

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 05 | 2010.2





Cadernos de Iniciação Científica

Nº 05 | 2010.2

Salvador, Bahia

ISSN: 2176-0039

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Diagramação:

Maitê Coelho

(maitescoelho@yahoo.com.br)



Av. Visconde de Itaborahy, 989

Amaralina – Salvador – Bahia – Brasil

Cep: 41.900-000

Tel. (71) 3205-7707

www.faculdadebaianadedireito.com.br

Sumário

Capítulo I

ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA 11

Aléssia Guimarães Carvalho Oliveira

Luciano Lima Figueiredo

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 13 |
| 2. Breve desenvolvimento histórico do Abuso de Direito | 14 |
| 2.1. Origem..... | 14 |
| 2.2. Teorias de Justificação do Abuso de Direito..... | 17 |
| 2.3. Evolução nas codificações | 20 |
| 2.4. Positivção pelo código de 2002 (art. 187) sob uma ótica civil-constitucional | 21 |
| 3. Configuração do ato abusivo | 24 |
| 3.1. Abuso de direito como categoria jurídica autônoma ou espécie de ato ilícito (?) | 24 |
| 3.2. Abuso de direito como fonte de obrigações e os efeitos jurídicos decorrentes | 27 |
| 3.3. Cláusula geral do abuso de direito e a criatividade do juiz | 30 |
| 4. Boa fé objetiva como limite do exercício de direito subjetivo..... | 32 |
| 4.1. Funções da boa fé objetiva | 35 |
| 4.2. Cláusula geral da boa fé objetiva..... | 37 |
| 4.3. Modalidades de atos abusivos (Teoria dos atos próprios) | 39 |
| 4.3.1. Vedação ao <i>venire contra factum proprium</i> | 40 |
| 4.3.2. A <i>supressio</i> e a <i>surrectio</i> | 43 |
| 4.3.3. O <i>tu quoque</i> | 45 |
| 5. O ato abusivo no âmbito das relações familiares | 47 |
| 5.1. Abuso de Direito e a Boa-fé objetiva: uma visão da confiança nas relações familiares patrimoniais .. | 49 |
| 5.2. Abuso de direito e o Afeto: uma visão existencialista nas relações de família | 52 |

| | |
|--|----|
| 5.3. A Responsabilidade Civil nas relações de família | 56 |
| 6. Conclusões | 61 |
| 7. Referências bibliográficas..... | 63 |

Capítulo II

A APLICABILIDADE DOS PUNITIVE DAMAGES

| | |
|---|-----------|
| NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 65 |
|---|-----------|

Eduardo de Andrade Corlett Loiola

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 68 |
| 2. Conceito e funções dos <i>punitive damages</i> | 69 |
| 3. Nomeclaturas correlatas aos <i>punitive damages</i> | 71 |
| 4. Breve apanhado histórico: da Antiguidade ao Brasil..... | 73 |
| 4.1. Os <i>punitive damages</i> no Sistema de <i>Common Law</i> .. | 75 |
| 4.2. Os <i>punitive damages</i> no sistema de <i>Civil Law</i> | 76 |
| 5. Críticas à Teoria do Desestímulo (<i>punitive damages</i>) | 78 |
| 6. Hipóteses Legais de Aplicação dos <i>Punitive Damages</i> no Brasil..... | 82 |
| 7. Da prática jurídica e da jurisprudência | 84 |
| 8. Critérios para aplicação dos <i>punitive damages</i> | 88 |

Capítulo III

O “ADULTÉRIO INTELECTUAL” DO CRIME

| | |
|--|-----------|
| DE PIRATARIA DO ARTIGO 184 DO CÓDIGO PENAL..... | 93 |
|--|-----------|

Gabriel Martins Ribeiro

| | |
|------------------------------------|-----|
| 1. Introdução | 95 |
| 2. O “Adultério Intelectual” | 97 |
| 3. O “adúltero intelectual” | 104 |
| 4. Da ação penal cabível | 110 |
| 5. Conclusão..... | 113 |
| Referências | 115 |

Capítulo IV

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO

DA JUSTIÇA: EXPANSÃO DA ATUAÇÃO

| | |
|--|------------|
| DO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO POLÍTICO | 119 |
|--|------------|

Isadora Borges de Macêdo Portela

Gabriel Marques

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| Introdução..... | 122 |
| 1. Separação de Poderes | 124 |
| 1.1. Exposição Geral..... | 124 |
| 1.2. Evolução da Atividade Judiciária..... | 131 |
| 2. Criatividade e Ativismo Judicial | 138 |
| 3. Pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial..... | 148 |
| 4. Considerações finais | 154 |
| 5. Referências | 156 |

Capítulo V

OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL... 159

Leonardo Gomes

| | |
|-------------------------|-----|
| 1. Introdução..... | 161 |
| 2. Desenvolvimento..... | 162 |
| 3. Conclusões | 179 |
| Referências | 182 |

Capítulo VI

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

E SUA APLICABILIDADE PELO PODER LEGISLATIVO 185

Tatiane Maria

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução..... | 187 |
| 2. Breve histórico do princípio da proporcionalidade | 191 |
| 3. O princípio da proporcionalidade das penas | 193 |
| 4. A proporcionalidade como princípio constitucional implícito..... | 196 |
| 5. Critério legislativo: a (des) proporcionalidade das penas ... | 197 |
| 6. Conclusão..... | 207 |
| 7. Referências | 209 |



Capítulo I

Abuso de direito nas relações de família

Aléssia Guimarães Carvalho Oliveira

Aluna Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

Luciano Lima Figueiredo

Falta titulação.



Abuso de direito nas relações de família

Resumo: O presente artigo traz uma abordagem sobre a aplicabilidade do abuso de direito no âmbito das relações de família. Esse instituto tem uma íntima ligação com a Teoria dos atos próprios que veda comportamentos contraditórios que violem a confiança recíproca e frustrem as legítimas expectativas dos sujeitos envolvidos numa relação jurídica. Demonstrar-se-á as possíveis formas de infringir a boa fé objetiva e a confiança recíproca dos sujeitos envolvidos em uma relação jurídica familiar. Discutir-se-á o embate doutrinário no que tange a aplicação do abuso do direito no campo do Direito de Família e as consequências jurídicas advindas desse ato abusivo, assim com o posicionamento da jurisprudência nesse sentido. Faremos um percurso histórico sobre a origem e desenvolvimento desse instituto até a forma com que ele é tratado nos dias atuais.

Abstract: This paper presents an approach on the applicability of the abuse of law in the context of family relationships. This institute has close ties to the Theory of the acts themselves which prohibits conflicting behaviors that violate the mutual trust and frustrate the legitimate expectations of those involved in a legal relationship. It will demonstrate possible ways of breaking

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

the objective good faith and mutual trust of the subjects involved in a legal relationship familiar. It will discuss the doctrinal clash regarding the application of abuse of rights in the field of family law and legal consequences resulting from this abusive act, as with the positioning of the case accordingly. We will make a historic journey on the origin and development of this institute to the way it is handled today.

Palavras-chave: Abuso de direito. Direito de Família. Boa fé Objetiva. Cláusula Geral. Teoria dos atos próprios. Aplicabilidade da teoria nas relações familiares. Excesso de poder. Posição dos tribunais.

Keywords: Abuse of law. Family Law. Theory of the acts themselves. Objective good faith. General clause. Applicability of the theory in family relationships. Excess Power. Position of courts

1. Introdução – 2. Breve desenvolvimento histórico do Abuso de Direito: 2.1. Origem; 2.2. Teorias de Justificação do Abuso de Direito; 2.3. Evolução nas codificações; 2.4. Positivção pelo código de 2002 (art. 187) sob uma ótica civil-constitucional – 3. Configuração do ato abusivo: 3.1. Abuso de direito como categoria jurídica autônoma ou espécie de ato ilícito (?); 3.2. Abuso de direito como fonte de obrigações e os efeitos jurídicos decorrentes; 3.3. Cláusula geral do abuso de direito e a criatividade do juiz – 4. Boa fé objetiva como limite do exercício de direito subjetivo: 4.1. Funções da boa fé objetiva; 4.2. Cláusula geral da

boa fé objetiva; 4.3. Modalidades de atos abusivos (Teoria dos atos próprios): 4.3.1. Vedação ao *venire contra factum proprium*; 4.3.2. A *supressio* e a *surrectio*; 4.3.3. O *tu quoque* – 5. O ato abusivo no âmbito das relações familiares: 5.1. Abuso de Direito e a Boa-fé objetiva: uma visão da confiança nas relações familiares patrimoniais; 5.2. Abuso de direito e o Afeto: uma visão existencialista nas relações de família; 5.3. A Responsabilidade Civil nas relações de família – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas..

1. INTRODUÇÃO

O Abuso do direito ganhou observância com a sua positivação no art. 187 do Código Civil de 2002. Anteriormente esse instituto não possuía uma grande repercussão, subsistindo timidamente em alguns dispositivos da codificação passada, permanecendo substancialmente no plano teórico.

Esse instituto caracteriza-se basicamente por ser o uso anormal e antifuncional de um direito subjetivo que ao ser exercido excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, incorrendo em um ilícito.

Esse fenômeno deve-se, sobretudo, à visão liberal e individualista que permeou por muito tempo nosso sistema jurídico. Com a constitucionalização do Direito Privado novos valores e princípios constitucionais foram introduzidos na seara civilista promovendo uma releitura dos seus institutos pautada em valores como eticidade, solidariedade, igualdade substancial,

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

boa-fé, socialidadee, o valor basilar pós-positivista, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O Abuso de direito foi elevado à cláusula geral no sistema jurídico promovendo uma abertura e dinamização do sistema até então inexistentes em codificações passadas em que o dogma da completude e um modelo subsuntivo de aplicação das leis eram o que prevalecia. Caracterizado como um princípio geral, o abuso do direito, passa a ter uma gama de hipóteses de aplicação, atingindo os mais diversos ramos do direito civil. O Direito de Família como ramo do Direito Privado não poderia ficar desprovido de aplicabilidade desse instituto.

Discute-se em sede doutrinária e jurisprudencial a aplicabilidade do abuso de direito nas relações de família as quais têm como valor agregador o afeto, materializado na confiança e na boa-fé, de modo que caso o exercício de um direito subjetivo viole o valor axiológico-funcional do mesmo, ainda que aparentemente pareça ser legítima essa atuação, incorre em abuso de direito, portanto, ilícito.

2. BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ABUSO DE DIREITO

2.1. Origem

A tutela dos direitos na vigência do Código civil de Napoleônico de 1804, fundado em um sistema individualista, tornou-se insuficiente diante da nova realidade social. As liberdades ilimitadas, os direitos absolutos e a proteção essencialmente patrimonial que regiam aquela época, davam margens a

arbitrariedades no exercício dos direitos subjetivos, o que acarretavam desastrosas lesões à sociedade.

A teoria do abuso do direito nasceu de uma necessária relativização do exercício de direitos subjetivos, até então absolutos. A figura do “abuso do direito” possui sua raiz histórica na França, no início do século XIX, por obra da Jurisprudência daquele país, e no final daquele século e início do século XX, por obra da Doutrina¹. Vale ressaltar a diferença entre “noção” e “teoria” propriamente dita, a primeira é uma percepção empírica da realidade. Já a teoria pressupõe uma sistematização de um saber, percebido empiricamente, ou seja, uma construção científica. A noção de abuso de direito nasceu dessa necessidade de relativização dos direitos subjetivos e da quebra do paradigma absolutista. Já a teoria nasceu no século XX com o objetivo de buscar no exercício do direito subjetivo a sua verdadeira função social. O surgimento desta atrelou-se a criação da jurisprudência francesa no ano de 1915 com o caso Clement Bayard X Coquerel, julgado pela Corte de Amiens. O caso trata basicamente de um proprietário de um terreno vizinho a um campo de dirigíveis que erigiu hastes de madeira unicamente com o intuito de destruir os tais dirigíveis que ali pousara. A Corte então o condenou a retirar as hastes e responder pelos danos causados aos dirigíveis, tratando-se de um verdadeiro abuso do direito de propriedade².

1. BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006 – p.33
2. JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPODIVM, 2006 – p.57.

