na lápide, remete à convicção que os crimes e as torturas voltam a acontecer e que é sempre bom lembrar a necessidade da vigilância social e política. Há sempre adeptos da tortura e do autoritarismo que tentarão persuadir e implementar métodos já superados pela sociedade.

#### 1.3.4 Metáforas dos personagens com figuras dos dias atuais

Já foi relatado que os personagens Na Colônia Penal não possuem nomes, são denominados de acordo com o papel que exercem na sociedade como explorador, soldado, oficial, culpado, capitão. Com isso é permitido relacionar com figuras existentes atualmente na sociedade e no processo penal brasileiro, moldando a obra na realidade contemporânea.

Assim, possibilita e instiga à análise crítica do tema na tentativa de se encontrar a resposta para a problemática da pesquisa, ou seja, saber se há compatibilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo com o Sistema Punitivo Democrático Brasileiro.

A Máquina, grande personagem da obra, faz paralelo com um sistema processual penal que subjuga o acusado e tem suas garantias processuais constitucionais tolhidas a exemplo do contraditório, da ampla defesa, do direito de liberdade e de informação sobre a acusação.

O antigo e o novo Comandante assemelham-se ao Poder Legiferante que formula as regras a serem aplicadas, as penas, a maneira de proferir e executar a sentença.

O Oficial molda-se a mídia com seu poder de persuasão, por vezes tendenciosa e infundada, levada pelo senso comum, parcial na exposição dos fatos, usando de propaganda massiva para captação de novos adeptos.

Já o personagem Soldado figura como o sistema prisional responsável por guardar os acusados durante a execução da pena.

A figura do Condenado é o réu que está sujeito ao cerceamento de garantias e direitos, submetido a uma condenação baseada no que ele é ou pode vir a ser e não no que cometeu.

Por fim o Explorador um crítico, que quebra a lógica de ser simples receptor de ideias, formador de opiniões, reflexivo, atuante e combativo. Ele faz paralelo com os estudiosos que buscam impedir o renascimento de sistemas cruéis e incompatíveis com o grau de avanço da sociedade.

## **2 DIREITO PENAL DO INIMIGO (OU INIMIGO DO DIREITO PENAL)**

### **2.1 Origem e características**

A globalização trouxe a complexidade das relações sociais e essa, o aumento significativo da criminalidade. Diante disso, nas últimas décadas, a população temerosa passou a exigir do Estado Soberano segurança a todo custo, até mesmo incitando a criação de um Direito Penal excepcional, no qual o infrator deixa de ser “pessoa” e passa a ser “inimigo” do Estado.

Esses acontecimentos deram origem ao Direito Penal do Inimigo que foi apresentado pela primeira vez durante uma palestra proferida no Seminário de Direito Penal, ocorrida no ano de 1985, em Frankfurt, pelo doutrinador e seu principal idealizador Günther Jakobs.

Contudo, após a intensificação da criminalidade, principalmente a organizada, com o ataque das torres gêmeas em 2011, o qual se fez sentir no mundo, o autor desenvolveu sua tese em uma obra publicada no ano de 2003: “Direito Penal do Inimigo – noções e críticas”, sustentando a possibilidade do direito penal do inimigo ser parte do sistema jurídico penal.

Sua função primeira é a reafirmação da vigência da norma, o clamor por um império das leis que fizesse valer o Direito perante aquele que se mostrasse contrário

ao Estado, mesmo que para isso fosse necessário restringir direitos fundamentais em nome da ordem social.

O modelo exposto prega incisivamente a Law and Order como único fator de segurança estatal a trazer o estado de bem-estar social. A simbologia da condenação rigorosa serviria para conter um inimigo e refazer o sentimento de tranquilidade na população.

A obra na Colônia Penal mesmo sendo de 1914, portanto, anterior as primeiras manifestações da teoria, demonstra a aplicação desse modelo penal, em um aspecto profético típico de Kafka. Ele descreve uma condenação por desobediência às ordens superiores (Estado), uma ameaça à segurança nacional, um inimigo, e para repeli-lo a resposta deve ser exemplar, o império das leis deve estar acima de tudo. Isso se extrai do seguinte trecho:

Hoje de manhã um capitão apresentou a denúncia de que este homem, que foi designado seu ordenança e dorme diante da sua porta, dormiu durante o serviço. Na realidade ele tem o dever de se levantar a cada hora que soa e bater continência diante da porta do capitão. Dever nada difícil, mas necessário, pois ele precisa ficar desperto tanto para vigiar como para servir. Na noite de ontem o capitão quis verificar se o ordenança cumpria o seu dever. Abriu a porta às duas horas e o encontrou dormindo [...]. Pegou o chicote de montaria e vergastou-o no rosto. [...]. São estes os fatos. Faz uma hora o capitão se dirigiu a mim, tomei nota das suas declarações e em seguida lavrei a sentença. (KAFKA, 1986, págs. 41 e 42).

O indivíduo é condenado por um fato que não ocorreu. No caso da obra seu dever era vigiar e servir quando fosse necessário. Porém, ainda que nada tenha acontecido e sendo desnecessários seus serviços naquele momento a sentença se fez oportuna, por sua conduta configurar uma ameaça à soberania do seu superior (Estado) e trazer, em potencial, uma probabilidade de dano advindo desse comportamento.

Tem-se uma nesse trecho uma típica característica da teoria de Jakobs a qual traz na potencialidade do dano um motivo de condenação para reprimir antes que o mal aconteça, estabelecendo o poder e a ordem das normas.

Güther Jakobs afirmava que o Direito Penal deveria deixar de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso realizado por um de seus membros, para tornar-se

uma reação contra um inimigo desta, contra aquele julgado como uma ameaça à ordem vigente e em consequência à sociedade devendo retê-lo quando de sua conduta restar provado uma afronta aos regulamentos (JAKOBS, 2009).

Com efeito, o sentimento de impotência, insegurança e medo, atualmente vivenciado e repetidamente ratificado nos meios de comunicação de massa, fez surgir outro sentimento, o de repressão máxima aos inimigos da ordem com o intuito de diminuir a criminalidade e consequentemente proporcionar segurança à nação frente aos novos crimes cometidos. Dessa forma, voltou-se a reavaliar a possibilidade de aplicação da Teoria em análise.

Em resumo as principais características do direito voltado ao inimigo são: antecipação da punibilidade, ou seja, sanção pelo fato que iria ser produzido; dupla legislação penal e relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

## **2.2 Direito Penal do Cidadão X Direito Penal do Inimigo**

A teoria apresenta uma divisão dos infratores de acordo com os crimes cometidos e com o perigo que esses sujeitos representam para a sociedade, caso não sejam neutralizados. O intuito desse ramo do Direito Penal é combater os indivíduos considerados de alta periculosidade e que representam uma ameaça a vida social. Para isso dividiu o Direito Penal em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.

Consoante o referido doutrinador o inimigo seria aquele que por livre iniciativa adota o crime como um “estilo de vida”, abandonando o status de cidadão e se tornando alguém que tem como desafeto o Estado. Estes não oferecem uma confirmação cognitiva mínima, ou seja, em seu comportamento social a periculosidade se mostra presente bem como o caráter não incidental da intenção lesiva às normas impostas.

Esse não pode ser considerado pessoa porque, segundo essa teoria, seu conceito tem um viés normativo. Ser pessoa não é inerente a todo e qualquer indivíduo, mas depende do grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de oferecer. O inimigo, portanto, seria incapaz de prestar o mínimo de expectativas normativas (de garantia da vigência da norma), pois ele não só refuta a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição.

Criminoso que comete infrações penais perigosas como os delitos econômicos, terroristas, sexuais, crimes organizados dentre outras enquadram-se nesse perfil (JAKOBS e MÉLIA, 2009). A eles faz-se necessário o acionamento de mecanismos mais rigorosos e repressivos, não somente contra fatos passados (o delito praticado), mas também contra fatos futuros (a potencialidade criminosa e a probabilidade de continuar delinquindo).

Cumpra ressaltar, que a figura do inimigo, existiu durante toda a história da sociedade. Como exemplos têm: a santa inquisição; o nazismo; o regime autoritário de Mussolini; as ditaduras na América do Sul; o atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington; o assassinato do brasileiro Jean Charles de Menezes no metro em Londres entre outros.

Na contenção desses indivíduos será utilizado como um de seus instrumentos a relativização dos direitos e garantias fundamentais. Assim como exercido Na colônia Penal de Kafka, onde o condenado é reduzido a condição de objeto (supressão dos direitos fundamentais) e sente a sentença na pele, sem conhecimento prévio do crime que supostamente cometeu. Uma simbolização para servir de caráter pedagógico, restabelecer o rigor legal e instaurar a paz social.

- Ele conhece a sentença?
- Não, disse o oficial, e logo quis continuar suas explicações. Mas o explorador o interrompeu:
- Ele não conhece a própria sentença?
- [...]
- Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentar na própria carne” (Kafka, 1986, p. 39 e 40).

Desta feita, o Direito Penal do inimigo visa combater determinadas classes de indivíduos, neste sentido assevera com clareza Fernando Capez (2002, p. 302):

A reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há, assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

Convém observar, no entanto, o reconhecimento de um mínimo de garantias a esses indivíduos, embora em raras situações, devendo as medidas estatais de combate



a ele não ultrapassar da medida do necessário para atingir sua finalidade, qual seja, manter a vigência da norma e a expectativa de segurança que ela proporciona a seus cidadãos, mesmo que para isso haja um recrudescimento do tratamento processual (JAKOBS e MÉLIA, 2009). O autor não esclarece qual seria o limite a não ser ultrapassado pela medida deixando transparecer que ficaria a cargo do legislador ou do aplicador no caso concreto.

Por outro lado, o cidadão seria o incidentalmente criminoso, aquele que seus atos não revelam a habitualidade em quebrar o acordo social no aspecto de não se desvirtuar dos mandamentos jurídicos. Quando um cidadão comete um delito, o Direito Penal acionado é o clássico, o qual reage contra um fato passado, uma ação já praticada, mediante regras convencionais em que são respeitados os direitos desses indivíduos. Este deve contar com todas as garantias penais e processuais velando pela integralidade do devido processo legal

A diferença entre cidadão e inimigo reside na periculosidade do sujeito ativo. Isso significa dizer que toda pessoa pode vir a cometer uma infração penal, mas somente o inimigo pratica condutas que ameaçam o bem-estar da sociedade, o ordenamento jurídico e o próprio Estado.

Existem para Jakobs duas formas de regulação do comportamento humano. De um lado, o direito regula as relações entre os cidadãos impondo-lhes direitos e deveres mesmo que eventualmente transgridam a lei, de outro, a coação regula as relações com os inimigos que abandonaram o papel de cidadãos e vivem à margem do direito e nesse caso faz-se necessário a negação de algumas garantias.

Nesse sentido, o direito penal do cidadão apresenta-se como a regra, ou seja, é o direito penal que normalmente deve ser utilizado para combater as infrações penais eventualmente praticadas e o direito penal do inimigo deve ser encarado como exceção a ser aplicada tão somente contra aqueles que se comportarem de forma perigosa.

Diante do exposto, o Direito Penal do inimigo baseia-se, principalmente, na aplicação do Direito Penal do autor, onde é culpado o delinquente pelo que ele é, no perigo que representa à sociedade, igual ocorre com o “condenado” na narração da obra de Kafka. Já o Direito Penal do Cidadão há aplicação do Direito Penal do fato,

no qual a culpabilidade configura-se no delito cometido. O primeiro assemelha-se com o atual clamor social, reforçado pelo direcionamento midiático, em razão do aumento da divulgação da criminalidade, por um recrudescimento àqueles que “intencionam” não se enquadrar nos parâmetros legais.

## 2.3 Justificativa da criação de uma Teoria do Inimigo do Direito

Diante da impotência do Direito Penal clássico, o qual pune o ato praticado (visão retrospectiva), Jakobs apresenta uma teoria que procura punir pelo ato ainda não praticado (visão prospectiva), impedindo que o delito se instaure. Entende aquele modelo como ultrapassado frente aos avanços da criminalidade na sociedade contemporânea. Utilizando-se do dito popular para Jakobs “é melhor prevenir do que remediar”.