Era necessário estabelecer contornos internos ao exercício de um direito, pois nenhuma limitação ao conteúdo deste era derivada de qualquer dispositivo do Codex francês. No Código de Napoleão não existia se quer qualquer restrição ao direito de propriedade, por isso não era possível à jurisprudência daquele país pautar-se nos artigos da lei para justificar os atos abusivos. Daí ser perfeitamente possível verificar o surgimento da teoria do abuso do direito na França no século XIX, pois se fez extremamente necessário para contexto jurídico e social daquela época³.

Há uma parcela da doutrina que diverge dessa origem, prelecionando que o seu embrião deve-se ao Direito Romano. Para estes outros doutrinadores, a noção de abuso de direito derivaria de antigos brocardos romanos como, por exemplo, o “*Summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça). Pontes de Miranda aponta mais indícios da percepção da relatividade dos direitos subjetivos já no Digesto e revela ainda uma certa “evolução” do Direito Romano na questão do abuso de direito⁴. Ele aponta à questão de que aquilo que foi observado na Roma Antiga voltou a ocorrer na Idade Moderna, aduzindo a um ressurgimento da ideia de relatividade dos direitos subjetivos (e não surgimento!) e, conseqüentemente, a criação científica da teoria. Os embates doutrinários acerca desse surgimento são grandes e as críticas rebatidas entre si são maiores ainda. Para Daniel Boulos a aplicação dos fragmentos do Digesto que fazem alusão ao abuso do direito de propriedade é de muitíssima

3. BOULOS, Daniel M. Op.Cit, p. 35

4. JORDÃO, Eduardo. Op. Cit., p. 65

restrita aplicação à teoria do abuso do direito. Além de defender que os romanos não sistematizaram a teoria a ponto de se poder dizer que existia uma construção científica da disciplina, muito embora desde aquela época o exercício dos direitos não poderia ser exercido sem consequentes restrições⁵.

2.2. Teorias de Justificação do Abuso de Direito

Como é cediço, a partir do momento em que um ordenamento jurídico adota um determinado critério para a configuração do ato abusivo, deve-se analisar e compreender o critério adotado para que se possa aferir, diante do caso concreto, se houve ou não o exercícioabusivo.

Em decorrência do surgimento da teoria do abuso do direito em França, nos meados do século XIX, passou-se a discutir qual seria o critério adotado para configuração do ato abusivo. Surgiram inúmeras teorias, que pretendiam delimitar critérios de justificação do abuso de direito, e teses, acerca do tema, defendidas por renomados autores ao longo da evolução dessa teoria.

Existem duas teorias que definem o abuso de direito estabelecendo os critérios que devem ser adotados para a configuração do ato abusivo. A teoria subjetiva, clássica, que teve como um dos autores Josserand, define dois critérios para caracterizar o abuso do direito: o critério intencional, determinado pelo animus, e o critério técnico, atrelado à culpa. O

5. BOULOS, Daniel M. Op. Cit., p.34

real critério desta teoria é a intenção, ou seja, o titular atua com o animus de prejudicar terceiros. Neste caso, diante do caso concreto, analisa-se primeiramente a intenção para avaliar se o ato foi ou não abusivo. Se o titular de um direito coloca em prática as faculdades a ele inerente como único objetivo de prejudicar terceiros, tal exercício é abusivo e deve ser repellido pelo ordenamento⁶. Sendo assim, não existindo a intenção de prejudicar – *animus nocandi* – mesmo que disso decorra um dano, não configuraria abuso de direito e sim seu exercício regular. Esta teoria foi acolhida pelas primeiras decisões dos Tribunais franceses que, na sua generalidade, diziam respeito ao direito de propriedade⁷.

É válido tecer algumas críticas sobre a teoria subjetivista. Josseland diz categoricamente: “o abuso do direito é, portanto, uma noção de ordem essencialmente subjetivista, é a vontade do agente que é o seu elemento constitutivo”⁸, diz também que tal teoria demanda do juiz uma investigação da vontade íntima do titular do direito⁹. Vale ressaltar que tal teoria não se sustenta nos dias atuais, pois vivemos uma realidade social distinta daquela época, devido sobretudo às mudanças paradigmáticas e também às inúmeras possíveis formas de praticar abuso de direito sem a condição *sinequa non* da intenção. Insta observar que o fenômeno do ocaso da culpa, esta como um dos elementos para configurar a responsabilidade

-
6. BOULOS, Daniel M. Op. Citp. 38
 7. BOULOS, Daniel M. Op. Cit. p. 39
 8. BOULOS, Daniel M. Op. Cit p. 40
 9. BOULOS, Daniel M. Op. Citp.40

civil, contribuiu de maneira significativa para o afastamento dessa teoria pelo nosso ordenamento. Na lição de Anderson Schreiber, a flexibilização da culpa como filtro tradicional da responsabilidade civil deve-se, sobretudo, à dificuldade probatória por parte da vítima em demonstrar esse elemento; à proliferação das presunções de culpa por parte dos Tribunais; às alterações de demonstração de culpa e à ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva, dentre outros fatores¹⁰.

Deve-se ter em mente que na teoria subjetivista não há qualquer equívoco nas suas ideias, o problema é se, na atual realidade social, adotar esses critérios de configuração do abuso do direito seriam suficientes para reprimir as condutas abusivas, adotá-la geraria uma dificuldade de aplicação no caso concreto.

A segunda teoria, a qual o nosso sistema jurídico elegeu, é a objetiva. Nesta senda afasta-se a ideia de intenção e adota-se o critério finalístico de aferição do ato abusivo. Comete abuso de direito aquele que faz uso do seu direito de forma anormal, antifuncional, assim, o abuso de direito existiria quando se detectasse um descompasso entre a finalidade própria do direito subjetivo em causa, e sua atuação no caso concreto¹¹. Nosso ordenamento, no art. 187 do CC, conceituou o abuso de direito como ato ilícito passível de reparação civil de acordo com o art. 927 do CC. Nosso

10. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49

11. BOULOS, Daniel M. *Op. Cit.* p. 41

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

código filiou-se à doutrina de Saleilles, a quem coube definir o abuso do direito como exercício anormal do direito contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública ou social, excede, por consequência, o conteúdo do direito¹². A pedra angular dessa teoria é o desvio de finalidade proveniente do exercício de um direito aparentemente legítimo, inclusive tutelado pelo ordenamento, mas ao exercê-lo excede os limites do fim econômico ou social, da boa fé e dos bons costumes.

2.3. Evolução nas codificações

O Código civil de 1916, substancialmente influenciado pelas ideias individualistas e liberais do Código Civil Francês, trouxe um noção retraída do abuso de direito, não prevendo nenhuma regra expressa que reprovasses tais atos. Mas existiam algumas poucas previsões que repudiavam o exercício ilimitado de determinadas faculdades jurídicas. Vale fazer menção aos arts. 160, I e 100 do código pátrio. Dizia o art. 160, I que: “não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido [...]”. Pode-se depreender que esse foi um embrião que viria a desenvolver a disciplina do abuso do direito como tema nas doutrinas e jurisprudências.

Diversamente do ordenamento jurídico do século passado, a nova codificação deu uma volta de 180 graus revolucionando o sistema até então vigente. O

12. Cavalieri Filho, **Sergio. Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, p. 161

tema do abuso de direito foi consagrado de forma expressa na nova ordem civilista e ganhou status de princípio geral, posto que se localiza na Parte Geral do Código Civil. Previsto expressamente no art. 187 CC, o abuso de direito ganhou a natureza de ilícito civil e, também, uma concepção objetivista. A ilicitude de que se trata é objetiva, ou seja, não se leva em conta a intenção titular do direito e sim fatores externos a consciência desse sujeito.

BOULOUS (2006, p. 138-139) preleciona:

A fim de caracterizar o abuso de direito não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pela lei. Não há que se falar em dolo ou culpa, basta que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito.

Sendo assim configurado o ato ilícito, de acordo o art. 187 CC, o titular de um direito, que excede manifestamente os limites impostos pela lei, decorrendo deste ato danos a outrem, incorre em abuso de direito.

2.4. Positivização pelo código de 2002 (art.187) sob uma ótica civil-constitucional

Com o pós-positivismo jurídico, e a consequente inserção de valores axiológicos nesse novo sistema jurídico, as normas constitucionais passaram a ser substancialmente a pedra angular das mais diversas relações jurídicas, sobretudo, das relações privadas. A constituição de 1988 ganhou força normativa,

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

não apenas para regular relações entre o cidadão e Estado,ou seja, deixou de ser apenas uma carta política, e tornou-se o fundamento formal e material de todos os ramos do direito,de modo que os valores constitucionais passaram a ser intrínsecos a todo ordenamento jurídico e não apenas servindo de limites externos. Os novos valores constitucionais impuseram uma releitura das normas de direito privado reformulando o seu conteúdo axiológico.

Tornou-se necessário interpretar os institutos do direito civil conforme os ditames constitucionais, fazendo uma releitura destes, e conseqüentemente, constitucionalizando-os. Valores constitucionais como cidadania, eticidade, função social, socialidade, boa fé passaram a ser não apenas limites ao exercício de um direito, mas também, passaram a integrar o próprio conteúdo deste direito. A Constituição da República, então, apresenta uma nova tábua axiológica, informando com princípios e normas as relações privadas, e determinando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista¹³.

Vê-se, nitidamente, uma nova ordem constitucional que irradia sua eficácia para os mais diversos ramos do direito, banhando a vida privada de forma substancial, e não apenas impondo limites extrínsecos. Esse novo paradigma possibilita uma maior oxigenação, dinamização e atualização do ordenamento

13. Farias, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª ed. 2008 – p. 24.

como um todo, alcançando-se efetividade pela constante adequação às exigências de nosso tempo¹⁴.

Com o abuso de direito, instituto de direito privado, não poderia deixar de ser diferente. O Código Civil de 2002, advindo pós Constituição de 1988, ganhou uma nova blindagem imbuída de princípios e normas constitucionais. Além da gloriosa positivação desse instituto, no art. 187 CC, tal tema ganhou uma maior relevância e notoriedade nessa nova codificação. Abordado como uma ilicitude objetiva, o abuso de direito passa ser caracterizado como um descompasso entre a conduta exercida e a finalidade do direito subjetivo, infringindo a ordem social como um todo, devido a um novo caráter dotado de publicização¹⁵. Há expressamente elementos éticos que limitam o exercício de direitos subjetivos, como a boa fé, fim econômico e social e os bons costumes; e tais limitações estão estritamente ligadas a valores sociais, assim como, os fundamentos principiológicos constitucionais como: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

Diz o Art. 187 do Código Civil de 2002:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

14. Tepedino, Gustavo (coordenador). A parte geral do novo código civil/ Estudos na perspectiva civil-constitucional/3 ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 – p.408

15. Tepedino, Gustavo Op. Cit., p. 407

O código civil adota a teoria objetiva, a qual prescinde, para configuração do ato abusivo, a intenção e a culpa. Também definiu o exercício abusivo como um ato ilícito, passível de reparação civil dos danos decorrentes dele, nos termos do art. 927 CC. A responsabilidade civil aqui ganha uma feição objetiva, se, objetivamente, tais limites forem ultrapassados, ainda que o titular sequer tenha consciência disso, o abuso estará caracterizado¹⁶. Se tal ilicitude fosse subjetiva, a aplicação do art. 187 CC ficaria inviável, pois a prova do abuso é difícil, porque a conduta parte do exercício de um poder até então legítimo e regularmente tutelado pelo próprio ordenamento jurídico. Nesta senda, não se mede a intenção e sim as consequências advindas deste ato.

3. CONFIGURAÇÃO DO ATO ABUSIVO

3.1. Abuso de direito como categoria jurídica autônoma ou espécie de ato ilícito (?)

Faz-se mister tecer algumas considerações sobre a natureza do abuso de direito. É inegável que este instituto configure um ato ilícito, sobretudo, por estar positivado neste sentido na codificação. Todavia discute-se em sede doutrinária que tais atos poderiam configurar uma nova categoria distinta da emanada do Código Civil. Inegável é, também, que os atos abusivos têm uma peculiaridade que os diferenciam dos “atos ilícitos propriamente ditos”¹⁷.

16. Boulos, Daniel M. Op. Cit., p. 139

17. *Expressão criada pela autora para definir o ato ilícito que é praticado a partir da ausência de qualquer direito. É o que seria*

No caso da natureza do abuso de direito, há um dissenso doutrinário. A depender do autor, ele é considerado: (a) ato ilícito, (b) ato lícito ou (c) uma espécie *sui generis*¹⁸. Ato ilícito é todo aquele ato que não encontra guarida em um determinado ordenamento, por frustrar um dever ou um valor nele fundado. Não há dúvidas de que o ato abusivo é indubitavelmente ilícito. Sendo assim, o fato eventual de não haver, em um determinado ordenamento jurídico, dispositivo expresso que proíba a realização dos atos abusivos não significa que eles sejam permitidos por aquele sistema jurídico¹⁹. Para ser configurado um ato ilícito, não precisa existir uma prescrição positiva, pois se fosse estritamente necessário inviabilizaria de certo modo a aplicação prática desse instituto, porque o ordenamento jurídico é incapaz de prever todas as hipóteses legais que se configurem abusivas, fato este que fez com que o abuso de direito fosse elevado a princípio geral.

Existe uma linha tênue que separa o exercício regular de um direito do abuso de direito. O exercício regular transforma-se em ilícito quando ultrapassar os limites determinados pela lei, portanto, é um exercício anormal desse direito (que até então seria plenamente legítimo), e só quando ultrapassados os limites éticos é que esse exercício tornar-se-á uma conduta reprovável pelo Direito.

para Salvatore Romano “a típica atividade ilícita”. (ROMANO, 1958 Apud BOULOS, 2006).

18. Jordão, Eduardo. Op. Cit., p.100

19. Jordão, Eduardo. Op. Cit., p. 101

Para os que defendem o abuso de direito como uma categoria autônoma, o que diferencia o ato abusivo do ato ilícito é a forma de violação dos limites. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupõe que este tenha uma previsão expressa da conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, mas há uma violação de valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. No primeiro o limite é lógico-formal, no segundo, axiológico-material. Ambos se encontram no plano da antijuridicidade, sendo assim o ato abusivo encontra-se no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde²⁰.

Já as teorias que negam a autonomia do ato abusivo o equiparam ao ilícito em virtude da identidade de efeitos²¹. Ambos ensejam a responsabilidade civil do agente por agir em desconformidade como Direito.

Inquestionável é a máxima: “o direito de um termina quando começa o direito de outrem”, ou seja, por mais que alguém tenha um direito subjetivo resguardado pelo ordenamento, não se pode fazer uso dele de forma ilimitada e antifuncional, pois existem valores intersubjetivos e sociais que limitam tal atuação, sob pena de quando infringidos incorrer automaticamente na seara do proibido – da ilicitude – consequentemente passível de sanção.

O traço distintivo entre o ato abusivo e o ato ilícito é que a conduta abusiva possui uma espécie de

20. Tepedino, Gustavo, Op. Cit., p. 405

21. Jordão, Eduardo. Op. Cit., p.118

capa de licitude que parece legitimá-la, em conformidade com o Direito, aparentemente parecendo encontrar proteção. Assim, a diferença entre o ato ilícito abusivo e o não-abusivo é que, nada obstante sejam ambos atos ilícitos, o primeiro deles foi perpetrado sob aparente licitude e o segundo, não²².

3.2. Abuso de direito como fonte de obrigações e os efeitos jurídicos decorrentes

Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo²³. O abuso de direito foi expressamente consagrado na atual codificação civilista como um ato ilícito, e como todo ato contrário ao comando normativo, caso decorra dele algum dano será estepassível de reparação. Portanto aquele que ingressa no campo da ilicitude civil (seja “ato ilícito propriamente dito” ou ato abusivo), fica sujeito a ser parte de uma relação jurídica obrigacional de responsabilidade civil²⁴.

No caso do abuso de direito, torna-se sujeito de uma relação jurídica obrigacional de responsabilidade civil, aquele que exceder os limites legais, ultrapassando a etérea linha que separa o permitido do proibido, se de sua conduta advir dano (seja patrimonial e/ou moral) a outrem, fica caracterizado o dever de indenizar.

22. Jordão, Eduardo. Op. Cit., p.119

23. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 516

24. Boulos, Daniel M. Op. Cit.,p. 103

Aplica-se, indubitavelmente, a teoria da responsabilidade civil aos atos de abuso de direito, por tratar-se de uma norma de ordem pública que fere a ordem jurídica, desviando a finalidade social.

O art.187 CC-02, acolhe a ilicitude de forma objetiva, ou seja, prescinde de comprovação de culpa para configurar-se como ato ilícito. Se do exercício irregular de um direito decorrer algum dano, este será passível de reparação – tal consequência decorre da conjugação daquele dispositivo com o art. 927 do próprio código, que se caracteriza como uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Contudo, não devemos nos ater somente a única hipótese de efeitos jurídicos decorrentes do ato abusivo sera responsabilidade civil.Pois, é evidente que outras consequências jurídicas poderão surgir a depender do caso concreto. Não é possível estabelecer uma lista taxativa de hipótesesde consequências,isto é nitidamente visível devido ao fato de a norma do abuso de direito estar estrategicamente na Parte Geral do Código, circunstância que a torna uma verdadeira cláusula geral²⁵. Desse modo é possível ampliar, ao máximo, as hipóteses de aplicação dessa norma, e consequentemente abre-se espaço para um leque de outras sanções. De acordo com Orlando Gomes, outras sanções são passíveis, “pois não havendo determinação legal de sanções específicas, a escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz”²⁶.

25. Boulos, Daniel M, Op. Cit., p. 193

26. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Direito Civil. Op. Cit., p. 512 (GOMES, 1995 Apud FARIAS, 2008).

Quando o magistrado se depara com o caso concreto, reconhecendo-o como abuso de direito, a sanção que irá advir tem que atender de maneira razoável as peculiaridades do caso em questão. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já manifestou entendimento segundo o qual o legislador daquele país teria deixado ao juiz a tarefa de estabelecer as consequências do ato abusivo²⁷, assim, o efeito do ato abusivo não pode, e nem deve, ser fixado de maneira igual para todas situações²⁸. Limitar as consequências seria enclausurar a real função de uma sanção que é a reprovação desse tipo de conduta, deve-se, portanto, analisar caso a caso.

(RODRIGUES, 2003), diz:

A teoria do abuso de direito extravasou os limites da responsabilidade civil e se espalhou por todos os campos do direito. De modo que, o ato abusivo pode gerar não apenas o dever de reparar, como também, outras consequências, tais como a reposição das partes ao estado anterior; no direito de família, o abuso do pátrio poder pode levar a destituição deste; no abuso do poder conjugal – a sanção é o suprimento do consentimento, ou outras que caibam²⁹.

Nesse passo, deve-se compreender a sanção escolhida, para um determinado caso concreto de abuso de direito, aquela que seja apta a impedir que o titular do direito, abusivamente exercido, obtenha ou conserve

27. Boulos, Daniel M., Op. Cit., p. 194

28. Boulos, Daniel M., Op. Cit., p. 195

29. Boulos, Daniel M., Op. Cit., (Rodrigues, 2003 Apud Boulos, 2006) p .197

as vantagens que obteve com a prática do ato abusivo. As várias sanções possíveis correspondem às variedades de formas que o ato abusivo pode se revestir³⁰.

3.3. Cláusula geral do abuso de direito e a criatividade do juiz

A origem do abuso do direito se deu na jurisprudência, tendo surgido a partir da análise de casos concretos que não encontravam na doutrina do ato ilícito solução satisfatória³¹. Desde os pilares da construção dogmática do abuso de direito, como pode-se depreender, sempre existiu uma alta carga judicial para a configuração do ato abusivo.

Com a positivação do abuso do direito no Código de 2002, esse instituto veio consagrado como uma cláusula geral, reforçando, dessa maneira, o papel ativo e criativo do juiz para delimitar o âmbito de incidência dessa norma. Elevar o abuso de direito à cláusula geral foi determinante para conferir-lhe o máximo grau de abstração e generalidade que uma norma pode possuir, pois na hipótese fática abstrata deste instituto tornou-se inviável ao legislador pátrio prevê exaustivamente todas as hipóteses que poderiam configurar um ato abusivo. Dessa maneira o sistema jurídico ganha uma conotação menos incoerente, injusta e inflexível.

Na medida em que existe uma *hipótese fática abstrata*³², prevista como cláusula geral, essa consequentemente será dotada de vasta abertura e vagueza

30. Boulos, Daniel M., Op. cit., p. 199

31. Tepedino, Gustavo (coordenador), Op. Cit., p.402

32. Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico plano da existência. São Paulo: Saraiva, 15ª edição, 2008, p.44.

semântica e como tal pode possuir diferentes significados a depender de quem a interprete. Diferentemente do que ocorre com uma “norma fechada”, específica de um determinado tipo legal, que pressupõe uma subsunção do suporte fático concreto idêntico à previsão abstrata. Já em uma norma aberta e flexível, com é o caso da norma contida no art. 187CC, no mundo fático não existe uma “peça de quebra-cabeça” pronta e acabada esperando ser encaixada a hipótese legal. O método de construção da normatividade é diverso daquele, portanto, neste precisa-se de uma atividade judicial extremamente criativa, quiçá subjetiva, para delimitar o encaixe dessa “peça de quebra-cabeça”.

O abuso de direito, elevado a princípio geral, traz novas hipóteses de incidência, mas ao mesmo tempo gera consequências de ordem prática quando o juiz se depara com o caso concreto. Pode gerar uma situação de insegurança, na medida em que há uma gama de possíveis hipóteses de ato abusivo e este será aferido de acordo com a mente do juiz. Constitui um verdadeiro perigo para a segurança das relações jurídicas deixar todos os direitos individuais subordinados ao arbítrio do judicial³³. Consequentemente, há também o perigo da discricionariedade, devido ao aumento de poderes conferidos ao juiz, pois o âmbito de aplicação é amplo e com isso há uma evidente criatividade judicial.

Críticas à parte é fundamental o papel que exercem as cláusulas gerais em um ordenamento jurídico. São *standards* valorativos próprios de um

33. Cavalieri Filho, Sergio. Op. Cit., p. 161

determinado ambiente social, que conferem ao juiz uma margem maior de discricionariedade quanto aos fatos que lhe são apresentados permitindo uma adaptação do direito ao fato concreto³⁴. É, também, um meio de dinamizar o sistema jurídico adaptando-o constantemente ao cenário social, oxigenando e flexibilizando a dogmática jurídica, sem que seja necessário uma constante intervenção legislativa³⁵.

Na lição de Eduardo Jordão, “a essência do abuso do direito é necessariamente metajurídica, pois positivizar suas hipóteses significaria a perda de sentido”³⁶. A lei traça as diretrizes, o juiz conduz o caminho de acordo com os valores axiológicos determinados pelo ordenamento jurídico propiciando uma abertura do sistema, pela *juridicizaçãodos princípio*³⁷, que é cada vez mais almejada, tornando o sistema mais dinâmico, possibilitando ao julgador identificar outras hipóteses adequando a lei à realidade, promovendo, assim, o equilíbrio social.

4. BOA FÉ OBJETIVA COMO LIMITE DO EXERCÍCIO DE DIREITO SUBJETIVO

O nosso ordenamento jurídico elegeu a boa fé como um dos limites ao exercício de direitos subjetivos. A boa-fé que o art. 187 CC-02 faz menção é aquela de índole objetiva, que prescinde de demonstração do verdadeiro estado psicológico do indivíduo,

34. Boulos, Daniel M. Op. Cit., p. 73

35. Boulos, Daniel M. Op. Cit., p. 75

36. Jordão, Eduardo. Op.Cit., p. 129

37. Jordão, Eduardo. Op. Cit, p.132

e sim, descreve o modo como um determinado comportamento deve ser pautado, ou seja, é uma *norma de conduta*³⁸.