Para isso Jakobs defende a intensificação da coerção no tratamento de indivíduos delinquentes em potencial, representantes de condutas perigosas porque trazem em si a permanência delitiva. Estas medidas são tidas como necessárias uma vez que tais condutas atentam contra a manutenção da vigência normativa e assim contra a sociedade, o Estado e suas instituições. Na visão do autor o preso não pode cometer delitos se estiver recluso em uma penitenciária: uma prevenção e segurança, ao menos, durante o lapso da pena privativa de liberdade.

O autor justifica, ainda, a aplicação da teoria em estudo dispondo que aquele que age em desalinho com a norma vigente, logicamente, não pode aproveitar desta mesma norma para usufruir de benefícios nela estabelecidos (JAKOBS e MÉLIA, 2009). São indivíduos que quebraram o acordo da sociedade formado pela abdicção de certas liberdades em prol de uma convivência em bem-estar social. Logo, não haveria que se falar em desproporcionalidade entre os tratamentos conferidos, uma vez que igualmente desproporcionais são os riscos apresentados pelo cidadão e pelo inimigo. Neste sentido leciona Jakobs:

[...] além da certeza de que ninguém tem o direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia,

ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário (JAKOBS e MÉLIA, 2009, p. 45).

Outro argumento apresentado por Jakobs é que quando essa espécie Penal protege primeiramente a norma, sendo esta devidamente resguardada, e só reflexamente os bens jurídicos essenciais, ou seja, aqueles indispensáveis a coexistência pacífica, sua autoridade restaria reafirmada e em consequência, seus destinatários tomam conhecimento de que ela ainda encontra-se vigente e é soberana devendo ser observada para não ser afastado do convívio social.

Assim, para ele, justifica sua implantação para a restauração do bom convívio em sociedade, uma vez que a pena está voltada contra um indivíduo perigoso, confirmando perante a sociedade a expectativa do rigor normativa esperado, instaurando a segurança.

### **2.3 A influência dos pensamentos filosóficos**

A teoria de Jakobs sofre influência jusfilosófica de autores contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Segundo esses, que há muito tempo elaboraram conceitos de inimigos, o delinquente que rompe o contrato social não pode usufruir dos benefícios do Estado. Diante das referidas construções conceituais encaixa-se o Direito Penal do Inimigo como ferramenta utilizada na luta contra essas ameaças.

Os citados jusfilósofos embora nunca tenham utilizado a expressão “direito penal do inimigo”, fundamentavam o surgimento do Estado a partir de um contrato e quem não o cumprisse estaria cometendo uma infração e, por conseguinte deixaria de participar dos benefícios deste. Aquele que não está em conformidade com o Estado quebra a ordem social, entra em guerra com ele e, assim, deixa de ser um de seus membros.

Rousseau afirma que quando um indivíduo comete alguma conduta delituosa viola o contrato social e como resultado não pode participar dos benefícios próprios de uma sociedade. Nesse sentido, torna-se traidor da pátria e deixa de ser membro do Estado, vez que rompeu o tratado social (GÜNTHER, 2009).

Semelhantemente, Fitcher entende que aquele que, voluntariamente, ou por negligência, abandona a convenção estabelecida pela sociedade perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano passa a um estado de ausência total de direitos (GÜNTHER, 2009).

Já para Hobbes o infrator deve ser mantido em seu status de pessoa, a não ser que pratique delitos de “alta traição”, os quais representam uma negação absoluta à submissão estatal. Então, a partir deste instante, não mais será tratado como súdito, e sim como inimigo (GÜNTHER, 2009).

Esse entendimento de nem todo crime ser passível de ter um inimigo como agente vem da concepção da natureza má do ser humano. Porém, se não demonstra possuir uma alta periculosidade é porque está apto a tornar-se bom e sair do estado selvagem. O autor de um crime nem sempre é inimigo, isso vai depender de sua periculosidade. Se for pequena terá o tratamento de um cidadão, porém se for grande terá o tratamento dado a um inimigo.

Por sua vez Kant admite tratamentos *hostis* contra seres humanos que, de modo reiterado se recusassem a participar da vida comunitário-legal, pois não pode ser considerada uma pessoa o indivíduo que ameaça alguém constantemente. Nesse contexto, um indivíduo incapaz de ficar em paz na sociedade e assegurar aos demais um mínimo de segurança tornam-se uma ameaça eterna e assim se comportando permanece em estado de natureza e legitima a adoção de medidas extremas (GÜNTHER, 2009).

Jakobs partindo dessa idéia contratualista aproxima-se mais de Hobbes, embora receba influência de todos os demais juscontratualistas. Não há em sua teoria uma radicalização em na divisão de inimigo do não inimigo da norma (o transgressor e o não transgressor das normas). O que há são infratores caracterizadores ou não de uma ameaça, permitindo a existência de cidadãos dentro do grupo de delinquentes. Assim, Dispõe o teórico:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto

a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (JAKOBS e MÉLIA, 2009, p.26-27).

Desta feita, o homem em estado de guerra não possui leis e onde não há lei não há injustiça, tudo será permitido contra o inimigo porque para ele não há parâmetros. Tem-se com isso o pressuposto necessário para a admissão de um Direito Penal do Inimigo, qual seja, a possibilidade de se tratar um indivíduo como objeto e não como pessoa.

## **2.5 vestígios no ordenamento jurídico brasileiro**

A legislação brasileira participa da tendência mundial de expansão no âmbito penal, que tem como objetivo combater incisivamente a criminalidade por meio da aplicação de um Direito Penal de Exceção. Bem próximo do modelo norte americano de Lei e ordem é derivado do apelo midiático e da atuação de parlamentares no sentido de conter a violência criminalizando cada vez mais condutas e relativizando direitos individuais.

Como exemplo do Direito penal do inimigo no sistema jurídico pátrio tem-se: a Lei de crimes hediondos, antes da alteração da Lei 11.464 de 28 de março de 2007; o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); a Lei 9.614/98 (Lei do abate de aeronaves suspeitas) além de algumas decisões proferidas em Tribunais.

Seu marco histórico no Brasil veio com a edição da Lei 8.072/90, lei dos crimes hediondos. Até a alteração legislativa de 28 de março de 2007 (Lei 11.464), ela determinava a proibição da progressão de regime para aqueles que praticassem crimes considerados hediondos, impondo o cumprimento integral da pena em regime fechado. Coexistia, no entanto, no mesmo sistema jurídico, tratamentos diversos a depender da classificação do crime em hediondo ou não hediondo.

Quando de sua criação a Lei dos Crimes Hediondos representava um exemplo de legislação influenciada pelo Direito Penal do Inimigo. Nela, determinados criminosos eram tratados de forma mais rigorosa, mitigando garantias asseguradas a todos, como a impossibilidade de progredir de regime, maior prazo para as prisões

temporárias e a colocação em presídios de segurança máxima daqueles considerados uma ameaça a ordem ou a incolumidade pública. Sua criação é um exemplo do punitivismo excessivo e do simbolismo que acomete o nosso legislador.

No Brasil, por vezes, Tribunais invocam o direito penal do autor, conforme demonstra o julgamento do Habeas Corpus nº 192242

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. QUESTÃO DISCUTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE DO PLEITO NA PRESENTE VIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. FURTO. POLICIAL MILITAR. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 240, § 1º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ORDEM DENEGADA. (.). V - Quando a conduta se subsume perfeitamente ao tipo abstratamente previsto pela norma penal, não possuindo, entretanto, relevância jurídica por não produzir uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado, há a configuração apenas da tipicidade formal, restando afastada a tipicidade material. Nesta hipótese, ante ao princípio da intervenção mínima, afasta-se a aplicação do Direito Penal. VI - O princípio da insignificância revela-se quando condutas que se amoldam formalmente a determinado tipo legal, não apresentam relevância material, sendo afastada liminarmente a tipicidade penal. VII - O Supremo Tribunal Federal, ao delimitar a aplicação do princípio da insignificância, registrou que devem ser observados os seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. VIII - Na hipótese dos autos não se verifica a presença de todos os requisitos para a aplicação do princípio em comento. Conquanto possa se afirmar haver a inexpressividade da lesão jurídica provocada - por ser considerada ínfima a quantia alegada pela impetrante R\$ 0,40 (quarenta centavos de Real) - verifica-se na hipótese alto grau de reprovabilidade da conduta do paciente, policial militar, fardado, que, no seu horário de serviço, subtraiu uma caixa de chocolates, colocando-a dentro de seu colete a prova de balas. IX - O policial militar representa para a sociedade confiança e segurança. A conduta praticada não só é relevante para o Direito Penal como é absolutamente reprovável, diante da condição do paciente, de quem se exige um comportamento adequado, ou seja, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral. X - No art. 240, § 1º do Código Penal Militar, criou o legislador uma causa de diminuição de pena ao furto atenuado, havendo a permissão - caso o agente seja primário e de pequeno valor a coisa furtada - para que o juiz da causa substitua a pena, a diminua ou considere a infração como disciplinar. Note-se que

o dispositivo não pode ser interpretado de forma a trancar a ação penal, como quer a impetrante, sendo certo que competirá ao juiz da causa, após o processamento da ação penal, considerar ou não a infração como disciplinar. XI - Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 192242 MG 2010/0223704-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011)

O HC pedia o trancamento da ação penal, com fundamento no Princípio da Insignificância, pois um policial militar foi acusado de furtar uma caixa de chocolates. A Quinta Turma do STJ entendeu que, embora inexpressiva a lesão jurídica, a conduta do agente é altamente reprovável, visto ser um policial militar e estar fardado no momento do furto. O valor, dos produtos furtados, seria o equivalente a R\$ 0,40 (quarenta centavos) à época. O Ministro do STJ embasou seu voto em um juízo de valor, para aferir se a conduta possuía relevância penal, utilizando o autor e não a conduta como referencial.

A Lei de Execução Penal, também, possui um dos institutos típicos do direito penal do inimigo que é o Regime Disciplinar Diferenciado, introduzido pela Lei 10.792 de 2003, em seu art. 52 da Lei n. 7.210/84 abaixo transcrito:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

[...]

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O RDD traz em seu bojo uma subjetividade no que tange a punição fundada apenas na suspeita de risco a ordem, a segurança social ou ao estabelecimento prisional. Aqui se pune pelo autor ou por sua periculosidade, independentemente de

qualquer ação, omissão ou resultado, mais uma característica do inimigo do direito na legislação brasileira.

De forma sucinta, Damásio de Jesus compartilha desse entendimento quando preleciona que entre nós, o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e ss. da Lei de Execução Penal, projeta-se nitidamente à eliminação dos considerados perigos (JESUS, 2008).

Outro exemplo de norma influenciada pela filosofia de Jakobs está na Lei 9.614/98, chamada de Lei do Abate, quando possibilita a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando armas de fogo ou traficando entorpecentes e drogas afins no espaço aéreo brasileiro, desde que não se identifiquem ou não respondam às ordens de pouso da Força Aérea. A supressão do devido processo legal é patente já que para aplicar a norma basta a suspeita. Trata-se do exemplo mais prático da aplicação do Direito Penal do inimigo no Brasil.

De forma esparsa na legislação pátria é identificável, ainda, acentuados sinais nos seguintes diplomas: no Código de Processo Penal ao tratar da incomunicabilidade do (artigo 21), embora tacitamente revogada pela Constituição Federal de 1988 e ao prevê prisão preventiva (artigo 312) para assegurar a aplicação da lei penal, neste caso o Código de Processo Penal busca eliminar o perigo, um dos objetivos precípuos da teoria de Jakobs; na Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95) quando dispõe sobre o emprego de meios operacionais visando a prevenção dos atos praticados por organizações criminosas e na Constituição Federal ao afirmar que, na vigência do estado de defesa e de sítio, algumas garantias constitucionais podem sofrer restrições, tais como o sigilo das correspondências ou das comunicações telegráficas e telefônicas, o direito de reunião e a decretação de prisão sem a devida ordem judicial (artigos 136 e 137).

### **3.0 BRASIL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

#### **3.1 Estado Democrático de Direito: surgimento e situação legal**

Inicialmente é impossível fazer reflexões acerca do Estado Democrático de Direito sem fazer uma análise, mesmo que de maneira concisa, das punições ao longo



da história da sociedade. Nem sempre vigorou o chamado Estado Democrático de Direito. Ele foi uma conquista do povo contra os poderes soberanos.