A boa fé como função limitadora do exercício de direitos subjetivos fez desenvolver a teoria dos atos próprios (que será trata em tópico específico). O exercício de qualquer direito subjetivo, assim como, todas as posições jurídicas subjetivas (liberdades, faculdades, situações jurídicas), devem ser pautados na confiança recíproca, dentro dos padrões de lealdade, sem que com isso decorra uma quebra de legítimas expectativas de outrem. Nas diversas relações jurídicas é exigível dos sujeitos que integram essa relação que ajam conforme os padrões de lealdade, confiança e com a legítima expectativa que se é esperada do *bonus pater familias*, ou seja, o padrão de conduta que se espera de um homem médio.

O princípio geral da boa-fé, contido na norma nesse dispositivo, foi erigido como um limite geral. Além de o legislador delimitar o conteúdo de um direito, ele cuidou de limitar o exercício desses, definindo as instruções de como deve atuar o sujeito no exercício de suas prerrogativas. A conduta do legislador foi adequada ao traçar esses limites de forma geral, pois é impossível traçar regras específicas concernente ao modo de exercício de cada direito subjetivo ou faculdade contemplados na lei³⁹. Há uma impossibi-

38. Negreiros, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 227.

39. Boulos, Daniel M. Op. Cit, p. 175

lidade de o sistema prever o *modus* de cada exercício de direitos subjetivos, pois os comandos normativos, que definem posições subjetivas, não são literalmente um “manual de instruções” que definem ipsiliteris como o indivíduo deve agir na condução desse exercício. Optou-se, portanto, por traçar diretrizes na Parte Geral do código que deverão ser o norte do exercício de qualquer direito subjetivo presente no sistema jurídico.

Deve-se ter em mente que aquele que comete ato abusivo não realiza conduta permitida pelo direito. Pode parecer *prima facie* que o exercício do direito subjetivo na perspectiva formal, que é tutelado pelo próprio ordenamento jurídico, seja lícito, mas na medida em que extrapola a órbita do limite imposto pela boa fé, tal exercício torna-se ilegítimo, um verdadeiro ilícito. De fato viola-se uma norma jurídica: o princípio da boa fé. O ato abusivo é juridicamente proibido não há espaço para se alegar escusa de que tal prerrogativa é garantida pelo ordenamento, pois os comandos proibitivos ou permissivos de um ordenamento jurídico não se encontram nos dispositivos normativos, mas nas normas que deles emanam⁴⁰.

Portanto, liberdade e limites devem possuir uma íntima relação, pois, como já vimos – as liberdades não são ilimitadas. Quando não existem limites expressos no ordenamento jurídico, há os implícitos que devem ser igualmente observados, pois são princípios fundamentais da ordem constitucional. O exercício de um direito para ser legítimo – portanto – lícito, deve se

40. Jordão, Eduardo. Op. Cit., p. 107

dar dentro dos limites, explícitos ou não, eleitos pelo sistema jurídico. A boa fé está diretamente relacionada com o abuso de direito limitando todos direitos subjetivos.

4.1. Funções da boa fé objetiva

É válido tecer algumas considerações sobre as diversas funções que emanam do princípio da boa fé objetiva. Para o abuso do direito, indubitavelmente, a função limitadora é a que define o alcance desta norma.

Além da função de controle, prevista no art. 187CCB/02, existem a função interpretativa (art. 113CCB/02) e a função integrativa (art. 422CC) que permeiam a atuação do princípio da boa fé objetiva.

A função interpretativa aduz que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa fé, assim, no caso de uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelos sujeitos de uma relação jurídica, a declaração da vontade contratual assume preponderância em relação ao texto, pelo que se torna relevante averiguar a efetiva satisfação dos sujeitos, e não apenas o cumprimento da letra do contrato⁴¹. Deve-se interpretar o contrato tendo como pressuposto que a declaração de vontade contratual deve ser entendida segundo critério de recíproca lealdade de condutas entre as partes, ou seja, que ambas agiram com boa fé no momento da contratação, definindo uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda

41. NEGREIROS, Teresa. Op. Cit., p. 229

que esteja em dissonância com intenção de um dos contratantes⁴².

A função integrativa da boa fé diz respeito à concretização de deveres instrumentais, anexos, aos deveres principal e acessório, impostos aos sujeitos da relação jurídica, exigindo-se deles uma atitude de recíproca cooperação. A boa fé (colocada como uma cláusula geral) tem a função de servir como fonte de criação de direitos. Assim, estabelece deveres de conduta – tais como: deveres de cuidado, providência, segurança, informação, colaboração, cooperação, guardar sigilo, dentre outros⁴³. A boa fé deve ser observada em todas as fases de formação do contrato, tanto na fase pré-contratual, como na fase pós-contratual de modo que esses deveres de conduta jamais podem ser olvidados pelos contratantes. O art. 422 CC traz a boa fé atuando como cláusula geral. Quando os deveres instrumentais advêm do emprego de uma cláusula geral de boa fé, esta passa a ser a fonte precípua desses deveres e a sua concretização dependerá do caso concreto e de suas peculiaridades. Dependerá da aferição do juiz diante do caso concreto, passando a se contemplar um sistema jurídico mais aberto e dinâmico.

A boa fé como função limitadora, já exposta no tópico anterior, tem o condão de limitar o exercício de direitos subjetivos, ao passo que se o indivíduo exorbitar tal limite ético incorrerá automaticamente em abuso de direito, portanto, agindo no campo da ilicitude.

42. NEGREIROS, Teresa, Op. Cit., p. 229

43. NEGREIROS, Teresa. Op. Cit., p. 246

4.2. Cláusula geral da boa fé objetiva

Com a nova ordem determinada pelo pós-positivismo jurídico, um novo paradigma se instituiu na dogmática jurídica promovendo mudanças significativas na elaboração, sistematização e aplicação dos institutos jurídicos,

A inserção de cláusulas gerais no sistema jurídico possui um papel fundamental de adaptar à realidade social, pois permite ao interprete delimitar o alcance de seu conteúdo (devido a uma abertura do sistema), de modo que faz com que se promova um equilíbrio social.

Diante disso, o juiz ao deparar-se com o caso concreto, pode afastar a convenção das partes (a autonomia da vontade) em nome da boa fé, harmonizando o sistema jurídico de acordo com as expectativas sociais. A adequação da realidade ao conteúdo jurídico da norma que será aplicada dar-se-á por meio da ponderação de valores feita de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Vê-se que os poderes conferidos ao juiz cresceram exponencialmente na contemporaneidade, devido à flexibilização do sistema com a conseqüente introdução das cláusulas gerais, acentuando ainda mais o *ativismo judicial*⁴⁴ que repudia a aplicação meramente

44. CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito**, p.20; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

subsuntiva do problema à norma, possibilitando aos juízes que criem as suas próprias normas.

Ao mesmo tempo em que estamos diante de uma solução (pois a abertura e flexibilização do sistema foram fundamentais para a promoção da equidade e da justiça social), nos deparamos com problemas: a fluidez da vagueza semântica das cláusulas gerais e a acentuada discricionariedade do juiz.

O juiz quando promove a criação do direito determinando o alcance da norma age com discricionariedade, o que não significa arbitrariedade, pois a essa atuação são impostos limites, como a motivação e outras limitações inerentes ao sistema. Existe um controle interno e externo das decisões judiciais de modo a purgá-las caso essa atuação derive de um excesso de poder. O juiz não tem uma “carta branca” para arbitrar os litígios sem que lhe sejam imposto limites.

A solução para o problema da fluidez desse instituto dar-se-á pela busca da tendência a especificar os casos de aplicação da boa fé objetiva, acentuando o seu caráter técnico, de modo que torne esse princípio mais tangível – para que não tenha apenas uma conotação metajurídica. Isso não quer dizer que devemos retroceder a um fechamento do sistema, pois iria de encontro com o novo paradigma existente. Caso essas hipóteses fossem especificadas, conseqüentemente as potencialidades de comportamento seriam enrijecidas.

A aplicação das cláusulas gerais não pode adotar o mesmo raciocínio lógico-dedutivo utilizado pelo sistema fechado. Dar-se de modo diverso, pois o sistema

aberto exige a sua complementação pelo sistema tópicico⁴⁵.

Sendo assim as cláusulas gerais promovem uma releitura dos institutos juspositivos e uma ressystematização, na medida em que a resposta obtida pela sua aplicação passará a integrar a experiência jurídica, alagando os contornos do sistema⁴⁶, promovendo uma gradativa abertura deste e sua consequente dinamização.

4.3. Modalidades de atos abusivos (Teoria dos atos próprios)

A boa fé objetiva possui uma íntima relação com a teoria do abuso do direito, pois o abuso passa obrigatoriamente pela análise da boa fé objetiva, utilizando-a como parâmetro para definir limites do ato antijurídico.

A boa fé objetiva é o verdadeiro critério do abuso do direito, pois nos atos abusivos estão presentes uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar⁴⁷.

O venire contra *factum proprium*, a *surrectio*, a *tu quoque* são espécies que englobam o

45. Borges, Thiago. Boa-fé nos Contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto (http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_julho2005/docente/corpo docente.htm)

46. Borges, Thiago. (MARTINS-COSTA, 2000 Apud BORGES), p. 15.

47. Farias, Cristiano Chaves de; Rosendal, Op. Cit., p. 509

gênero ato abusivo. É válido particularizar essas espécies detalhando-as.

4.3.1. Vedação ao venire contra factum proprium

O *venire contra factum proprium* caracteriza-se por um abuso das prerrogativas jurídicas que aparentemente podem parecer legítimas, mas quando analisadas numa perspectiva macro, dá ensejo à quebra da confiança recíproca entre um dos sujeitos da relação jurídica, assim como, à frustração de legítimas expectativas deste.

Esclarecer acerca dos atos contraditórios ficou a cargo da *teoria dos atos próprios*, e por esta não ter previsão expressa no nosso ordenamento, alguns doutrinadores consideram que a norma inserta no art. 187 do CC-02 coíbe, de modo geral, os exercícios inadmissíveis do direito atentatórios à boa fé, dentre eles o exercício abusivo. Deste modo a noção de exercício contraditório se enquadraria como uma espécie de exercício abusivo, sendo assim, segundo este pensamento a teoria dos atos próprios converter-se-ia em uma subespécie da teoria do abuso de direito⁴⁸.

Numa visão pós-positivista percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro⁴⁹. Trata-se de um instituto que veda a incoerência e contradição de

48. SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*, Salvador. Editora: Juspodivum, 2007, p.185

49. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Op. Cit., p. 518

comportamentos que quebram a legítima expectativa de outrem que também faz parte de uma relação jurídica. Enfim ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa. Tutela-se, sobretudo, a confiança recíproca e o dever geral de lealdade, intersubjetivos, entre os sujeitos de uma relação jurídica; e mais, tutela-se também a repercussão da violação à boa-fé em dimensão social, fundada no princípio da solidariedade social previsto no art. 3º da Constituição Federal, afinal, trata-se de uma violação à norma de ordem pública. Desse modo o exercício de um direito subjetivo deve não apenas pautar-se em interesses egoísticos relativos ao próprio sujeito, e sim, atender ao dever de impor respeito aos interesses de terceiros e às expectativas sociais.

Fazendo uma breve alusão à teoria dos atos próprios, alguns doutrinadores elencam pressupostos para a configuração do ato contraditório, tais pressupostos são fundamentais para a aferição do *venire contra factum proprium* em um determinado caso concreto.

A teoria dos atos próprios pressupõe um comportamento inicial que faça advir um estado de confiança no outro sujeito e que posteriormente surja um comportamento contraditório, subvertendo conteúdo da conduta inicial. Deste mecanismo pode advir um dano efetivo ou um dano potencial, caso ocorra o dano efetivo será pressuposto para responsabilidade civil⁵⁰. Para Anderson Schreiber a conduta inicial torna-se juridicamente relevante quando desperta a

50. SOUZA, Wagner Mota Alves de. Op. Cit., p. 133

confiança de terceiro, sendo assim, a conduta inicial deve ser interpretada de forma integrada ao estado de confiança por ela gerado em terceiros na manutenção do sentido objetivo daquele comportamento inicial. Tal conduta inicial potencializada pelo estado de confiança dar-se o nome de *conduta vinculante*⁵¹. Assim, a ruptura da linha de ação inaugurada pela conduta inicial revelaria a incoerência comportamental qualificada pela quebra da confiança legitimamente des-
pertada⁵². Este é o campo de incidência da teoria dos atos próprios.

Deve-se ter em mente que ambas as condutas tanto a inicial, quanto a contraditória, quando vistas de forma apartada (sem que se dê a sequência na linha de ação), tratam-se de condutas lícitas e plenamente legítimas, mas quando projetadas em uma linha de ação, intercaladas pelo estado de confiança, aí sim, o véu da licitude é descoberto, passando a permear o campo da antijuridicidade.

Na vedação ao comportamento contraditório tutela-se a coerência (não contradição) de condutas resguardando o respeito à confiança. A segunda ação é objetivamente contraditória à primeira, que faz criar uma legítima expectativa a terceiros, ferindo, assim os princípios da boa fé objetiva. E essa contradição comportamental deve ser medida segundo critérios que prevalecem na consciência social, ou seja, há uma valoração ética, axiológica, da conduta, que deveria ser pautada na boa fé objetiva.

51. SOUZA, Wagner MotaAlves. Op. Cit., p.135

52. SOUZA, Wagner MotaAlves. Op. Cit., p. 136

(MARTINS-COSTA, 2000), esclarece:

O venire contra factum proprium se insere na teoria dos atos próprios, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente⁵³.

4.3.2. A *supressio* e a *surrectio*

Tanto a *supressio* quanto a *surrectio* derivam da teoria dos atos próprios, porém com peculiaridades que as diferenciam.

Ambas pautam-se na preservação da confiança e na observância da boa fé objetiva em uma determinada relação jurídica. Esses institutos diferem do *venire contra factum proprium* no que diz respeito ao ato ser essencialmente omissivo. Trata-se da inadmissibilidade do exercício de determinadas situações jurídicas por seu retardamento, omissão, fazendo surgir para outra pessoa uma expectativa⁵⁴.

Na *supressio*, o titular de uma situação jurídica deixa de exercê-la, criando conseqüentemente uma legítima expectativa de inação em terceiro, fazendo-o acreditar que o titular de um direito subjetivo não exercerá aquela situação jurídica devido à sua omissão. Decorre diretamente disso a perda da faculdade

53. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado., 2ª tiragem. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2000.p. 460

54. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson.Op. Cit., p. 520

jurídica do titular. Depois de omitir-se por um determinado período de tempo, fazendo um terceiro acreditar na sua inação, se o titular passar a agir em detrimento da confiança alheia, tal situação jurídica (mesmo que seja legítima) perde a sua razão de ser, pois, viola objetivamente o princípio da boa fé. Há neste caso uma preclusão do direito de agir, proscrevendo um comportamento contraditório.

O liame diferencial da *supressio* e do *venire contra factum proprium* é a conduta inicial, ou seja, no primeiro o ponto de partida é a inércia, no segundo há um cotejo de condutas. Ocorre que no *venire contra factum proprium* há obrigatoriamente uma cadeia de condutas que se contrapõem provenientes de uma conduta inicial. Já a *supressio* é originada da inércia injustificada do titular por considerável decurso do tempo⁵⁵.

Para Anderson Schreiber a *supressio* é um subespécie do *venire contra factum proprium* (ambos proíbem comportamento contraditório), apenas caracterizado pelo fato de que a conduta inicial consiste em um comportamento omissivo, um não exercício de uma situação jurídica⁵⁶.

A *surrectio* é o revés da *supressio*. Consiste no exercício reiterado de uma situação jurídica, que pode ser diverso do convencionado, e implica na aquisição dessa prerrogativa por parte de quem vem praticando-a,

55. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p.180

56. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 522

estabilizando, essa forma, a situação jurídica. Cria-se a expectativa de que o interessado não alegar oposição, devido ao fato da constante omissão em exercer esse direito. A omissão do interessado faz com que surja uma situação jurídica de vantagem para terceiro e cerceada será a possibilidade de oposição.

Ambos são casos em que o decurso do tempo, sem manifestação de vontade do interessado (titular do direito), somem-se comportamentos do titular, criando em outrem uma legítima expectativa de não exercício do respectivo direito⁵⁷.

Esses institutos devem ser analisados caso a caso de acordo com as peculiaridades do caso concreto, deve-se fazer uma ponderação entre o direito subjetivo que foi omitido e a nova situação jurídica vantajosa outrem adquiriu, ou seja, sopesar os valores confiança e segurança jurídica⁵⁸.

4.3.3. O tu quoque

O tu quoque é uma modalidade de ato contraditório que também viola o princípio da boa fé objetiva. Trata-se de um comportamento adotado pelo sujeito que viola elemento valorativo de uma norma, sendo que posteriormente este mesmo sujeito adota comportamento semelhante ao anterior com finalidade e valores incompatível em relação ao primeiro. Há

57. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 521

58. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 522

uma incoerência de critérios valorativos e com isso a confiança de uma das partes é violada⁵⁹. Difere do *venire contra factum proprium* porque neste a contradição advém de duas condutas opostas entre si. No *tu quoque* a contradição reside na adoção de uma conduta que se mostra incompatível com outra adotada em hipótese objetiva assemelhada. Aqui se quebra o equilíbrio esperado em uma relação jurídica e viola-se a boa fé através da adoção de um comportamento malicioso, violando critérios valorativos distintos que regem situações juridicamente idênticas.

Imprescindível que haja um nexo entre a obtenção indevida do direito e o seu posterior exercício abusivo⁶⁰. Assim quem não cumpre seus deveres, não pode exigir seus direitos com base na norma violada, sob pena de incorrer em abuso.

No *tu quoque* ocorre quando há violação de uma norma jurídica por parte de um sujeito, que posteriormente exerce essa mesma situação jurídica que a norma, violada anteriormente, lhe atribui. A materialização da regra do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, éticas e jurídicas, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento⁶¹.

59. Farias, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Op.Cit., p. 523

60. Farias, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Op. Cit., p. 524

61. Maneses Cordeiro, António. Da boa-féno Direito Civil . Coimbra.Editora: Almedina, 1987 pág. 837

5. O ATO ABUSIVO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O abuso de direito foi inserido na Parte Geral do Código Civil de 2002 propositalmente, possibilitando uma máxima ampliação das hipóteses de aplicação, ou seja, podendo abarcar todas as situações jurídicas existentes na Parte Especial.

Antigamente, quando a ordem jurídica ainda era pautada em paradigmas essencialmente patrimonialistas e liberais, a teoria do abuso de direito ficou concretizada exclusivamente no plano patrimonial, sobretudo ligada a temas de Direito Privado como direitos reais e contratuais. Essa teoria apenas atingia a esfera do “ter”, desprovida de qualquer caráter existencial.

Contudo com o advento do pós-positivismo jurídico e uma conseqüente mudança de paradigmas, a ordem jurídica veio tomando gradativamente uma nova feição mais axiológica, pautada em valores pessoais e sociais; e consubstanciou uma nova visão existencialista fundada no princípio articulador de toda essa mudança, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Passou a existir uma subversão de valores, diga-se, essa nova ordem engajou uma visão do “ser” em prevalência do “ter”.

Com a constitucionalização do Direito Privado, passou-se a apreciá-lo conforme os ditames dos princípios constitucionais, de modo que, valores axiológicos como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, igualdade substancial, boa-fé, dentre

outros, passaram ser a fonte de releitura dos antigos institutos do Direito Civil.

Com o Direito de Família, um dos ramos do Direito Civil, não poderia ser diferente. A família por ser a primeira forma de estruturação social é um fenômeno que se funda diretamente à sociedade, atribuindo a esse instituto uma notória multiplicidade e variedade de fatores que a envolvem, tornando-a evidentemente complexa e multifacetada. Desse modo para compreendê-la na sua plenitude outras disciplinas devem ser agregadas como a psicologia, sociologia, filosofia, biologia, antropologia e ainda a ciência do Direito⁶². Decorrente da publicização do Direito de Família pela Constituição Federal de 1988, as normas que regem esse sistema passaram a ter um caráter cogente e de ordem pública, conseqüentemente aumentou-se os poderes do juiz para arbitrar nesta seara.

Um dos valores que lhe é elementar é a confiança. Esta é a pedra de toque que deve envolver todas as relações jurídicas civis, inclusive, familiares. Trata-se, em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem⁶³. Com base nisso a compreensão da confiança como mola propulsora das relações civilistas é imposta também nas relações de Direito de Família,

62. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op.cit., p. 63

63. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 65

sejam de índole patrimonial, seja de caráter existencial. O valor da confiança é estritamente importante neste ramo, pois é relevante para o desenvolvimento da personalidade dos membros que a compõe. Trata-se de um verdadeiro dever jurídico de agir com ética, coerência, sem criar expectativas indevidas nos outros. Tal valor tem uma umbilical ligação com a boa fé objetiva e o afeto que regem essas relações.

É válido tecer algumas considerações sobre a aplicação da teoria do abuso de direito nas relações de direito de família, apartando as situações que envolvam um caráter eminentemente patrimonial dentro da seara do Direito de Família, das situações que envolvam um caráter essencialmente existencial também pertinente a esse ramo. A primeira situação diz respeito à aplicação da boa fé nas relações jurídicas familiares patrimoniais, já a segunda tem com fundamento o afeto que permeia a relação familiar. Ambos derivam, como já foi exposto, do princípio vetor que norteia esse ramo do direito que é o princípio da confiança.

5.1. Abuso de Direito e a Boa-fé objetiva: uma visão da confiança nas relações familiares patrimoniais

A boa fé exerce um papel multifuncional, e como função limitadora exerce um controle do exercício de direitos subjetivos, proibindo que sejam quebras legítimas expectativas de outrem, impedindo, assim, que o abuso se instaure.

Nas relações patrimoniais familiares a boa-fé é a tradução da confiança que se é depositada nos membros que compõem a relação jurídica familiar.

Segundo Cristiano Chaves de Farias, trata-se da tutela jurídica da confiança, que impõe o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contraditórios aos interesses e às expectativas despertadas em alguém⁶⁴.

Alguns exemplos elucidativos podem ser citados para uma melhor visualização da quebra da boa fé objetiva numa relação familiar.

Pode ocorrer abuso de direito nos casos em que os pais decidam não autorizar o casamento do seu descendente menor apenas com o intuito de não vê-lo emancipar-se, passando a partir daí a gerir o seu próprio patrimônio. Nestes casos, pode haver o suprimimento judicial caso a autorização seja negada injustamente pelos pais⁶⁵.

Outro caso de violação à boa fé objetiva pode ocorrer nos casos em que um dos cônjuges ou companheiro, no momento da dissolução do casamento ou união estável, renunciou ao direito de receber pensão alimentícia, constituindo vida autônoma e independente, passa, posteriormente, a cobrá-los, surpreendendo o ex-parceiro⁶⁶. Vê-se um verdadeiro *venire contra factum proprium*, embora alimentos sejam irrenunciáveis, houve um comportamento contraditório que quebrou a confiança e a legítima expectativa do outro cônjuge ou companheiro.

64. Dias, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Renovar, 5ª ed., 2009 -p.77

65. Dantas Júnior, Aldemiro Rezende. Teoria dos atos próprios. Manaus.Juruá ,2007, p. 268

66. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 69

Giovanni Ettore Nanni traz um exemplo de uma mulher que é divorciada que recebe pensão do ex-marido e oculta a constituição de uma nova entidade familiar⁶⁷. Trata-se de um comportamento que vai de encontro com o princípio da confiança e da boa-fé objetiva, caracterizando um enriquecimento sem causa. Mitigar-se-ia a irrepetibilidade dos alimentos, por configurar um ato ilícito, sendo passível de repetição do indevido.

Um outro exemplo trazido por Aldemiro Rezende diz respeito a supressio, quando ocorre nos casos em que é possível a anulação do casamento em virtude de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, e o outro cônjuge continua a coabitar com ele, e posteriormente pleiteia a anulação do casamento, configura um comportamento contraditório em relação à omissão quanto ao exercício do direito de anular, gerando no outro cônjuge a confiança de que esse direito não será mais exercido. O art. 1559 CC prevê que a coabitação do cônjuge que incidiu em erro com o outro valida o ato, proibindo a anulação⁶⁸.