Na idade média, por volta do século XIII, o sistema punitivo tinha estreita relação com o poder exercido pela Igreja, e os que adotavam comportamentos contrários aos seus dogmas eram barbaramente mortos. Durante a Santa Inquisição, pessoas foram presas, condenadas e até queimadas em praça pública sob o argumento de atentarem contra a ordem soberana da Igreja Católica e do Direito Canônico.

Os processados durante a inquisição não tinham muitas chances de defesa, sendo que na maioria das vezes nem sabiam o porquê de sua prisão. Aqui não se falava em contraditório, ampla defesa ou em devido processo legal. Neste período surgiu o sistema processual inquisitivo, no qual não havia uma separação das funções processuais de acusação, defesa e julgamento, estavam todas concentradas nas mãos de uma só pessoa, o juiz inquisidor.

Insta observar a obra Na Colônia Penal e perceber, quase nove séculos depois, a descrição da condenação de um homem o qual é levado à sentença sem nenhuma explicação do crime cometido, exatamente como ocorria no século XIII. A ele é dispensado um tratamento humano e é elevado a condição de objeto. Não possui nome, é identificado apenas como condenado. Desta feita, como a literatura guarda as marcas do seu tempo, é evidente o caráter circunstancial do sistema punitivo, caráter que pode ser confirmado com o ressurgimento, no final do século XX, na ideologia de Jakobs, após a superação do início do mesmo século.

Posteriormente, durante o regime absolutista o poder era concentrado nas mãos do rei e ao povo não eram devidos os direitos fundamentais. Em condições de total submissão e influenciados pelas ideias iluministas advindas no século XVIII, propagadoras de que a razão do poder está no homem e não em Deus, o povo passou a se rebelar contra a concentração do poder.

Cumprе ressaltar que as influências das ideias iluministas atingiram seu ápice na França e como consequência deu origem a Revolução Francesa de 1789. Esse momento histórico foi marcado por uma repressão penal violenta, mediante execuções sumárias daqueles que ousaram a subverter o poder soberano.

Após a Revolução Francesa há o nascimento do Constitucionalismo. Esse movimento não tinha como escopo a criação de uma Constituição em cada Estado, uma vez que sempre a tiveram e sempre terão uma lei maior que regerá a ordem social, isso é típico da civilização. A finalidade do Constitucionalismo era fornecer constituições escritas aos Estados, concretizar por meio das letras as leis, a conduta a ser ou não seguida, os deveres e direitos.

Uma consequência das revoluções liberais e do constitucionalismo foi o surgimento do denominado Estado de Direito, no qual tanto os governantes como os governados deviam obediência às leis. Entretanto, a ideia de Estado de Direito foi desvirtuada durante as Guerras Mundiais e vários judeus foram mortos com base na lei alemã, pois o positivismo pregava total obediência às leis. O ordenamento jurídico era intocável, revestia-se de sacralidade. Kafka, registrando seu tempo, retrata no conto Na Colônia Penal o tratamento dedicado à legislação no período entre Guerras Mundiais, uma vez que começou a ser escrito em 1914. Ela cobria-se de um respeito tão grande que era permitido apenas obedecer sem ousar tocá-la.

Para tanto, transcreve-se um trecho que relata metaforicamente o cuidado e o valor conferido ao livro, pelo Oficial, cujo conteúdo trazia as sanções correspondentes a cada crime, pois representava o ordenamento legal:

[...] – Lá no desenhador ficam as engrenagens que comandam o movimento do rastelo; elas estão dispostas segundo o desenho que acompanha o teor da sentença. Eu ainda uso os desenhos do antigo comandante. Aqui estão eles - puxou algumas folhas da carteira de couro – mas infelizmente não posso pôr na sua mão, são a coisa mais preciosa que tenho. Sente-se, eu os mostro ao senhor desta distância, assim poderá ver tudo bem (KAFKA, 1986, p. 46).

O passo seguinte foi, diante da insatisfação do período de Guerras, diferenciar lei vigente de lei válida. Percebeu-se acima das leis valores que devem ser considerados e obedecidos. Dessa forma, após a Segunda Guerra Mundial surge um aspecto novo ao Estado de Direito, o caráter Democrático, surgindo o Estado Democrático de Direito. Nele todos, governantes e governados, devem obediência às leis, porém ao criá-las devem atender os valores de igualdade, liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Hoje, no artigo que inaugura a lei Magna brasileira, o legislador constituinte prescreve que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Ainda acrescenta como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos mais importante, já que se propaga por todo o ordenamento, sendo seu traço marcante. A importância dada aos direitos humanos fez a doutrina moderna defender a existência de um Estado Democrático e Humanitário de Direito.

### **3.2 Sistema Punitivo Democrático**

As constituições democráticas, objetivando reprimir as atrocidades dos governos que circundaram as duas Grandes Guerras, estabeleceram, em sua essência, direitos e garantias a todos os cidadãos e criaram mecanismos de auto-limitação.

Os direitos e garantias foram concedidos para que a sociedade, nos momentos de paixões e fraquezas, não se deixassem submeter a um sistema punitivista desenfreado, evitando assim a legitimação de um direito penal pautado no simbolismo e na antecipação de juízos de culpabilidade.

Dentro desse cenário a todos foi concedido o direito a um rol mínimo de liberdades. Essas estão estabelecidas na Constituição que torna o Brasil um Estado de Direito e são elementos legitimadores do sistema punitivo democrático.

A legalidade do ordenamento jurídico penal tem por base a Constituição Democrática brasileira. A lei Maior orienta a técnica legislativa, uma vez que vincula o legislador na formulação das regras que prescreverão as condutas puníveis.

A finalidade de uma lei no topo da pirâmide de Kelsen (Constituição Federal) é servir de parâmetro e evitar a tipificação de condutas penais por meio de normas que não estejam, por exemplo, relacionadas a fatos, mas à pessoas, “ como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir (...)”.(FERRAJOLI, 2002, p. 21)

Neste sentido é que se tem como inadmissível, em um sistema punitivo democrático, a existência de tipos penais que descrevam ações tendentes a punir os que supõe ser, real ou potencialmente, perigosos para a hierarquização social.

A criação de condutas puníveis fundamentadas na potencial ameaça que um indivíduo aparenta à sociedade permite a discriminações justificadas em característica pessoais do agente e “enterram” a igualdade, o respeito, a fraternidade, enfim todo o rol estabelecido no artigo 5º da Constituição do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ao permitir ao juiz analisar as qualidades do agente e não o crime que cometeu, para subsumi-lo no tipo penal e aplicar-lhe a pena, transforma-se o processo penal em um instrumento de análises subjetivas, arbitrário e inimigo da humanidade. Assim, o Estado tornando-se arbitrário retira a humanidade dos indivíduos, seleciona quem são os inimigos do Estado, viola o Estado Democrático de Direito instituído pela República Federativa do Brasil.

As hipóteses acusatórias devem ser passíveis de verificação e de exposição à refutação em respeito à ampla defesa e ao contraditório. Dessa maneira, somente poder-se-ia falar em imposição de pena a um fato descrito e reconhecido em lei como delituoso, se este fosse passível de comprovação, através da produção de provas e contraprovas, não em suposições e cogitações por demais imparciais.

O cerceamento da produção de provas é incompatível com o sistema atual e com o próprio sentido da democracia. É típico de período marcado por um sistema penitenciário cruel como a colônia (sistema prisional) da obra Na Colônia Penal de Kafka, entendimento que se confirma no trecho abaixo selecionado;

[...] – Então até agora o homem ainda não sabe como foi acolhida sua defesa?

- Ele não teve oportunidade de se defender, disse oficial, olhando de lado como se falasse consigo mesmo e não quisesse envergonhar o explorador com o relato de coisas que lhe eram tão óbvias. (KAFKA, 1986, p.40)

Além do exposto, cumpre observar que um Estado detentor de um sistema pu-

nitivo harmônico com os direitos e garantias fundamentais são de interesse de toda a sociedade brasileira, tanto dos "mocinhos" como dos "bandidos" e reafirma seu papel democrático. Salo de Carvalho ratificando esse entendimento dispõe que:

A garantia desses direitos correspondem a pré-condições de convivência, sendo que sua lesão por parte do Estado justificaria o dissenso, a resistência e a guerra civil. O que nos parece relevante sublinhar é o fato de que todas as pessoas, independentemente de incorrerem ou não em sanção penal preservam e devem ter garantidas igualmente condições mínimas de dignidade. O garantismo penal é um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo de racionalidade, tem o escopo de minimizar a violência e garantir a paz (CARVALHO, 2001, p. 99).

Neste sentido, o sistema punitivo democrático foi o escolhido pela Constituição Federal de 1988, quando instituiu o Brasil como Estado Democrático de Direito e conferiu uma série de garantias aos indivíduos. Essas foram revestidas de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da nação brasileira.

### **3.3 O Direito Penal do Inimigo e os direitos e princípios do Estado Democrático de Direito**

Consoante exposto anteriormente o Estado Democrático de Direito apresenta um rol de direitos e princípios concedidos na Lei Maior do país, portando, de observância obrigatória. Abaixo será confrontado com a Teoria do Direito Penal do inimigo fazendo um paralelo.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade impede a imposição das consequências jurídicas, estipuladas para determinado tipo penal, ao acusado ou investigado, antes da sentença criminal transitada em julgado. Nessa linha o Direito Penal do Inimigo resultaria na criação de crimes de mera suspeita ao estabelecer grupos de risco que representam ameaça à sociedade, sem necessitar do início de qualquer ação, pois há uma presunção de que haverá um ataque no futuro.

Já o contraditório e a ampla defesa conferem ao acusado, respectivamente, o direito de ser informado de todos os fatos a ele imputados, bem como de todos os atos judicialmente praticados pela parte adversa no processo, e de poder contra-atacar

com os argumentos que considerar necessários. Na proposta de Jakobs o direito de defesa e de contraditório do inimigo sofre uma relativização, pois o homem que não cumpre às leis não deve dela desfrutar.

A igualdade é um princípio básico para a criação de uma democracia. A Constituição de um Estado Democrático de Direito deve assegurar a igualdade, a fim de que seja resguardado um tratamento igualitário na elaboração de uma lei para situações idênticas. Por outro lado, Jakobs vislumbra a necessidade de coexistir dois direitos penais, do cidadão e do inimigo, gerando uma desigualdade perante a lei de uns e outros.

Seguindo os princípios constitucionais democráticos, sob a ótica penal, acrescenta-se a razoabilidade e a proporcionalidade. Esses visam não só impedir o emprego imoderado das sanções que privam ou limitam a liberdade do homem, mas também restringir o uso das penas dentro do necessário a reprovação e a retribuição. Assim, a periculosidade anterior ao cometimento de um fato delituoso – e o recrudescimento das sanções presentes na teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com as noções de proporcionalidade e razoabilidade.

Assinale, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor supremo da sociedade. Ele agrega todos os direitos fundamentais dos cidadãos, além de ser intrínseco a condição humana, e confere respeito à pessoa como um valor em si. Portanto, concedendo, ao “inimigo”, a condição de não pessoa, o Direito Penal do Jakobs viola não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, como também a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.0 EXISTÊNCIA DE UMA DUPLA MORAL DENTRO DA TEORIA DE JAKOBS**

No decurso da história da humanidade as leis surgiram para permitir uma convivência social harmônica. Nesse sentido, a partir do momento que se molda modelos de conduta e se elabora as regras, surge à sensação de tranquilidade advinda da mera existência de normas.

Nesse contexto, quando na simples presença de um ordenamento jurídico, se

deposita o sentimento de segurança e paz social e a realidade, divulgada e vivenciada, relata o contrário, surge a propagação de discursos repressores.

A evolução da sociedade trouxe a complexidade das ações criminosas. Isso não significa dizer que os crimes se tornaram mais violentos, e nem menos violentos, porém mais arquitetados.

A dificuldade no combate ao crime organizado, somada aos embaraços na solução de tantos outros crimes e a divulgação massiva da criminalidade pela mídia, fez surgir o sentimento de insegurança e a ideia de enrijecimento do ordenamento jurídico. Busca-se a paz com a simbolização de uma legislação suprema.

Diante disso, Jakobs apresenta, dentro da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a defesa da criação de um dúbio Direito Penal, como já mencionado. De um lado aquele dedicado ao cidadão, o qual faz jus ao respeito de todas as garantias e direitos fundamentais; de outro o inimigo, desmerecedor das vantagens da lei que infringiu.