O STJ vem invocando *venire contra factum proprium* para coibir comportamentos contraditórios. Um exemplo foi o Recurso Especial 95.539/SP em que o marido celebrou um contrato de compra e venda sem a anuência de sua mulher envolvendo uma certa propriedade do casal. Na concepção jurídico-formal, a

67. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 68

68 Dantas Júnior, Aldemiro Rezende. Teoria dos atos próprios. São Paulo. Juruá ,2007, p. 268

concordância é pressuposto de validade da promessa de compra e venda. Durante 17 anos a posse foi exercida pacificamente pelos promissários-compradores, sem qualquer impugnação. Posteriormente a mulher foi demandada como marido pelos proprietários primitivos e essa declarou espontaneamente a existência e validade da promessa de compra e venda. Depois que foi exigida pelos promissários-compradores a lavratura de escritura definitiva, decidiu ela impugnar a validade do contrato preliminar alegando ausência de outorga uxória. Diante desses fatos, o STJ entendeu que a impugnação era contraditória com a conduta da esposa, que anteriormente havia admitido espontaneamente a validade, e posteriormente escusa-se com um fundamento contraditório⁶⁹.

5.2. Abuso de direito e o Afeto: uma visão existencialista nas relações de família

Outro viés que se pode apreciar o abuso do direito nas relações de família pertence ao campo da afetividade que é moldurada pelo princípio da confiança recíproca que se espera entre os membros de uma entidade familiar. Trata-se de relação jurídica de cunha existencial, balizadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A família é a entidade que primeiramente promove o desenvolvimento da personalidade de seus membros, sendo assim, a confiança entre eles é de fundamental importância para a formação psicossocial do indivíduo.

69. Schreiber Anderson. A proibição de comportamento contraditório – Renovar, 2005, p.196

Os direitos subjetivos de família na lição de Silvio Rodrigues não se destinam exclusivamente a conceder direitos, mas também, atribuem-se deveres⁷⁰. Não há dúvidas de que o poder familiar é um direito subjetivo e, sendo assim, seu exercício não é ilimitado. A dificuldade reside em identificar até que ponto o exercício da autoridade parental torna-se abusivo, pois os pais têm a prerrogativa de exercer tais poderes sobre seus filhos, porém há casos em que embora haja uma aparente licitude desse exercício, ele pode tornar-se uma patologia⁷¹. A autoridade parental absoluta de outrora, não se coaduna mais com os novos paradigmas estabelecidos atualmente, portanto, como sendo um direito subjetivo deve ser relativizado em meio a outros direitos, de modo que, o elemento valorativo passa a justificar a sua atribuição.

O exercício da autoridade parental torna-se um abuso de direito quando é exercida de forma que viole o concreto fundamento axiológico do direito.

São exemplos de abuso do direito da autoridade parental: a omissão afetiva, o abandono afetivo, a alienação parental, o excesso de autoridade parental. Vê-se que em tais casos, além de o exercício da autoridade parental ser abusivo (violando o conteúdo axiológico da norma), atinge, também, o filho na esfera humana mais difícil de se penetrar: a piquê. Tais

70. Dias, Maria Berenice, Manual de Direito das famílias. São Paulo: Renovar, 5^a ed, 2009, p. 376

71. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da Família contemporânea – Uma perspectiva interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.113

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

lesões podem comprometer a formação da personalidade da pessoa e gerar consequências psicológicas das mais diversas.

Kafka em sua obra “Carta a meu pai”, descreve a relação paterno-filial patológica marcada pelo abuso da autoridade parental que tivera com seu pai. Ele retrata alguns abusos de direito no exercício da autoridade parental como: o agigantamento físico e intelectual de seu pai (derivado de um autoritarismo exacerbado), reduzindo-o à insignificância; a omissão de afeto, gerando rejeições e culpas injustificadas que permearam durante toda a sua vida⁷².

Uma questão ainda permanece em aberto e diz respeito à possibilidade de o Direito capturar a realidade das relações paterno-filiais patológicas⁷³. Indubitavelmente, são atos ilícitos atentatórios à dignidade da pessoa humana e à personalidade do filho, e atualmente com a publicização constitucional as normas que regem essas relações ganharam caráter cogente e público. O legislador atentou para uma maior proteção que melhor atenda ao interesse da criança. Com a previsão das medidas contra esses atos ilícitos, no art. 98, II do ECA, o estado pode intervir para equilibrar a relação paterno-filial patológica, coibindo o abuso de direito. Além das medidas previstas nesse dispositivo, há uma necessidade de levar em conta medidas pedagógicas⁷⁴ com a finalidade de

72. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Op. Cit., p. 119

73. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Op. Cit., p. 120

74. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Op. Cit., p. 122

fortalecer os vínculos familiares, para que o menor possa amadurecer em uma ambiência saudável.

Outro exemplo que incorre em abuso do direito nas relações de família é a SAP (Síndrome da Alienação Parental), recentemente introduzido na ciência do Direito (pela lei 12.318/10), a qual passou a atentar para esse ato abusivo que até então era esquecido pela ciência jurídica. A Alienação Parental consiste no mecanismo de implantação de falsas memórias nos filhos por parte de um dos genitores, geralmente quem detém a guarda da criança⁷⁵. Consiste em uma verdadeira “lavagem cerebral” feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram⁷⁶, conseqüentemente a criança passa a reproduzir a mesma história contada pelo alienador e como não tem o necessário discernimento, passa a acreditar verdadeiramente nesses fatos. É um verdadeiro abuso do direito de guarda que induz o filho a odiar o outro genitor, sem este nada tenha feito. O filho torna-se meramente um instrumento nas mãos do alienador.

Essa forma de abuso pode trazer conseqüências irreparáveis à saúde psicológica e emocional da criança, comprometendo o seu sadio desenvolvimento devido à crise de lealdade e ao constante sentimento de culpa que ela passa a enfrentar caso queira uma aproximação (proibida pelo alienador) com o outro genitor. E o pior quando se depara na fase adulta

75. DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 418.

76. DIAS Maria Berenice. Op. Cit., p. 418

percebe que foi cúmplice de uma injustiça e tornou-se órfã de pai vivo⁷⁷. Tais práticas desses atos abusivos têm que ser rigorosamente reprimidas, a solução desse problema deve se dar com a interdisciplinariedade entre o Direito e a Psicologia.

Elucidando outro exemplo podemos citar a proibição ao uso da ação negatória de paternidade por parte do pai que registrou voluntariamente o filho sabendo não ser seu, quando ocorre a chamada “adoção à brasileira”. Tal comportamento anulatório configura-se um verdadeiro *venire contra factum proprium* que lesará a legítima confiança do filho⁷⁸. Admitir tal ação violaria frontalmente a boa fé objetiva incidente sobre o vínculo familiar lapidado no afeto e confiança recíproca.

5.3. A Responsabilidade Civil nas relações de família

É incontroversa a possibilidade de responsabilidade civil em relação jurídica de Direito de Família como consequência do dever de reparar danos decorrentes de ato ilícito (art. 186 e 187 CC-02)⁷⁹. Em sede de abuso de direito, este caracterizado como ato ilícito, não há dúvidas de que configurado o ato abusivo e dele derivar algum dano, passível será a sua reparação. O ato abusivo pode gerar outras consequências, e não apenas o dever de reparar, tais como a

77. DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 419

78. Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. P. 74

79. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Op. Cit., p. 123

reposição das partes ao estado anterior e recusa de proteção legal ao autor do ato abusivo⁸⁰.

Há uma discussão doutrinária acerca do alcance da ilicitude nas relações de família. Existem doutrinadores que defendem amplamente a responsabilização civil, além da indenização devida nos casos de ilicitude dos art. 186 e 187 CC-02, esta indenização atingiria casos específicos do interior das relações familiares, como nos casos de adultério e cessação da vida comum. Outros defendem que a responsabilidade civil somente encontra guarida nos casos que caracterizam ato ilícito naquelas previsões genéricas. Este último é o pensamento prevalecente nos tribunais⁸¹.

Outra questão controversa que paira a teoria da responsabilidade civil é a admissibilidade ou não de indenização por abandono afetivo. As doutrinas são divergentes e o posicionamento dos tribunais superiores ainda é imaturo.

Com a institucionalização de um novo paradigma no Direito Civil o conceito de família ganha novos contornos e é o afeto o fundamento atual dessa entidade. O ordenamento jurídico foi oxigenado com uma carga axiológico-valorativa derivada do pós-positivismo e a observância dos valores constitucionais tornou-se obrigatória. Os institutos elementares do Direito de Família foram elevados a nível constitucional, tornando-se públicos. Mais do que um direito, a constituição prevê agora como dever, dos pais de dirigir aos

80. Dias, Maria Berenice. Op. Cit., p. 124

81. Dias, Maria Berenice. Op. Cit., p. 416

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

filhos criação e educação sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade⁸². Tanto a constituição (art. 227) quanto o ECA acolheram a doutrina da proteção integral da criança, de modo que o exercício do poder familiar deve ser pautado numa maior proteção ao interesse do menor.

O ECA nos seu arts. 7º e 19º prevê como um direito fundamental dos menores o desenvolvimento sadio e harmonioso, além do direito de ser educado no seio da sua família. De modo que o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento⁸³.

Maria Berenice Dias defende vigorosamente a admissibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo. Para a autora a convivência entre pais e filhos deve ser vista como um dever, uma obrigação, pois caso esta seja ausente produz danos emocionais merecedores de reparação, o filho será prejudicado por faltar-lhe na sua formação psicológica a referência paterna. Alega também que o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer o afeto como bem valioso⁸⁴. Prestigia-se, nessa doutrina, um caráter pedagógico da responsabilidade civil despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos.

82. DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 415

83. DIAS Maria Berenice. Op. Cit., p. 415

84. DIAS Maria Berenice. Op. Cit., p. 416

Em uma vertente totalmente oposta, Cristiano Chaves de Farias defende a inadmissibilidade de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. O autor alega que a simples violação de um dever decorrente de norma de família (como o dever de afeto) não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Além de que o Judiciário não deve querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo, por isso, no âmbito do Direito de Família importaria em uma patrimonialização dos valores existenciais, ferindo a essência do núcleo familiar⁸⁵.

Intermediando essas duas correntes, Anderson Schreiber preleciona que o interesse da demanda de abandono afetivo não é a violação do dever de amar, mas funda-se no interesse do dever dos pais de educar e criar seus filhos. E, neste sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela em abstrato. Cumpre ao juiz analisar de forma objetiva se houve ou não violação do dever legal. Verifica-se posteriormente a violação dos deveres de criação concretamente, e se tais condições forem cumpridas, não pode haver dano ressarcível. Se ao revés, o pai violou os deveres de criação, sustento, guarda e educação dos filhos menores, sua conduta será merecedora de reprovação, verificando o dano efetivo que será passível de reparação⁸⁶.

Os posicionamentos dos tribunais ainda são divergentes e imaturos. Há a argumentação de que para gerar o dever de indenização precisa-se configurar ato

85. FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. Cit., p. 77

86. SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., p. 180

ilícito, e para alguns o abandono afetivo não estaria no campo da antijuridicidade:

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

(Apelação Cível Nº 70029347036, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/11/2009).

Em sentido diverso já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.(TJSP,8ª C.Civ.de Direito Privado, AC 511.903-4/7-00-Marília-SP, rel.Des.Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008).

6. CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se perceber que o abuso de direito sempre esteve latente no âmbito das relações familiares, embora para alguns seja um tema eminentemente patrimonial dedicado aos direitos reais e contratuais, inegável é a sua admissibilidade na seara de direito de família. Louvável tem sido a atenção especial que o tema vem sendo tratado pela Ciência Jurídica.

O Abuso do direito nas relações de família ganha uma conotação menos patrimonialista do que quando tratado em outros ramos do direito privado, porque aqui a questão maior não é a lesão a uma propriedade, ou a lesão a uma cláusula contratual, e sim à existência humana. O princípio vetor desta atuação é a dignidade da pessoa humana e com isso a repercussão do abuso de direito ganha proporções maiores.

Inegável é o caráter ilícito do poder familiar, ou de qualquer outro direito subjetivo existente no Direito

ALÉSSIA GUIMARÃES CARVALHO OLIVEIRA
E LUCIANO LIMA FIGUEIREDO

de Família, quando exorbita a sua esfera axiológica-funcional (que é o verdadeiro conteúdo do direito) ferindo de sobremaneira direitos de outrem, e como tal deve ser punido.