Já é sabido que o fim da teoria é disciplinar o indivíduo que “ousa” infringir a ordem jurídica e restabelecer o correto cumprimento das leis, as quais sempre deverão prevalecer e ser rigidamente cumpridas. Para tanto se usa do Direito simbólico, sistematizado em normas rigorosas com a relativização ou supressão de direitos.

É de verificar, contudo, a existência de uma dupla moral dentro da teoria em questão. O Direito penal do Inimigo, ao tempo que exige o rigoroso império das leis para punir os criminosos e mostrar que regras devem ser respeitadas, nega sua vigência ao deixar de conferir direitos àqueles classificados como inimigos. Isso em um ato de desrespeito ao ordenamento na busca de respeito ao mesmo.

Assim, a teoria admite a supremacia da lei para castigar, mas dispensa a mesma supremacia no momento de acusar, processar, condenar e executar a pena do inimigo. Jakobs busca a coexistência de uma dupla moral incompatível dentro do mesmo sistema jurídico penal.

A incompatibilidade da teoria também pode ser detectada na contradição do seguinte excerto da obra de Kafka utilizada para reflexão desse trabalho:

– Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o restelo. No corpo deste condenado, por exemplo – o oficial apontou para o homem – será gravado: Honra o teu superior! (KAFKA, 1986, p.39).

Condena-se por infringir a ordem suprema e na execução aniquila-se o princípio máximo dessa ordem: a dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A novela de Kafka espelha, com simetria, a verdade do sistema penitenciário brasileiro. A Colônia Penal de Franz Kafka representa o robusto sistema prisional e o restelo a crueldade das execuções. O indivíduo vê-se diminuído por um Estado executor que lhe nega assistência e confere o estigma de “excluso” àquele que está na sociedade mas dela não participa. Para este “tipo” de indivíduo defende-se, como única solução, a exclusão.

O restelo da Colônia Penal de Kafka apresenta-nos um sistema penal, cujas falhas trituram os princípios humanitários, juntamente com o corpo do acusado que, para não pedir explicações, tem a voz abafada por um algodão:

[...]. Aqui na cabeceira da cama, onde, como eu disse, o homem apoia primeiro a cabeça, existe este pequeno tampão de feltro, que pode ser regulado com maior facilidade, a ponto de entrar bem na boca da pessoa. Seu objetivo é impedir que ele grite [...]. (KAFKA, 1986, P.36).

Trazendo para a realidade brasileira atual, a ineficácia do sistema jurídico tradicional, em solucionar adequadamente os problemas da criminalidade, e o sentimento de insegurança, patrocinado pela campanha da imprensa sensacionalista, implantou na população o desejo por um sistema de máxima repressão no combate aos delitos e no endurecimento das penas para a restauração da paz.

Dentro dessa visão, conclui-se que, o personagem “condenado” da “Colônia Penal” personifica-se em inúmeros suspeitos e condenados do sistema penal brasileiro, os quais muitas vezes sofrem a execução antes mesmo da sentença, ação que visa através do simbolismo reprimir condutas desvirtuantes. O condenado, primeiro



é levado à máquina e nela após horas de sofrimento e de supressão das garantias fundamentais é que “sente” a sentença.

Esse sentimento é terreno fértil para o crescimento de movimentos de expansão do Direito Penal e para propostas de contenção como o Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs. Essa teoria defende que o tratamento penal tradicional deve ser aplicado ao acusado-cidadão, delinquente não habitual, até que se exteriorize uma conduta não eventual de delinquir. Contra esse acusado-inimigo é conferido ao Estado o *ius puniendi* no estado prévio, pois se combate a sua periculosidade. Ou seja, no caso do inimigo, punem-se, até mesmo, os atos preparatórios, como uma forma de prevenir os perigos (JAKOBS, 2009).

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2007, p.107), a ideia de Jakobs assemelha-se a teoria Darwiniana: “a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, assim também o Estado deve eliminar o delinquente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência.”

Entretanto, a teoria do inimigo encontra obstáculos no ordenamento jurídico brasileiro. Seus meios são incompatíveis com o Direito Penal concebido em um Estado de Direito Democrático como o Brasil.

Ocorre que a legitimação da aplicabilidade deste direito penal de contenção, de combate ao “inimigo”, é inadmissível, dentro dos paradigmas do Estado Democrático. A aplicação de um direito penal desvinculado de garantias, pautado em simbolismos e no adiantamento da punibilidade por meras suspeitas (até porque a presunção é de inocência - art.5º, LVII, CF/88), não coaduna com um sistema punitivo democrático, uma vez que despersonalizam o ser humano e fomenta a metodologia do terror.

Ainda que, algumas legislações contemporâneas (RDD, Lei do Abate), tenham permitido vestígios da teoria de Jakobs, a qual visa aumentar o poder estatal e diminuir as garantias fundamentais, o que se deve é frear seu crescimento, pois incompatível com o fundamento maior do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Assim, o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado perseguidor do “inimigo”, pois busca o autoritarismo. Ao se legitimar um tratamento arbitrário e desi-

gual, renuncia-se o Estado de Direito, uma vez que transforma a pessoa em objeto e a desnuda de seus direitos essenciais. Além disso, abre-se espaço para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos, já que o status de inimigo é subjetivo e cabe a qualquer um. No lugar de paz se autorizará um estado de guerra.

Na tentativa de se evitar uma degeneração da moral é que se utilizou, nesse trabalho, a interdisciplinaridade com a obra “Na Colônia Penal” de Franz Kafka. A Literatura pode contribuir para o aperfeiçoamento crítico, para a capacidade de análise da realidade circundante, no auxílio da defesa e promoção dos direitos fundamentais e na formação dos que trabalham com o Direito.

Propõe-se, para evitar a formação de uma dupla moral, que a sociedade se vista da figura do “explorador” da Colônia de Kafka. Oportuno colocar-se em uma posição mais afastada possível do senso comum propagado na imprensa sensacionalista. É preciso, porém, pôr em dúvida a legitimidade dos discursos repressores.

Com suas explanações incisivas, o “oficial” busca o apoio do “estrangeiro” para dar continuidade ao modelo de punição do “antigo comandante”, considerado ultrapassado pelas autoridades da época. Da mesma forma, a mídia (o oficial), adepta do simbolismo impactante das imagens, tenta atrair seguidores, para dar continuidade a um modelo penal autoritário (o antigo comandante) de épocas passadas e que contraditoriamente é exigido embora considerado superado o período do autoritarismo.

Tal como hodiernamente a máquina (execução penal, por vezes antecipada) é apresentada de maneira fria pelo oficial (mídia sensacionalista) remetendo a uma alienação diante do horror da cena de sofrimento do condenado ou acusado (o personagem “condenado” da obra), pois é necessário que ele sinta na pele a culpa e que a sociedade perceba a efetivação da justiça, a força da lei.

Como o novo comandante não pode valer-se dos próprios poderes, para conter um modelo de punição arcaico, ele aproveita a visita do explorador na tentativa de combater os discípulos do seu antecessor e da máquina ultrapassada por ele deixada. Paralelamente o Poder Legislativo (novo comandante) não pode sozinho, utilizar o poder para rechaçar a criação de leis de máxima repressão. O povo (o explorador),

verdadeiro detentor do poder, com um olhar externo (estrangeiro), o mais isento possível de qualquer influência, é quem deve reprimir a propagação de leis inconstitucionais, já que os legisladores são meros representantes do povo.

Dessa maneira, o olhar crítico da sociedade vai evitar o renascimento do modelo de punição inquisitorial e arbitrário, que penosamente foi sendo superado, e as ilações fundadas em senso comum serão suplantadas. Tal qual o novo comandante, ao perceber que não consegue apoio do viajante/explorador, se coloca na máquina de tortura e é vencido.

Acrescenta-se que essa reflexão é mais uma demonstração que o Direito Penal do Inimigo não procede. Esse Direito, de bases subjetivas, acabará por classificar todos como inimigos e atingir até mesmo seus defensores, em um verdadeiro extermínio humano.

Por fim, reforçando o posicionamento tomado nesse trabalho, repete-se esta última metáfora, escrita na lápide do antigo comandante (sistema penal autoritário), que ajudou criar o torturante procedimento:

Aqui jaz o antigo comandante. Seus adeptos, que agora não podem dizer o nome, cavaram-lhe o túmulo e assentaram a lápide. Existe uma profecia segundo a qual o comandante, depois de determinado número de anos, ressuscitará e chefiará seus adeptos para a reconquista da colônia. Acreditai e esperai! (KAFKA, 1986, p. )

Em conclusão, sempre haverá adeptos da ideologia da supressão de direitos daqueles que infringem o ordenamento jurídico. Porém é necessária a vigilância social, uma vez que o *ius puniendi* do Estado não pode ser exercido de forma discricionária. Ele encontra limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana. Diante disso, é que se percebe na teoria do Direito Penal do Inimigo uma total incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, configurando-se um retrocesso para a sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vademecum acadêmico de direito**. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Notas ao sistema humanista de beccaria: breve contributo à construção de uma antinomia entre Beccaria e Kafka**. Revista Direito e Literatura, Mossoró, v.2, n.1, p.51-70, jan./jun.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 192242**. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 22/03/2011, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785511/habeas-corpus-hc-192242-mg-2010-0223704-5>

BRITO, Eduardo Manoel de. **Quando a ficção se confunde com a realidade: as obras In der Strafkolonie/Na Colônia Penal e Der Processo/O Processo de Kafka como filtros perceptivos da ditadura civil-militar brasileira**. São Paulo: Serviço de Comunicação Social. FFLCH/USP, 2008, 228 p. (Produção Acadêmica Premiada)

BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antônio Garcia Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. SP: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO. Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v.3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Ana Rosa Ferreira. **O discurso da violência: as marcas da oralidade no discurso popular**. 2.ed. São Paulo: Cortez. 2003.

ECKER, Diego. **Diante da lei: a “condenação original” do indivíduo em “O processo”, de Franz Kafka**. In: Colóquio Internacional de Direito e Literatura (1.: 2012: Passo Fundo). Anais do 1. Colóquio Internacional de Direito e Literatura. / Coordenação: André Karam Trindade; Fausto Santos de Moraes. — Passo Fundo: IMED, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Rosângela. **TV: uma "janela" perigosa**. Disponível em <<http://www.piratinin-ga.org.br/entrevistas/veronicarezende-jun2004.html>>. Acessado em: 18 dez. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Críticas à tese do direito penal do inimigo**. Disponível em: <[www.ultimainstancia.com.br](http://www.ultimainstancia.com.br)>. Acesso em: 07 abr. 2014.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. atual. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo: Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

KAFKA, Franz. **O Veredicto e Na Colônia Penal**. Tradução do Alemão e Posfácio: Modesto Carone. Belo Horizonte: Brasiliere, 1986.

KLEE, Paul. **Teoría del arte moderno**. Buenos Aires: Cactus, 2007, p. 35. Cultural, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROSA, Patrícia Rodrigues. **Análise crítica da teoria do direito penal do inimigo frente ao paradigma de estado democrático de direito**. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, 23 jun. 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12929&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12929&revista_caderno=3)>. Acesso em mar 2014.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi (org). **Encontros entre direito e literatura: pensar a arte**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SODRÉ, Muniz. **Sociedade midiática e violência**. Porto Alegre: Sulina: Edipeurs, 2002.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2013.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2009.

# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

## THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF FRATERNITY AND FRATERNAL BUILDING CONSTITUTIONALISM.

Hamílcar Giúlio Brito de Sena Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O princípio da Fraternidade ou simplesmente Fraternidade é um conceito de amplas significações que no decorrer da história humana veio a desempenhar diversos papéis, nas mais variadas áreas do conhecimento humano. Desde sua origem eminentemente religiosa até sua recente (re)valorização, no âmbito do pensamento jurídico, diversos foram os estudiosos que analisaram o tema e também diversos foram os textos legais que tiveram em seu âmago o gérmen da Fraternidade a lhes prestar o fundamento básico. O problema que fundamenta o presente trabalho está justamente na delimitação do que seria esse princípio ante o momento atual do mundo jurídico, em especial do chamado de Constitucionalismo Fraternal, já que vivemos em um mundo cada vez mais plural, onde é necessário se compreender a liberdade e a igualdade de maneira ainda mais ampla, analisando-as sob a ótica da Fraternidade. Para tanto se faz mister que se entenda a Fraternidade como um princípio-dever a orientar o juiz na aplicação concreta do texto legal em um mundo cada vez mais plural, onde todos são muito iguais mas ao mesmo tempo muito diferentes. Os homens merecem tratamento “igualitário”, livre de toda e qualquer forma de preconceito e discriminação, justamente por possuírem o caráter humano que é imanente a todos. Um dos pontos cruciais então é como efetivar de maneira concreta essa Fraternidade, como garantir uma verdadeira justiça social, pegando aqui a noção aristotélica de justiça: dar a cada um aquilo que lhe pertence. Só se pode vislumbrar esse tipo de justiça quando se garantem condições mínimas para uma vida digna, há que se ressaltar, porém que tal princípio depende do próprio conceito de pessoa humana, do reconhecimento do que seja o outro, partindo de um pressuposto de alteridade que se encontra na Fraternidade, quando se reconhece o outro como irmão, quando a igualdade é mais que mero igualitarismo nivelador.