Embora a doutrina venha discutindo a aplicabilidade desse instituto nas relações familiares de forma significativa, a jurisprudência ainda é cambaliante, e está evoluindo no sentido de admitir sua aplicabilidade.

A família desse novo milênio encontra no afeto o elemento agregador de valor que regem as suas relações. E qualquer violação a boa-fé e a confiança (que são a materialização do afeto) deve ser reprimida pelo Direito. Famílias patriarcalistas e hierarquizadas são modelos de família de outrora, que não se coadunam mais com a realidade social dos dias atuais.

A inserção das cláusulas gerais no ordenamento jurídico é de fundamental importância para a manutenção e equilíbrio do sistema, pois a velocidade dos fatos sociais é diversa da velocidade normativa, cabendo ao juiz atentar, diante do caso concreto, às possibilidades de existência de diversos atos abusivos (não tipificados), mas que merecem igual reprovação. O abuso de direito elevado à cláusula geral permite que esse instituto tenha uma aplicabilidade vasta envolvendo todos os tipos de relações sociais.

Tratando-se de relação familiar, a repercussão do ato abusivo ganha maiores proporções, pois lida com o ser humano enquanto ser alicerçado por sentimentos, e não apenas como sujeito de direitos e obrigações. Admitir o combate ao abuso de direito nas

relações familiares, além de reprimir condutas abusivas, é dignificar a pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Boulos, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
2. Jordão, Eduardo. *Abuso de Direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006
3. Schreiber, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009
4. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas
5. FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª edição, 2008 -
6. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *A parte geral do novo código civil/ Estudos na perspectiva civil-constitucional/3ª ed. Revista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
7. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998,
8. CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático*

de direito, p.20; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

9. BORGES, Thiago. Boa-fé nos Contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto (http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_julho2005/docente/corpodocente.htm)
10. SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*, Salvador. Editora: Juspodivm, 2007
11. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2000.
12. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2006,
13. FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil: Direitos de Família*. Rio de Janeiro.
14. MANEZES Cordeiro. *Da Boa Fé no Direito Civil António*. Coimbra. Editora: Almedina,
15. DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das famílias*. São Paulo: Renovar, 5ª edição, 2009
16. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios*. Manaus. Editora Jurará ,2007
17. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da Família contemporânea – Uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Capítulo II

A aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro

Eduardo de Andrade Corlett Loiola
Graduando pela Faculdade Baiana de Direito



A aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade dos *punitive damages* em solo pátrio, apresentando o seu conceito e a sua incidência no Brasil, perpassando brevemente pela perspectiva histórica até que chegue à feição atual. Serão investigados em quais hipóteses se aplicam os *punitive damages* sob o ponto de vista do direito positivado e da jurisprudência. Ao final, analisam-se os critérios para aplicação dos *punitive damages*, além da adequação e da necessidade da sua aplicabilidade diante da realidade social, moral e jurídica que cerca o Brasil.

Palavras-chave: *Punitive Damages*; Críticas; Critérios de aplicação; Adequação e necessidade de aplicação.

Abstract: This study aims to examine the applicability of *punitive damages* on home soil, with its concept and its incidence in Brazil, passing briefly through the historical perspective until you reach the current feature. Will be investigated in which assumptions are applied in *punitive damages* from the viewpoint of positivised law and jurisprudence. Finally, we examine the criteria for application of punitive damages, the adequacy and necessity of its applicability in the face of social, moral and legal in Brazil.

Keywords: *Punitive Damages*; Reviews; Application Criteria; Appropriateness and necessity of applying.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito e funções dos *punitive damages* – 3. Nomenclaturas correlatas aos *punitive damages* – 4. Breve apanhado histórico: da Antiguidade ao Brasil: 4.1. Os *punitive damages* no Sistema de *Common Law*; 4.2. Os *punitive damages* no sistema de *Civil Law* – 5. Críticas à Teoria do Desestímulo (*punitive damages*) – 6. Hipóteses Legais de Aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil – 7. Da prática jurídica e da jurisprudência – 8. Critérios para aplicação dos *punitive damages*.

1. INTRODUÇÃO

“Punitive Damage” (ou exemplary damage) é expressão originária da Inglaterra que ganha sentido no fundamento da indenização punitiva ou indenização com caráter pedagógico. Assim como outras normas do sistema *Common Law*, os *punitive damages* foram incorporados pelo direito brasileiro, trazidos a uma nova realidade e aplicados de forma distinta. Ladeados com os dispositivos brasileiros, os *punitive damages* comportam diversas críticas, mormente à sua aplicabilidade.

O âmbito de aplicação das indenizações punitivas (*punitive damages*) é tema dos mais fascinantes e controvertidos aos olhos dos operadores do direito brasileiro. Muito se fala na possibilidade do uso corriqueiro desse instituto e, em contraponto, há críticas inesgotáveis a essa espécie de indenização. Falar em

indenização punitiva é, portanto, imergir em pensamentos divergentes e contraditórios.

Mister se faz a análise dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro, devendo ser acionado o direito comparado para compreensão do fundamento de sua aplicabilidade no Brasil e nos demais sistemas jurídicos, aos quais foram inseridos.

A aplicabilidade dos *punitive damages* é praticada com cautela, vez que inesgotáveis são as críticas que permeia esses institutos, sendo relutante a sua adoção nos variados sistemas jurídicos, principalmente no Brasil que carece de legislação que os legitimem, excepcionando algumas hipóteses que serão aqui esposadas.

O presente trabalho visa apresentar a aplicabilidade dos *punitive damages* enquanto instrumento de punição e prevenção da Responsabilidade Civil, perpassando pelo conceito e nomenclaturas correlatas do instituto, pela perspectiva histórica, pelas críticas e hipóteses, positivadas e não-positivadas, em que são aplicados no atual contexto jurídico, não olvidando, contudo, dos critérios razoáveis de aplicabilidade das indenizações punitivas. Ao fim, será exarado juízo de valor concernente à necessidade da aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONCEITO E FUNÇÕES DOS PUNITIVE DAMAGES

O conceito dos *punitive damages* não está positivado na legislação brasileira, todavia encontra-se

grafado nos manuais e livros de direito, aproximando do que hoje se compreende como: são indenizações majoradas, ultrapassando o *quantum* da reparação ou compensação do dano, com fundamento na punição do agente causador da conduta danosa motivadora de certa reprovação jurídico-social, aplicados visando dissuadir novas condutas danosas por parte do agente do dano bem como por terceiros. Em outras palavras, conceitua o insigne doutrinador André G. C. de Andrade¹:

Os *punitive damages* são definidos como: “indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo.” São também, frequentemente, denominados *exemplary damages*. [...] Constituem os *punitive damages*, portanto, uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory* ou *nominal damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão.

O escopo dos *punitive damages* é punir o ofensor, imputando-lhe uma sanção que sirva de exemplo para que não volte a praticar atos lesivos. Ademais, agrega-se à sua função a dissuasão de comportamentos semelhantes àqueles que deram causa ao dano. Nesse sentir, mister se faz os ensinamentos do ilustre civilista Sérgio Cavalieri Filho²³:

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da

1. Dano moral e indenização punitiva. p.136.
2. Programa de responsabilidade civil. p. 94.

responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição).

Cabe frisar aqui que as indenizações compensatórias ou reparatórias são aquelas que concedem ao ofendido tão-somente a compensação ou reparação do dano, baseando-se na extensão da lesão. Nesse sentido, orienta o Art. 944 do novo Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Se diferenciam das indenizações punitivas por serem estas um valor agregado às indenizações compensatórias, majorando-as, a fim de que seja concedido efetividade às funções dos *punitive damages*, quais sejam, a punição do agente e a dissuasão da conduta danosa.

3. NOMECLATURAS CORRELATAS AOS PUNITIVE DAMAGES

Os *punitive damages* são expressões da língua inglesa, trazidas ao Brasil e adotadas sob diversas formas da língua pátria. Ante a necessidade da construção de um novo paradigma na responsabilidade civil, aporta-se da doutrina estrangeira o polêmico instituto considerado um avanço para alguns e um retrocesso para outros. O embate na doutrina inicia pelas nomenclaturas quando da tradução e inserção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

Em uma tradução fidedigna da expressão, *punitive damages* significa, pois, “danos punitivos”. Talvez pela facilidade de tradução ou talvez por acompanhamento à atecnia da expressão da língua inglesa, muito se usa na doutrina brasileira a tradução ao pé da

letra. Todavia, como dito, não passa de uma atecnia que deve ser evitada no exercício corriqueiro da prática forense e nos manuais jurídicos.

O modelo “danos punitivos” remete ao pensamento da vítima que acaba de sofrer um dano, por isso, será punida, aumentando seu desconforto. Seria para a vítima, portanto, um dano punitivo. Por óbvio, tal expressão assustaria aqueles menos dotados de conhecimento jurídico, de sorte que não atingiria os profissionais de direito, o que não justifica a tradução *ipsis litteris* da expressão *punitive damages*. Sobre o assunto, corrobora Salomão Resedá:

Em assim sendo, ao aceitar a denominação “dano punitivo” estar-se-á chancelando uma expressão completamente oca e sem nenhum conteúdo que possa refletir seu âmago no âmbito jurídico brasileiro. Dizer que o dano é punitivo é dar a ideia ao leitor mais leigo que o ordenamento estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima, na medida em que sobre ele incidiria uma punição pelo dano experimentado.³

O vocábulo “danos punitivos” não será usado no presente artigo, devida rejeição ao formato simples e errôneo de tradução que descaracteriza o próprio sentido da doutrina dos *punitive damages*.

Sabendo do prejuízo na ontologia do paradigma dos *punitive damages*, outras expressões correlatas foram criadas com fito na melhor identificação da doutrina em apreço, quais sejam, “indenizações punitivas”

3. A função social do dano moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p 260

e “Teoria do Desestímulo”. A primeira tem razão de ser, uma vez que o que é punitiva é a indenização e não o dano. A segunda, também coerente, salienta o caráter dissuasório dos *punitive damages*, uma das finalidades precípua dessa modalidade de indenização.

Além das denominações já citadas, também são adotadas as expressões originárias da doutrina, com marco no direito estrangeiro. A principal delas e que será utilizada nesse texto é a “*exemplary damages*”. Como a própria tradução sugere, são danos (indenizações) exemplares que visam extirpar novas condutas danosas. Outras denominações, menos usuais, fazem igualmente referência aos *punitive damages*, a saber: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages*, *retributory damages*⁴. Para evitar que o texto torne-se enfadonho ao leitor, utilizar-se-á expressões correlatas da doutrina dos *punitive damages*, dentre as quais apenas aquelas consideradas coerentes serão aplicadas, buscando reduzir, para a melhor fluidez na leitura, a repetição dos termos.

4. BREVE APANHADO HISTÓRICO: DA ANTIGUIDADE AO BRASIL

Autores que aprofundam a problemática dos *punitive damages* vislumbram o período da antiguidade como pioneiro nas práticas dessa espécie de dano. É possível que se identifique as indenizações punitivas em diversos escritos da época, comprovando a sua

4. Dano moral e indenização punitiva. p. 186.

existência remota. Como exemplos, verificam-se presentes no Código de Hammurabi, no Código Hitita, na Lei das XII Tábuas, no código de Manu e na Bíblia⁵.

Ainda que com marco inicial na antiguidade, os *punitive damages* ganham corpo e consolidam-se mais tarde, por volta do século XVIII, na Inglaterra. É no país inglês, e futuramente nos EUA, que os *punitive damages* são conduzidos a mudanças conceituais que com o passar do tempo tornar-se-iam a forma atual.

Marcados por inspirações nos britânicos, os Estados Unidos da América adotam o modelo dos *punitive damages*, segmentando nas indenizações diversas facetas, como a compensação do dano, punição e dissuasão da conduta indesejada. Cabe mencionar a coerência na transição dos *punitive damages* aos EUA, vez que, assim como na Inglaterra, os norte-americanos adotam o sistema de Common Law, compatível à nova visão indenizatória.