**Palavras-chave:** Constituição. Fraternidade. Dignidade. Humanidade. Efetividade.

**ABSTRACT:** The principle of fraternity or simply fraternity is a concept of broad meaning that in the course of human history came to play various roles, in various areas of human knowledge. Since its eminently religious origin to its recent (re)valuation in the context of legal thinking, many scholars had studied the subject and also have many legal texts that had at their core the seed of the fraternity to provide them the basic foundation. The problem underlying the present work is precisely the definition of this principle would be before the current moment the legal world, in particular the so-called Constitutionalism Fraternal, since we live in a world increasingly plural, where it is necessary to understand the freedom equal and even more broadly, analyzing them from the perspective of the Fraternity. For both it is

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho - FSA. hamilcar.giulio@gmail.com

a must to understand the fraternity as a principle and duty to guide the judge in the practical application of the legal text in an increasingly pluralistic world, where everyone is equal but at the very same time very different. Men deserve, free from all "equal" treatment and any form of prejudice and discrimination, just by having the human character is immanent in all. A crucial point then is how to enforce a concrete way that fraternity, how to ensure genuine social justice, taking here the Aristotelian notion of justice: giving to each what is his. One can only envision this kind of justice when it guarantee minimum conditions for a dignified life, it is worth noting, however, that this principle depends on the very concept of the human person, the recognition of which is the other, starting from an assumption that otherness is in the Brotherhood, when it recognizes the other as brother, when equality is more than mere leveler egalitarianism.

**Keywords:** Constitution. Fraternity. Dignity. Humanity. Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

A aplicação do Princípio da Fraternidade e a construção do Constitucionalismo Fraternal é uma das questões jurídicas do nosso tempo que a cada dia tem despertado cada vez mais a atenção de estudiosos não só da área das ciências jurídicas, mas também de outras do conhecimento humano, como a filosofia, Ciências Políticas, Sociologia dentre outras.

Questão de difícil elucidação é a própria conceituação do termo Fraternidade, em virtude da amplitude de significados que pode acarretar, em sua maioria ligados à religião e à espiritualidade, mas nem por isso menos importantes para o campo das ideias jurídicas, em virtude da valorização do ser humano que advém desta linha de pensamento.

O problema que se encontra no cerne da discussão do presente trabalho é basicamente a delimitação dentre dos limites do pensamento jurídico do que seria esse princípio ante o momento do Constitucionalismo, chamado por alguns de Constitucionalismo Fraternal ou Altruístico. Vive-se hoje em um mundo onde se exaltam tanto os direitos humanos como em nenhum outro momento na história, que chega a ser difícil que se imagine que ainda exista qualquer manifestação no sentido de lesão a tais direitos. Infelizmente é o que ainda acontece, inclusive aqui, em terrae brasilis, que contraditoriamente apresenta uma das constituições mais avançadas quando se trata de direitos humanos, a chamada “Constituição Cidadã”.



Para o Ministro do STF Gilmar Mendes é necessário que se compreenda a liberdade e a igualdade de maneira ainda mais ampla, analisando-os sob a ótica da Fraternidade, quando da análise do douto Ministro do STF no julgamento da ADPF 186-2/DF<sup>2</sup>, o que se infere de tal análise é que a Fraternidade hoje corresponde a um antigo anseio social que vem desde o período da Revolução Francesa, constituindo desta maneira o desenvolvimento natural dos demais direitos e garantias, podendo inclusive constituir condição essencial para seu reconhecimento e efetivação, como salienta o ex- Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2003, p.218):

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude esta sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

Os homens merecem tratamento igualitário, livre de toda e qualquer forma de preconceito e discriminação, justificando-se tal tratamento pelo simples fato de serem irmãos, e neste ponto devemos entender “irmãos” como membros da mesma espécie, do mesmo grupo, aqueles que possuem uma origem comum, cuja identidade de um está atrelada a do outro, uma vez que como pertencentes à mesma espécie compartilham os mesmos caracteres, embora dotados das peculiaridades próprias de cada indivíduo, que marcam o pluralismo típico de nossos tempos.

Desta forma no primeiro capítulo será abordada a relação existente entre o princípio da Fraternidade e outros princípios marcantes do ordenamento jurídico, quais sejam os princípios da Igualdade, Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana. Já no segundo capítulo do presente trabalho o foco será a própria fraternidade em seus aspectos históricos evolutivos, no que tange à religião e às revoluções da qual teve parte, bem como a sua influência no que concerne aos direitos humanos. Por

---

<sup>2</sup> AMED. CAUT. EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186-2 DISTRITO FEDERAL - ARGUENTE(S): DEMOCRATAS - DEM - ADVOGADO(A/S) : ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN - ARGUIDO(A/S) : CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CEPE - ARGUIDO(A/S) : REITOR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - ARGUIDO(A/S) : CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CESPE/UNB

fim no terceiro e último capítulo tratar-se-á da aplicação do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua influência no atual momento constitucional, questões relativas às minorias bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema..

## **1 O Princípio da Fraternidade e o Valor do Ser Humano.**

### **1.1. Fraternidade e Liberdade.**

O Dicionário de Filosofia Abbagnano (2003, p. 605) define Liberdade como:

Liberdade (gr. ελευθερία; lat. Libertas; in. Freedom, Lybert; fr. Liberté; al.Freiheit; it Libertà). Esse termo tem três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuseram ao longo de sua história e que podem ser caracterizadas da seguinte maneira: 1ª L. como a autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a L. é ausência de condições e limites; 2ª L. como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substância, Estado); 3ª L. como possibilidade ou escolha, segundo a qual a L. é limitada e condicionada, isto é finita.

A concepção que nos interessa é justamente a terceira, sem desconsiderar as outras duas, a terceira é que carrega em seu cerne o ponto central da análise proposta pela incorporação do princípio da Fraternidade, sendo possibilidade ou escolha essa escolha encontra limites, mas o que impõe tais limites? São limites mínimos que permitem apenas uma liberdade formal ou possibilitam a efetivação de uma liberdade real? Tal liberdade é estendida a todos ou somente a um determinado grupo? Todas são questões que necessitam de um algo mais para serem respondidas.

Predis põe assim nosso ordenamento jurídico que todos nascem livres, somente sendo obrigados a realizar ou deixar de realizar alguma conduta em virtude de lei, esse é o entendimento que se extrai da análise do artigo 5º, II do Texto Constitucional (2012), conforme se observa seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Nesse íterim convém observar que a condição precípua para o reconhecimento da Liberdade reside na própria constatação da condição humana, partindo-se assim do reconhecimento do outro, que da mesma maneira que o “eu” é livre. Entendimento este que é decorrente do Princípio da Fraternidade, uma vez que se reconhece a identidade inerente a todos os membros do gênero humano, por serem componentes de um mesmo corpo, embora apresentem peculiaridades básicas que não podem ser esquecidas sendo componentes de uma individualidade saudável, ainda assim são um só ser.

A Liberdade nesse ponto, então extrapola os meros limites legais de não se obrigar o indivíduo a determinadas condutas assumindo um contorno muito mais amplo em virtude das diversas pluralidades que permeiam nossa sociedade atualmente, sendo assim entendida como um direito de escolher, pensar e agir conforme as necessidades interiores de cada indivíduo, como as liberdades de crença, pensamento, opção sexual e tantas outras que podem vir a surgir. A liberdade perpassa um pensamento bem mais amplo quando comungada com a fraternidade, pois se permite ao outro que se reconheça como sujeito livre para exercer de forma plena a sua humanidade, desde que essa não venha a ferir a liberdade alheia.

O pensamento proposto então se embasa numa aplicação concreta da ética da alteridade como proposto pelo padre Airton Freire (2008, p.79-80), em que os indivíduos apresentam certa parcela de responsabilidade pelos que os cercam decorrente do convívio, nesse ponto a liberdade então é vista como algo comum e interligado uma vez que se aplica a fraternidade como elo que permite a convivência em sociedade, como ressalta o mesmo: “Por uma opção a responsabilidade pelo outro está esta responsabilidade presente, como estrutura fundamental da subjetividade a percepção da presença do outro, o que não é da ordem da intencionalidade”, surgindo então para o indivíduo uma responsabilidade inerente à própria condição de Liberdade, que perpassa todos os Seres Humanos, que somente são livres quando se reconhecem como tais, e portanto conscientes de uma espécie Liberdade Fraternal.

Ora, como entender então esta Liberdade Fraternal? A linha de pensamento

que se propõe entende que fraternidade quando aplicada ao princípio da liberdade informa que o indivíduo é livre para realizar suas escolhas da maneira que melhor lhe aprouver, porém na mesma medida também é responsável pelo outro, não podendo fazer com que sua liberdade interfira na liberdade do outro, reconhecendo o outro também como um ser livre, por que em algum ponto o “eu” é também o “outro”, e neste ponto é interessante analisar o termo comunidade, podendo ser entendido no sentido de “com unidade”, pressupondo a unidade que é inerente a todo o gênero humano, fazendo com que se crie a consciência de que todos são um só, e que o bem estar particular depende do bem estar do todo.

Chega-se assim a um entendimento de encontrar o outro em mim, pois de fato somos um, e para a “minha realização” se faz necessário à realização também do outro, porém na ótica sugerida pela Fraternidade, é necessário que se observe o outro não como mero objeto, simples meio de realização, mas sim indivíduo igual e livre em virtude de sua natureza constitutiva, que merece as mesmas liberdades, pois suporta a mesma condição de ser humano, vislumbrando sua amplitude máxima quando do reconhecimento por intermédio de um conjunto de valores que vai além do mero conceito religioso de que a fraternidade também é dotada.

## **1.2 Fraternidade e Igualdade.**

Muito próximo ao Princípio da Liberdade é o Princípio da Igualdade que garante que a lei não fará discriminações entre os indivíduos, com a clássica máxima: “todos são iguais perante a lei”. Inclusive assegurada em diversos pontos dentro do Texto Constitucional Pátrio, também conhecido como Princípio da Isonomia. Porém há que se fazer uma ressalva uma vez que tal como posta, esta corresponde a uma Isonomia ou Igualdade formal, mas que deve ir muito além da simples garantia de não diferenciação, sendo este o ponto de análise que leva ao reconhecimento da Igualdade Material, ou seja, aquela que realmente trata os indivíduos como iguais, levando em conta a observância de suas peculiaridades, uma vez que materialmente falando garantir a todos o mesmo tratamento nada contribui para efetivação da igualdade.

É necessário que se reconheçam os indivíduos como iguais pelo seu aspecto humano, inerente a todos eles, e partir daí reconhecer também as necessidades

específicas de cada um, reconhecimento este que se obtém pelo respeito e valorização do outro, propostos pelo princípio da Fraternidade, pois por meio deste se vê o outro como irmão, e aqui irmão é tido com um caráter muito amplo do que aquele presente nas relações de consanguinidade ou familiaridade, abrangendo todo o gênero humano em seu aspecto comunitário, social e biológico, uma vez que todos compartilham a mesma carga genética, e, portanto apresentam uma ancestralidade comum, que remete ao entendimento de que todos os homens apresentam o “mesmo Pai”.

A fraternidade aplicada de forma a amplificar o sentido de Igualdade pode ser entendida na máxima “tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais”, uma vez que se reconhecem os aspectos diferenciais de cada indivíduo. Mas então surge assim um problema ligado a igualdade, que em um primeiro momento constitui forte chance de discriminação, qual seja, como identificar o igual e o desigual, como garantir um critério que reconheça a diferença e ao mesmo tempo não segregue um grupo específico em razão de suas peculiaridades. Como bem observa Robert Alexy ao analisar a questão da aplicação da igualdade<sup>3</sup>.

Com base nisso observa-se a necessidade do estabelecimento de critérios valorativos que viabilizem a aplicação e o reconhecimento da igualdade, ao analisar tais critérios valorativos deve-se identificar quais os pontos de igualdade e desigualdade e em que momentos devem ser aplicados ou suprimidos, nessa esteira segue-se que o reconhecimento destes critérios deve ser dotado de um humanismo e de uma sensibilidade própria que permita a dignificação do homem, fato que somente é possibilitado pelo princípio fraternidade que ao servir de base de valorização para as peculiaridades da condição humana permite o reconhecimento de suas necessidades.

---

<sup>3</sup> Para possibilitar uma ordem jurídica diferenciada, a igualdade (desigualdade) valorativa tem que ser relativizada de duas maneiras. Ela tem que ser uma igualdade valorativa em relação às igualdades (desigualdades) fáticas parciais, pois, se ela se esgotasse em uma igualdade valorativa dos indivíduos, pura e simplesmente, ela em nada poderia contribuir para a fundamentação de tratamentos diferenciados. Além disso, ela tem que ser uma igualdade valorativa em relação a determinados tratamentos, pois, se não fosse assim, não seria possível explicar porque duas pessoas que, em um aspecto, devem ser tratadas de forma igual não são assim tratadas sob todos os aspectos. A essas duas relativizações, que são condições de possibilidade de um tratamento diferenciado, soma-se uma terceira, em relação ao critério de valorização, que permite dizer o que é valorativamente igual ou desigual. O enunciado “o igual deve ser tratado igualmente; e o desigual, desigualmente” não contém, em si mesmo, um tal critério; mas sua aplicação pressupõe um. - ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 p.400.

Já para Norberto Bobbio (2010, p. 39) a igualdade não se traduz como ponto de partida, mas sim como meta a ser alcançada em uma verdadeira democracia: “A igualdade é um ponto de chegada. Repito: não é que os homens sejam iguais. Os homens devem ser iguais. A igualdade não é um fato a ser constatado, mas um dever a ser realizado.” Na lição do mestre italiano a igualdade é um objetivo que se realiza juntamente com a formação de uma sociedade verdadeiramente democrática, em que imperam os valores da justiça e da dignidade do homem, ora, o reconhecimento de tais valores e a própria efetivação desse ideal de igualdade bobbianos passa pelo reconhecimento e aplicação da fraternidade como Princípio orientador ou direcionador da atividade jurídica. Nesse sentido também temos Antonio Maria Baggio (2008, p.52) que reconhece a fraternidade como meio de efetivar os ideais de modernidade, quando da análise do movimento revolucionário Haitiano em 1790:

Para levar a termo o projeto de modernidade deve-se reconhecer o outro homem não só como igual abstratamente, mas aceita-lo em sua especificidade, ou seja, reconhecer o igual na diferença. O Haiti é o testemunho vivo de que a liberdade e a igualdade sem essa fraternidade, podem voltar-se numa situação contrária e que só a fraternidade permite que se alcance o humano.

Ante essa situação é inegável a contribuição que a Fraternidade dá para o entendimento e efetivação dos demais princípios que nortearam a revolução francesa, uma vez que é por meio desta que se chega a um entendimento muito mais próximo do ideal de justiça equitativa que permeia os mais diversos ordenamentos jurídicos.

### **1.3 Fraternidade e Dignidade da Pessoa Humana.**

Segundo Antônio Maria Baggio (2008, p. 23) a Fraternidade “consegue influir no modo como são interpretadas as outras categorias políticas, a liberdade e a igualdade”, uma vez que, o cerne central do tratamento condigno do ser humano passa pelo conceito de Fraternidade, pois é por meio desta que se reconhece o ser humano como tal, o reflexo mais conhecido do referido princípio é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que garante a todo ser humano um mínimo existencial para que se possa viver com dignidade, porém como foi dito tal princípio é um reflexo, uma pequena parte do que é o princípio fraternal, pois o mesmo princípio apresenta uma lacuna que por vezes pode ensejar problemas na sua aplicação, uma vez que o mesmo fala da Dignidade da Pessoa Humana fica evidente que depende do

conceito do que seja “Pessoa Humana”, depende, portanto da caracterização de onde começa e termina a humanidade, sua existência e nesse ponto entra a Fraternidade como algo mais amplo. Que reconhece não uma pretensa Pessoa Humana, como se pudesse haver “Pessoa Não Humana”, mas todo um gênero Humano inerente a qualquer pessoa.

Como bem observa Ayres Britto (2012, p. 27) , ao analisar o caráter abrangente da Dignidade da Pessoa Humana:

Não há negar. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo algo à parte.

A partir disso o reconhecimento das condições dignas para a existência e sua consequente manifestação na esfera dos direitos passa pelo reconhecimento de que a condição humana é inerente a todos os indivíduos que a compõe, independente das peculiaridades que cada um apresenta, segundo o douto jurista “todo ser humano é um microcosmo”, em cada um existe todo um universo que merece ser respeitado e preservado. Porém o reconhecimento do humano, o reconhecimento do outro como ser digno de uma existência parte de um conjunto de valores que dá a vida uma acepção muito mais ampla que as meras concepções científicas, lhe lançando à condição de criação máxima de uma complexa cadeia natural, valores esses que se encontram no seio do pensamento fraternal, ou como salientado por Ayres Brito o humanismo “é o culto ou exaltação à humanidade, sem dúvida, contato que tal reverência também se dê perante cada qual das células de que essa humanidade se compõe<sup>47</sup>”.

Desta maneira, é por meio da Fraternidade que se elencam os valores que nortearão a construção de uma sociedade, livre, justa, e solidária como é defendido pelo Texto Constitucional no inciso I do artigo 3º. Solidária neste sentido deve ser entendida como Fraternal, a bem observa o na época ministro no julgamento da ADI 3.128-7/DF<sup>5</sup>, em 26 de maio de 2004:

---

<sup>4</sup> ??????????????????????

<sup>5</sup> ADI 3.128-7/DF - Cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos, 26 de maio de 2004.

A solidariedade, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, aquele terceiro valor fundante, ou inspirador da Revolução Francesa, componente, portanto — esse terceiro valor —, da tríade ‘Liberté, Igualité, Fraternité’, a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante.

A fraternidade dessa maneira passa a assumir uma expressão muito maior, sendo inclusive meio de integração dos demais direitos e garantias, bem como permitindo um real entendimento da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que por ela se chega a real consciência do que seria a Pessoa Humana. Entendendo o homem, como ser pleno que por tal condição detêm um valor que lhe é intrínseco, torna-se praticamente impossível não lhe conceder esse reconhecimento de dignidade que é tão caro na sociedade atual.

## **2 Aspectos Histórico-evolutivos do Princípio da Fraternidade.**

### **2.1 Fraternidade e Revoluções.**

Questão bastante interessante de ser analisada é a que diz respeito à influência que teve o Princípio da Fraternidade nas Revoluções que ocorreram ao longo da história da humanidade. Sejam quais forem os motivos que estas possuíram, em algum momento houve o senso de Fraternidade a lhes dar propulsão, e ganhando a Fraternidade também destaque pela repercussão daquelas. Elencaremos como análise principal, duas Revoluções que representam para o pensamento Constitucional um marco de extrema importância, que dá início às chamadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, e conseqüentemente á caminhada da Fraternidade dentro do mundo jurídico, a Revolução Francesa e a Revolução Norte-americana, como bem observa Ingo Sarlet<sup>6</sup>, no que tange às declarações de direitos originadas destas duas revoluções:

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012. p. 44.



Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.

Assim é factível que ambas as Revoluções embora em primeiro momento não tivessem como ponto central a ideia expressa da Fraternidade, o germen desta já se encontrava insito no âmago daquelas, orientando de tal forma como se regeriam a luta e os direitos a serem perseguidos, sendo extremamente relevante que tais direitos pertencem a todo o gênero humano, em virtude do reconhecimento da condição humana a todos os indivíduos.

Ao se analisar um pouco mais atentamente a Revolução Francesa que teve como lema a célebre tríade, Liberdade, Igualdade e Fraternidade, vemos que esta última teve sua primeira menção oficial em 1790, na fórmula do juramento dos deputados eleitos para a Federação, “unidos a todos os franceses pelos laços indissolúveis da fraternidade”, como bem nos informa Antonio Maria Baggio (2008, p. 26), porém ainda segundo o mesmo autor, a priori, essa ideia de fraternidade era bastante restrita uma vez que pretendia se aplicar apenas ao povo francês, caracterizando assim as relações entre aqueles cidadãos, dotada de patriotismo e sentimento cívico. Alberto Martinelli citado por Baggio (2008, p. 13) nos diz o seguinte:

Liberté, égalité, fraternité [...] constituíram, durante dois séculos, o núcleo normativo e o critério interpretativo da sociedade moderna. Os três princípios não expressavam conceitos e aspirações radicalmente novos, mas se transformaram e se estenderam à ação coletiva, adquirindo um significado universal e definido com especial vigor sintético, o projeto moderno da sociedade desejável. (Martinelli, 1988, p.57)

Assim observa-se que a Revolução trouxe para o campo da vida pública um conjunto de anseios que permeavam o interior de cada indivíduo. Porém a Fraternidade nesse primeiro momento da Revolução Francesa, como dito, ainda era restrita, sendo necessário ainda que amadurecesse a ponto de ser entendido em seu caráter universal, amadurecimento este que viria em 1791 com a Revolução Haitiana, pois, embora a Revolução Francesa proclamasse que todos os homens são livres e iguais perante a lei, esse “todos” ainda era restrito aos cidadãos franceses, sendo, portanto,

a fraternidade ainda limitada a um sentimento de patriotismo e civilidade presente apenas para com os cidadãos franceses na França, ficando excluída da aplicação dos ideais revolucionários a maioria da população das colônias, composta em grande parte por escravos.

O ponto central do entendimento trazido pela revolução no Haiti foi justamente o caráter geral que se deu a aplicação dos princípios propostos durante a Revolução em Paris, não sendo feita diferenciação entre este ou aquele, os direitos e as garantias eram almejados para o usufruto de todos, de certa forma a revolução que começou na metrópole colonizadora teve uma implementação ainda mais próxima da ideal na Colônia, Louis Sala-Molins citado por Baggio(2008, p. 52) escreve:

Toussaint-Louverture e o seus seguidores, pela primeira vez na prática histórica (se não mesmo no conceito), conferem ao universalismo seu pleno sentido, porque dão ao “gênero humano” a extensão que lhe convém: nunca mais escravidão em nenhuma parte do mundo. (Sala-Molins, op. cit., p. 17).

Para Baggio o exemplo haitiano é uma maneira de se vislumbrar como pode a Fraternidade ser importante no seio das Revoluções para a formação e manutenção do respeito ao ser humano:

O caso do Haiti mostra de maneira exemplar o papel que frequentemente a fraternidade exerceu no nascimento do estado, quando a Liberdade e a igualdade ainda não existiam e os combatentes lutavam sem medir sacrifícios, estando dispostos, inclusive a dar a própria vida, e sua causa dependia inteiramente da fraternidade entre eles. Portanto, a fraternidade funda os Estados. Embora depois, quando se chegou a uma condição de normalidade e se formou o arcabouço institucional e legal, muito frequentemente nos esqueçamos disso. É quando também a liberdade e a igualdade podem entrar em crise.

Nesse ponto toca-se em um tema importante e muito caro a maioria das revoluções que é justamente o esquecimento de alguns princípios que lhes servem e nesse momento pode o trabalho da Revolução ser posto a perder em virtude da crise em que se mergulha na ausência destes princípios norteadores, tome-se como exemplo as duas Guerras Mundiais que devastaram o continente europeu.

No que tange a Revolução ocorrida nos Estados Unidos da América que determinou a formação daquele país construído sobre as bases do espírito de liberdade, é importante ressaltar a grande importância do Princípio da Fraternidade inspirado fortemente pelo pensamento religioso, inclusive o atual estado da Filadélfia, tem seu nome derivado do termo latino *philadelphía*, que quer dizer amor fraterno, tal pensamento teve por nascente a grande quantidade de credos professados durante a sua colonização, para Rocco Pezzimenti (2008, p. 59) “o triunfo da Revolução Americana, é, sobretudo o triunfo da liberdade de consciência”, o mesmo cita ainda lord Acton, quando afirma:

É a América que constitui a plena realização da história europeia, em seus melhores aspectos. Nas Novas Terras dá-se prosseguimento natural ao itinerário histórico da Europa do Renascimento. Na prática, com a descoberta da América, não foram apenas os conquistadores que saíram da Europa, mas também muitas ideias gloriosas, como a liberdade, a igualdade e, de certa forma, a fraternidade. Do outro lado do Oceano, o espírito religioso triunfou e preservou os Estados Unidos da degeneração da democracia.

Desta maneira observa-se que a fraternidade que teve seu nascedouro, por assim dizer, dentro do continente europeu, encontrou solo fértil para prosperar e engendrar novos paradigmas e perspectivas de direitos, nas terras do Novo Mundo, nunca perdendo o foco sobre a condição única do ser humano, que deve ser preservada, afinal não basta apenas possuir todo um arcabouço jurídico para a defesa de certos interesses, é necessário que se tenha uma razão extremamente forte que fundamente tal defesa, razão esta que reside no seio do senso de fraternidade que deve existir entre os homens, reconhecendo-os como unos.

## **2.2 A Fraternidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

A seguinte colocação é de vital importância para a compreensão da relação que existe entre o Princípio da Fraternidade e os Direitos Humanos:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Este é o texto que consta no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos

Humanos, a declaração constitui um marco para a defesa e valorização do ser humano e seus direitos, sendo estendida de forma irrestrita a todo ser humano, em virtude de sua natureza essencial, incluindo também as condições indispensáveis para sua dignidade. Cabe, no entanto ressaltar o conceito de direito humanos – muitas vezes usando como sinônimo a expressão direitos fundamentais – para se compreender o real alcance desta e a influência do princípio da Fraternidade para a concretização os mesmos. Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.29) ao analisar a questão nos esclarece da seguinte maneira:

Em que pesem sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A Declaração universal ao inserir a fraternidade na esfera dos direitos humanos passa a permitir uma nova visão de mundo e de homem, uma vez que esta serve como um convite ao diálogo e a tolerância para com os diversos povos do globo, surgindo como uma tentativa de se evitar que se repitam as atrocidades cometidas no contexto das duas Grandes Guerras. A fraternidade então passa a ser vista como princípio orientador de um diálogo fecundo para a consolidação das relações humanas, como nos revela Marco Aquini (2008, p. 137):

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instauradas com os outros seres humanos, agindo “uns em relação aos outros”, o que implica também a dimensão de reciprocidade. Nesse sentido a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

Vê-se ainda que a inclusão do Princípio da Fraternidade dentre aqueles que compõem o rol de direitos assegurados ao homem em virtude de se ser o que se

é, parte do sentimento de atenção incondicional, ultrapassando o conceito reduzido de solidariedade, uma vez que em comparação com este, aquele permite uma gama muito maior de atuação e proteção na esfera jurídica, pois oferece atenção irrestrita, uma vez que a solidariedade é momentânea, passageira, surgindo de uma relação pontual, ao passo que a fraternidade é duradoura, pois não se pode deixar de ser humano, logo não se pode negar o fraterno.

Surge desta maneira uma responsabilidade que se tem para com o outro e seu bem estar, na busca por ações que culminem na obtenção e implementação de condições de vida dignas. Desta maneira consoante com o pensamento proposto por Aquini, quando este afirma que “a fraternidade, todavia não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral”.

Para Robert Alexy (2011, p. 95) existem cinco características que devem ser levadas em conta quando do reconhecimento dos Direitos Humanos, assim para o jurista alemão:

Direitos do Homem têm, nesse sentido, uma prioridade perante o direito positivo. Com isso, as cinco características, que caracterizam os direitos do homem, sobretudo, de outros direitos, estão juntas: direitos do homem são direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais, e (5) prioritário.

Nesse ponto para que um direito seja alçado a condição de direito humano, na lição do mestre alemão, é necessário a constatação destas cinco características, em uma análise rápida observa que o Princípio da Fraternidade não só atende a estas condições como serve de lente para a correta visão dos demais direitos humanos, universalidade e fundamentalidade, são características que se corroboram pelo fato de a fraternidade ser estendida a todos os homens, sem distinções, para que gozem da plena condição humana, naquilo que lhes for indispensável, alcançada quando do reconhecimento de que todos devem ser tratados com o espírito de fraternidade, como informa a parte final do artigo 1º da Declaração de Direitos Humanos, a abstratividade pressupõe que este tratamento deve ser lançado a todos de uma maneira geral e irrestrita, já no que concerne à moralidade e prioridade entendem-se como critérios ligados a validade, logo não há algo mais válido dentro da esfera jurídica do que o

reconhecimento do tratamento digno dado a cada pessoa em razão de serem pura e simplesmente pessoas, em virtude de todos comporem a grande família humana, compartilhando uma relação de consanguinidade gigantesca, que provém da herança biológica de toda a espécie humana.

Para Bobbio (2004, p. 5), ainda é necessário um maior aprofundamento com relação a esses direitos, uma vez que em relação aos já consagrados são eminentemente recentes:

Ao lado dos Direitos Sociais que formam os chamados direitos de segunda geração, emergiram também hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num meio ambiente não poluído. [...] Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.

Importante ponto é o que toca o mestre italiano, ao nos dizer do caráter ainda indefinido do conteúdo dos direitos de terceira geração e, por conseguinte da fraternidade o que engloba também o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o seu condão mágico de tornar válido tudo o quanto se apresente sob sua proteção, em virtude de somente agora estar se voltando os olhos para os mesmos com o caráter de cientificidade que o direito possui. Como bem observa o mais novo Ministro do Supremo Tribunal Federal, é necessário que se aprofunde os estudos sobre tal dimensão, como objetivo justamente de delimitar o campo de atuação jurídico dos mesmos, seguindo assim o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2013, p. 274), que nos informa da seguinte maneira: “para que possa funcionar como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo que dê unidade e objetividade à sua aplicação”.

### **3 O Princípio da Fraternidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.**

#### **3.1 Fraternidade e Direitos Humanos – A questão das Minorias.**

Analisando mais de perto a questão da fraternidade e os direitos humanos, temos que observar o panorama que se apresenta no Brasil, no que diz respeito às várias parcelas historicamente excluídas da nossa população, genericamente denominada pelo termo “minorias”, que a despeito do verbete empregado corresponde a uma grande parte da população, minorias estas que a cada dia crescem em números devido a diversificação dos estratos sociais, como consequência das inevitáveis mutações que ocorrem no seio da sociedade, apresentando cada vez mais necessidades que precisam ser atendidas e que no mais das vezes não conseguem ser abarcadas pela atividade do Poder Legislativo em virtude da própria natureza do processo de criação das Leis. Por conseguinte cabe ao Judiciário suprir estas lacunas, recorrendo aos princípios explícitos e implícitos no Texto Constitucional, e um destes princípios é justamente o da Fraternidade, explicitado no texto constitucional sob a alcunha de Dignidade da Pessoa Humana, bem como também constitui um dos objetivos do Estado Brasileiro, quando está consubstanciada a criação de uma sociedade solidaria, nada mais é que uma solidariedade fraterna, haja vista que o texto magno deve ser visto como um todo.

Passado essa constatação inicial, observa-se no seio de nosso país a presença de muitas medidas de caráter assistencialista que são voltadas principalmente às parcelas mais pobres e necessitadas da sociedade, tendo a natureza paternalista que sempre esteve presente em nosso Estado, mas o ponto central é o entendimento jurídico que se tem se dado a determinadas políticas que tem objetivado diminuir preconceitos e garantir a essas minorias o acesso a bens e serviços que no mais das vezes são privilégios de uma pequena parte abastada da sociedade, como fato que merece destaque está apolítica de cotas, que a bem pouco tempo foi objeto de Ação que questionou sua constitucionalidade, a união Civil de pessoas do mesmo sexo, que recentemente ganhou regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça em razão do silêncio da Lei, aplicando-se um entendimento sistemático e humanístico do texto constitucional, bem como demais outros casos, e o ponto em comum entre todos eles é que sempre decorrem de uma aplicação do Princípio da Fraternidade, princípio este

que encontra sua força por ser tido como orientador dos direitos fundamentais de 3ª dimensão, e portanto não pode ser mitigado, como bem nos informa Luís Roberto Barroso (2013, p. 202).

Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias constitucionais, na medida que sejam dotados de fundamentalidade material.

Como se observa pela leitura do douto jurista se vê que a questão relevante não é a maneira como é disposto no Texto da Constituição determinado princípio, mas sim sua aplicabilidade material, em especial aqui se ressalta a fraternidade quando no reconhecimento dos direitos das minorias uma vez que é por meio deste princípio que se chega ao reconhecimento das diversas pluralidades inerentes à condição humana, bem como o respeito às mesmas, servindo a Fraternidade como um “Princípio Orientador” na aplicação dos demais princípios constitucionais quando da análise dos direitos referentes às minorias. Nesse sentido é importante o posicionamento de Paulo Muniz Lopes (2012, p.14) com referência aos Direitos Humanos e sua aplicabilidade nas questões das minorias e desigualdades sociais:

Os direitos Humanos abordados à luz da fraternidade é a reflexão proposta por Ana Maria de Barros; ela surge a partir da constatação de que os movimentos pela inclusão social, pela cidadania e pelos Direitos Humanos possuem muitas e interessantes conexões com o conceito de fraternidade. O que antes parecia uma visão filantrópica e assistencialismo, dentro de um estereótipo que atribuía uma visão utópica e romântica de solução dos graves problemas envolvendo a desigualdade social, adquire novo sentido, reconhecendo a necessidade de aprofundamento da discussão política do conceito de fraternidade.

O fato é que, no seio de todo esse movimento em que se busca resguardar os direitos das minorias está o espírito de Fraternidade a que a Declaração dos Direitos Humanos se referiu em seu artigo 1º, como já foi abordado anteriormente, e nesse ponto pode-se imaginar então qual a finalidade da Fraternidade associada às minorias, e a resposta é simples, e se traduz na obtenção de uma justiça social que reconheça a



pluralidade de seus indivíduos. Alexandre José Costa Lima (21012, p. 189) nos diz que:

Nenhuma sociedade pode expressar satisfatoriamente as aspirações humanas se não possuir instituições que sejam inerentemente justas. Mesmo que as disposições de uma sociedade sejam eficientes e perfeitamente lógicas de um ponto de vista sistemático a existência humana satisfatória requer justiça. O problema da distribuição dos bens no âmbito da sociedade e da justiça social é muito complexo e está intimamente ligado ao Direito.

Nesse viés então se faz notar a importância do reconhecimento e aplicabilidade do princípio da fraternidade dentro das relações jurídicas para a obtenção do desiderato de justiça social, uma vez que é pelo reconhecimento deste princípio que se atinge uma nova dimensão de eficácia e compreensão dos já consagrados princípios e direitos fundamentais, que nada mais são que os mesmos direitos humanos, só que consagradas por uma positivação constitucional.

### **3.2 A Influência do Princípio da Fraternidade na Constituição Federal de 1988.**

Tida como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que tange aos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988, que por muitos é chamada de Constituição Cidadã, apresenta-se com um caráter dirigente que lhe auxilia no reconhecimento e aplicabilidade do respeito e dignificação do ser humano, logo em seu preâmbulo já percebemos isso, embora não dotado de força normativo, o preâmbulo é importante instrumento para se entender o contexto em que o magno documento foi produzido, e, portanto para compreender o seu desiderato.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como se vê no texto supra, um dos objetivos do Estado brasileiro é justamente a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e isso assume uma grande importância uma vez que devemos considerar que o país estava em plena

abertura democrática, após um longo período de governo autoritário e repressivo, que foi a Ditadura Militar. A escolha destes termos está intimamente ligada aos anseios sociais que emergiam naquele momento. O que acabou por criar uma Constituição deveras extensa que apresenta um caráter bastante programático e dirigente, quase como um manual para implementação de políticas sociais que permitissem superar a então fase que estava se encerrando na conjuntura político-social brasileira. Como bem observa o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2012, p. 88), a respeito dos valores incorporados pela Constituição Federal:

Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar. Reexplicando: os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros valores de matriz infraconstitucional. Valores, estes últimos, que de alguma forma têm que se reconduzir aos primeiros, pena de invalidade (que para isto serve o princípio da supremacia formal e material da Constituição). Tudo afinilado para esse valor síntese que se traduz a democracia de três vértices.

Com base nisso vê-se que na Constituição atual ocorreu um processo de superlativação dos valores fundantes e isso se deu por meio do reconhecimento dos chamados direitos fundamentais, dentre os quais aqui se insere a Fraternidade, interessante notar o que fala Ingo Sarlet (2012, p. 63) sobre esse processo:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que. Pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

O princípio da Fraternidade como um dos princípios em que mais se vislumbra a possibilidade de reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais é um dos que não ficou de fora desse processo pelo qual passou e ainda passa o constitucionalismo pátrio, prova disso é que se encontra como objetivo do estado Brasileiro, como já mencionado, e também como princípio implícito do texto Constitucional, basta que se observe o art. 1º, III e art. 3º, I do Texto magno:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

É importante que se entenda que a solidariedade é uma das faces do princípio da Fraternidade que possui um caráter muito mais amplo e atuante, linha de pensamento que encontra guarida no princípio da máxima efetividade do texto constitucional. Desta maneira a solidariedade proposta pelo constituinte na verdade deve possuir os meios necessário para a consecução da justiça social, logo estes meio são efetivamente implementados quando se passa a pensar além da solidariedade, chegando nesse ponto a se pensar com a fraternidade, não apenas o Estado mas a sociedade de uma maneira geral, como diz Alexandre José Costa Lima (2012, p. 206):

Uma solidariedade confiada exclusivamente à autoridade estatal dissipa-se, segundo Pizzolato. Tampouco pode ser entregue à espontaneidade. A institucionalização é essencial. A Constituição segue afirmando um sistema integrado de ações e serviços sociais para promover a solidariedade social e diversas formas de autoajuda, reciprocidade e solidariedade organizada.

Assim se faz importante ter em mente o conceito de direitos fundamentais de terceira geração, para auxiliar a compreensão a compreensão da própria inserção do princípio da fraternidade no texto magno, segundo Ingo Sarlet, seriam aqueles que se desvinculam dos limites do homem como indivíduo e passam a ter como sujeitos de proteção os grupos humanos, sendo portanto direitos de titularidade coletiva ou difusos, conhecidos também como direitos de fraternidade ou solidariedade, em virtude de estarem ligados a condição humana pelo seu caráter abrangente e universalizantes. A Constituição Brasileira ao reconhecer a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ter como objetivo a formação de uma sociedade solidária nada mais fez com que se admitisse em seu âmago a ideia proposta pelo princípio da Fraternidade, qual seja, estender a todos os seres humanos a tutela constitucional em virtude da condição humana da qual os mesmos compartilham. Nesse viés é importante que se veja o que diz Luís Roberto Barroso (2013, p. 344) a

respeito da importância de determinados princípios e sua valoração ética:

Como já assinalado, os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico.

Desta maneira se vislumbra o crescimento e a importância que os princípios têm encontrado neste novo momento do Direito Constitucional, em especial o próprio princípio da Fraternidade no que tange ao estudo e compreensão dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão.

### **3.3 A Aplicação do Princípio da Fraternidade pelo STF.**

A aplicação prática do Princípio da Fraternidade pode ser vista em muitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal que muitas das vezes o invocam para por soluções aos chamados casos difíceis (hard cases), sendo o referido princípio uma espécie de princípio orientador, que se busca sempre, por permitir um maior aprofundamento em uma visão humanística. Garantindo assim real efetividade bem como uma eficácia interpretativa aos princípios postos no texto constitucional, como informa Luís Roberto Barroso (2013, p. 346):

*A eficácia interpretativa* consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrangidos nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa.

Desta maneira se torna evidente a eficácia interpretativa do princípio da Fraternidade dentro das decisões do Supremo Tribunal Federal, como bem se observa no caso da demarcação de terras indígenas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Pet 3388 / RR – RORAIMA – PETIÇÃO - Relator(a): Min. CARLOS BRITTO - Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno -A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta

Ressaltou o então Ministro Ayres Britto, na questão da demarcação das terras indígenas, que se deu um entendimento nitidamente fraternal aos dispositivos constitucionais em questão, uma vez que considera também o caráter plural de nossa sociedade bem como os ganhos que podem advir para toda a sociedade em virtude das chamadas “mundividências”, ou seja, as diversas visões de mundo, que só são possibilitadas pelas experiências fraternais de se reconhecer no outro o eu, o semelhante, o irmão.

Importante notar o que diz o também, a época, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau<sup>8</sup> a respeito do Texto Constitucional e sua interpretação sistêmica, que possui um entendimento fraterno imanente.

Não é um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição e desprendida da totalidade, da totalidade normativa, que a Constituição é.

Vê-se assim que a Constituição deve ser interpretada, e dessa maneira também o direito pátrio, em conformidade com os valores que lhe são inerentes, sendo o princípio da fraternidade e o entendimento por ele proposto parte integrante e imanente do texto constitucional, portanto do qual não pode se dissociar sob pena de se limitar a aplicação de princípio e norma fundamental que segundo o texto constitucional<sup>9</sup> apresenta aplicabilidade imediata:

Art. 5º.  
[...]

---

para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

<sup>8</sup> STF – Rcl N. 6.568-SP, noticiada no Informativo STF nº 560, de 21 a 25 de setembro de 2009.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2012. p.10.

§1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Outro mais expressivo foi o que se deu na análise da questão das cotas raciais da UnB, na ADPF 186-2/DF<sup>10</sup> onde o ministro Relator, Gilmar Mendes se posicionou de maneira bastante contundente e precisa na aplicação do princípio altruístico.

Nesse ínterim, observa-se que a Fraternidade assume então posto de Princípio norteador, que garante então um novo entendimento e uma eficácia social muito maior aos princípios já consagrados, representado desta maneira novo paradigma constitucional para acompanhar as mudanças de uma sociedade cada vez mais plural e diversificada, onde a cada dia surgem novas demandas. Ainda no mesmo voto o Ministro se manifesta da seguinte maneira a respeito da fraternidade:

Pensar a igualdade segundo o **valor da fraternidade** significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

[Grifo nosso]

<sup>10</sup> Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma. Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Como guardião da Constituição o Supremo Tribunal Federal deve zelar tanto pelos princípios explícitos quanto implícitos, o reconhecimento e consequente aplicação do Princípio da Fraternidade como princípio orientador mostra a preocupação e a adequação do eminente órgão em acompanhar as mudanças sociais, presentes em um ambiente tão plural quanto o brasileiro, onde a cada dia surgem novas demandas e novas situações a serem tuteladas, todas elas envolvendo questão de enorme relevância, onde o ser humano passa a ser protegido não mais como ser *uti singuli*, individualmente, e sim como gênero, comunidade, saindo assim do individualismo tão típico dos direitos de primeira dimensão para o intersubjetivismo e transindividualismo caracterizador dos direitos de terceira dimensão, que não por acaso são conhecidos por Direitos de Fraternidade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o que foi exposto, a conclusão lógica que chegamos é que o Princípio da Fraternidade se constitui como princípio implícito do ordenamento constitucional pátrio uma vez que seu entendimento encontra-se presente em praticamente todo o texto constitucional, que com suas normas programáticas e de delimitação e salvaguarda dos direitos fundamentais, propiciam a valorização e dignificação do ente humano, entendimento este que nasceu do anseio social de não se ver repetidos a intolerância e o autoritarismo do Regime Militar, dos anos de repressão, tal qual como aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em meio ao segundo pós-guerra nasceu com o objetivo de resguardar os direitos de todos os seres humanos, ultrapassando o mero positivismo jurídico, não basta apenas que se obedeça a lei, é necessário que a lei seja justa, libertadora e acima de tudo fraterna.

Assim também é a nossa atual Carta da República, que busca corrigir não só os erros do governo militar como também se redimir das discriminações históricas cometidas contra tantos brasileiros, e que tem em seu germen assim como Declaração dos Direitos Humanos o Princípio da Fraternidade a lhe prestar validade e sentimento humanístico.

Tal como foi falado anteriormente o princípio da fraternidade tem como reflexo a solidariedade entre os seres humanos, que está a ser perseguida pelo

Estado brasileiro e a Dignidade da Pessoa Humana a sustentar a necessidade de um mínimo existencial para que possa haver vida, uma vez que falar em vida digna seria redundância, pois toda vida deve ser digna uma vez que o homem não pode ser visto como mero objeto ou meio, o homem é na verdade fim último de si mesmo, como já observava Kant, sendo necessário o reconhecimento de que todos os homens fazem parte de um mesmo corpo, de uma mesma família e por isso possuem um mesmo “Pai”, pois provém de um lugar que é comum a todos.

Nesse ínterim observa-se então que a construção do constitucionalismo fraternal passa por todo um processo de humanização conscientizadora que eleva o homem ao posto mais alto do ordenamento jurídico, o constitucionalismo fraternal então assume caráter assecuratório para a manutenção e salvaguarda das condições humanas e nesse aspecto é importante que se use o termo “condições” no plural, pois não há uma única condição humana, mas toda uma série de situações que merece estar sob a tutela do Estado.

O Constitucionalismo fraternal encontra sua delimitação justamente no ponto de saber reconhecer aquilo que é inerente às condições humanas, e é importante que se tenha um olhar apurado para não ocorrer uma banalização do referido princípio, como já vem acontecendo com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que nos últimos anos se tornou um espécie de limbo jurídico, para onde vão todas aquelas questões que carecem de uma técnica interpretativa mais apurada, sendo uma espécie de “super-princípio” que vale para tudo e a que tudo resolve.

Com a devida vênia das opiniões divergentes, o princípio da Fraternidade deve permear todos os outros e todo o ordenamento, pois é o seu entendimento que vai orientar o julgador a se aproximar o máximo possível da verdade do caso concreto, quando levado a enxergar o outro como “irmão”, alguém com a qual se compartilha muito mais do que se pode imaginar, não é que com tal princípio se vá resolver todas as mazelas dos universos jurídico e social, muito menos se instaurar uma utopia de paz e justiça perpétua, mas é um caminho a ser seguido, um contra ponto que se faz a uma falta de técnica crônica do legislador bem como a ausência de sensibilidade humanística de muitos julgadores.



A exaltação dos Direitos Humanos, com a ascensão dos direitos de terceira geração, ou dimensão, como orienta a doutrina mais abalizada, é um ponto que vem ajudando na consolidação da aplicação do princípio da Fraternidade, por ser justamente esse o carro chefe de tais direitos, mas há que se tomar cuidado com o clamor social que se inflama quando se tratam desses mesmos temas, não é por estar se tratando de fraternidade e de direitos que em sua maioria se aplicam as minorias que se vai jogar a segurança jurídica para o alto e conceder tudo que determinado grupo reivindica na mídia.

A fraternidade vai partir do pressuposto de haver uma ponderação para atender as mínimas condições a que cada ser humano como indivíduo, singular e coletivo tem direito, uma vez que os dois aspectos são indissociáveis, ponderação que nasce do respeito e consideração que é devida a todo ser humano. Devendo desta maneira se ter sempre o olhar voltado para a realidade da natureza humana, com suas dicotomias e peculiaridades, reconhecendo o objetivo principal do direito, que o de garantir a justiça social.

## 5 BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2011.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008. P. 127 – 151.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. 1909 – **A Era dos Direitos**; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Qual Democracia?** Tradução de Marcelo Perini. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**, Belo Horizonte. Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREIRE, Airton. **Por que ou para que? Um ensaio sobre Ética da Alteridade**. Fortaleza: Wise Editores, 2008.

LIMA, Alexandre José Costa. **O princípio da fraternidade na Constituição.** In: LOPES, Paulo Muniz (Org.). *A Fraternidade em Debate – Percurso de estudos na América Latina.* São Paulo: Cidade Nova, 2012. P. 189 – 208.

LOPES, Paulo Muniz (Org.). **A Fraternidade em Debate – Percurso de estudos na América Latina.** São Paulo: Cidade Nova, 2012.

PEZZIMENTI, Rocco. **Fraternidade: O porquê de um eclipse?** In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1.** São Paulo: Cidade Nova, 2008. P. 57 – 76.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012.