A adoção a doutrina dos *punitive damages* pelos Estados Unidos da América produziu reflexo em todo o mundo, disseminando-a a outros países e sistemas jurídicos como, a exemplo, o Brasil.

Os *punitive damages*, no Brasil, não demoraram a ser inseridos à legislação. Espelhados no sistema americano, o Brasil acolhe os danos punitivos e os incorpora ao atual contexto normativo. Contudo, assim como outros países de tradição romano-germânica, o Brasil adota o sistema *Civil Law*, motivo pelo qual

5. André Gustavo. Dano moral e indenização punitiva. p. 186.

torna a aplicabilidade dos *punitive damages*, em das circunstâncias, matéria de difícil compreensão e aceitação.

4.1. Os *punitive damages* no Sistema de *Common Law*

A expressão *Common Law* designa um sistema jurídico através do qual a razão é extraída dos fatos e da experiência, sendo sua característica a criação do direito pelo juiz em oposição ao direito pré-estabelecido por órgão exógeno ao poder judiciário. As fontes primárias no sistema de *Common Law*, logo, são as decisões ou precedentes judiciais.

É peculiar ao sistema *Common Law* o uso constante de regras abstratas que orientam o julgador na prolação dos atos processuais. A ausência de um pleco normativo escrito conduz ao magistrado, em suas decisões, a busca de soluções baseadas na razão e na argumentação.

É nesse contexto que surgem os *punitive damages* que começam a criar corpo na Inglaterra e tornam-se inspirações para outros países ao serem imersos na cultura dos Estados Unidos da América. Na carência de regras específicas, os *punitive damages*, nesses países, consistem em norma não positivada que conferem as diretrizes para a decisão do julgador.

A necessidade dos *punitive damages* parte da constatação do direito ser produto da cultura, criado a partir dos costumes. Com efeito, as indenizações punitivas são usadas como instrumentos jurídicos para prover a justiça. Caberá aos juízes, tribunais

e a corte americana ditarem o direito que, do caso concreto, se pode extrair. Nesse sentido, criam-se as normas a partir da realidade com o fim de atuarem sempre adequadas às circunstâncias da casuística. A este respeito diz-se método tópico-problemático. Os *punitives damages* se harmonizam no sistema de *Common Law* ao buscar incessantemente a justiça.

Os punitive damages estão bem definidos pelo sistema jurídico norte americano, primando pela clareza no momento de julgar. Sabe-se, na decisão, o direito conferido em corolário à reparação do dano da mesma forma que se compreende os direitos oriundos da punição do agente. Destarte, estão precisamente torneados os *compensatory damages* e os *exemplar damages* na cultura dos EUA, o que melhor justifica a coerência na sua aplicabilidade.

Consoante exposto, aplicam-se de forma razoável e coerente os *punitive damages* nos países tradicionalmente adeptos ao *Common Law*. Há nesses países menor resistência quanto ao reconhecimento dessa espécie de dano e a necessidade de sua aplicação. No pólo oposto a esta relação sinérgica, encontram-se países de tradição romano-germânica, da “família *Civil Law*”, que rejeitam em demasia a existência dos *punitive damages*.

4.2. Os *punitive damages* no sistema de *Civil Law*

O *Civil Law* é um sistema, mormente integrado aos países influenciados pela cultura romano-germânica, que consiste na predominância das regras escritas, baseando-se sob os argumentos da

segurança e da previsibilidade. Nesse sistema, busca-se regular todos os atos da vida social por meio das formulações de regras gerais e abstratas previamente elaboradas.

Nos sistemas de *Civil Law* a fonte primária é a lei, a legislação emitida pelos parlamentos e governos. Nesse ínterim, visa-se a interpretação das fórmulas gerais e abstratas pré-estabelecidas no caso concreto, sendo um norte para o julgador. Há, portanto, pouca margem para o surgimento de lacunas no direito, reduzindo a função do preenchimento destas pelo órgão judiciário.

Com apreço na vitrine norte-americana, diversos países europeus continentais e suas ex-colônias utilizam os *punitive damages* na regulação da prática forense. Entretanto, por submeterem-se ao sistema de *Civil Law* e estarem sob égide das leis postas, por vezes, tornam-se controverso a aplicabilidade da indenização punitiva. O Brasil é um exemplo das turbulências provocadas pelo uso desorientado dos danos punitivos. Assim há uma severa discussão travada entre os estudiosos do direito no que concerne à imprescindibilidade ou não dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

No sistema de *Civil Law*, como os fatos da vida social estão todos, ou quase todos, previamente regulados, há uma tendência lógica que em havendo novas orientações jurídicas, estas devam ser constituídas em leis, legitimando-as. Desta maneira, o juiz compõe sua decisão com bases em tais formulações jurídicas, seja com fulcro nas regras ou nos princípios.

Nesse particular, faz-se notória a ausência de lei que regula os *punitive damages* como uma norma de caráter abstrato, universal e positivada. *A contrario sensu* aplicam-se os *exemplary damages* em incontáveis situações, sejam elas numa mesma linha de coerência ou diametralmente opostas. Evidentemente, estas posturas comportam vultosa rejeição, ensejando diversas críticas com os mais variados fundamentos.

5. CRÍTICAS À TEORIA DO DESESTÍMULO (*PUNITIVE DAMAGES*)

Muitas são as críticas destinadas à Teoria do Desestímulo, mesmo nos países de maior aceitabilidade. No Brasil, os caminhos que levam ao *punitive damages* são tortuosos, sendo de difícil aceitação pelos mais variados motivos.

A primeira das críticas deriva da dicotomia existente entre o direito público e privado que perpassa a idéia da Responsabilidade Civil como instituto destinado exclusivamente a reparação do dano, tanto material quanto moral. De outro lado, o direito público estaria encarregado de preservar uma função pedagógica-sancionadora⁶.

Alinha ao raciocínio o escólio de Marcius Geraldo Porto de Oliveira⁷:

-
6. Resedá, Salomão. A função Social do Dano Moral, Ed. Conceito; 2009. p.273.
 7. Dano Moral.Ed. São Paulo: Editora de Direito Ltda. p. 65.

O caráter ressarcitório ou compensatório parece o mais lógico para a compreensão da responsabilidade civil por danos morais. Evita-se o enriquecimento ilícito e indeniza-se a vítima satisfatoriamente, reservando a punição para os órgãos competentes do Estado.

Nesse ínterim, não haveria razão de existir os *punitive damages*, uma vez que não seria de competência da Responsabilidade Civil a função punitiva e pedagógica (preventiva).

Porém, ressuma evidente que a dicotomia existente entre o direito público e o privado encontra-se, hoje, fragilizada, caindo por terra a crítica em relevo. Afirma o doutrinador Salomão Resedá: “Agora não se pode mais encarar o ordenamento jurídico como água e óleo, mas sim como ‘substâncias’ que se misturam para formar um novo substrato”⁸.

Outra crítica que se faz é a impossibilidade da aplicação de qualquer pena sem prévia cominação legal, doutrina inspirada no princípio penal da *nulla poena sine lege*. Sendo a indenização punitiva uma forma de punição não positivada, tornar-se-ia inaceitável a sua incidência às demandas judiciais.

Preconiza o inciso XXXIX do Art. 5º da Constituição “não há crime sem lei anterior, que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A lei define o princípio da legalidade, bastante acionado no direito penal,

8. Resedá, Salomão. A função Social do Dano Moral. Ed. Conceito; 2009. p.273.

agora evocado como fundamento para os *punitive damages*, instituto eminentemente do direito civil.

O revide à crítica em comento pelos defensores da Teoria do Desestímulo perfilha a não caracterização dos *punitive damages* como uma pena *stricto sensu*. Configuram-se uma sanção. Demais disso, entendem que o princípio abrange apenas as relações imersas no direito penal, não havendo motivos para ampliá-lo ao ramo do direito civil. A razão ontológica do princípio deriva, portanto, das necessidades do viés penal.

Nova crítica pode ser feita com relação ao subjetivismo na aferição dos valores dessas indenizações, posto que ao magistrado recai a difícil missão de encontrar valores razoáveis à casuísta que possa ser imputado como forma de punição e dissuasão da conduta deletéria.

A doutrina favorável à Teoria do Desestímulo lembra que o subjetivismo é ínsito a qualquer indenização, quando não é possível quantificar precisamente o dano, motivo pelo qual torna viável a aplicação dos *punitive damages*, sob a condição da razoabilidade.

Por fim, uma última crítica que se ventila constantemente em rejeição ao *punitive damages* se refere à vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido. Com o subjetivismo de algumas formas de indenização, muitos são aqueles que instauram demanda judicial com a mera finalidade de locupletar-se. Os *exemplar damages* seriam, destarte, mais um instrumento para enriquecer ambiciosos na “indústria do

dano moral”⁹, que acionam o judiciário para obter resultado diverso daquele que preceitua o sistema jurídico, qual seja, uma decisão com o condão de realizar o mais alto sentimento de Justiça.

Posicionamento contrário é aquele que orienta a criação de mecanismos jurídicos que impeçam o enriquecimento sem causa, seja através de multas ou do próprio amadurecimento na utilização do princípio da razoabilidade pelos magistrados ao proferir sentenças de cunho condenatório. Assim, deve persistir a aplicabilidade dos *punitive damages* no arcabouço jurídico, sendo alterada a forma de julgar dos magistrados, evitando o arbitramento de indenizações desarrazoadas aos fatos que se vinculam.

Apesar das críticas negativas, não são poucos os estudiosos e operadores do direito que vislumbram o aspecto positivo dos *punitive damages* como de maior relevância em detrimento dos pontos negativos, que são ofuscados pela inegável busca da manutenção da paz social, realizada através de instrumentos do direito que assim permitam fazer, como, condicionados a

9. A expressão “indústria do dano moral” é bastante utilizada na tentativa de defesa do dano moral. Sobre o tema, leciona Anderson Schreiber: “o que o uso do termo *indústria* anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial. Embora a preocupação seja válida, sob o ponto de vista científico, o certo é que, no Brasil ao menos, sua importância não pode ser exacerbada, já que, na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que enriquecedor”. (Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2009)

alguns critérios, os *punitive damages*, sendo um novo paradigma necessário a Responsabilidade Civil e a evolução social.

Nessa mesma linha de raciocínio, existem hipóteses, previstas legalmente, em que se admite com certa tranquilidade a aplicação dos *punitive damages*, considerados essenciais à justiça, razão pela qual recebeu a devida atenção do legislador.

6. HIPÓTESES LEGAIS DE APLICAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL

No Brasil, a aplicabilidade dos *punitive damages* pode ser facilmente notada, embora haja relutância ao instituto. Há no sistema jurídico Brasileiro hipóteses legais que legitimam essa espécie de dano. Decerto, é possível encontrar dispositivos espalhados no Código Civil, *exempli gratia*:

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

O artigo 939 do CC02 traz em sua redação evidente forma dos *punitive damages*, mormente em sua parte final. Destaca-se do texto modelo indelével de punição ao credor, demandante de dívida antes do seu vencimento, quando dito: “ficará obrigado (o credor) a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”. A partir deste

entendimento é possível notar que a imputação do pagamento pelo credor das custas em dobro constitui ato punitivo da norma civil.

Nesse particular, o credor que vem a cobrar do devedor antes do vencimento da dívida deve retomar a situação anterior (*status quo ante*) e esperar o tempo que faltava para o vencimento da dívida, descontando os juros correspondentes, para que só depois possa cobrar pelo crédito que lhe diz respeito. Imaginando que a norma apenas dispusesse nesse sentido, nada mais sendo dito, não haveria forma de compensação das turbações causadas pelo credor ao devedor, o que seria um equívoco. Para evitar tais transtornos o novo código civil imputa ao credor o pagamento das custas em dobro, punindo e dissuadindo a conduta indesejada, caracterizando, deste modo, os *punitive damages*.

Além da hipótese do artigo 939, aventa-se o artigo 940 como modelo dos *exemplary damages*, a saber:

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar o devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Consoante dispositivo exposto, infere-se o caráter punitivo das indenizações mencionadas, ressaltando o dever de pagar do credor (da obrigação originária), nos dois casos, como forma de punição pelo ato praticado. Nesse sentido, o novo código civil leciona duas outras situações que constituem os *punitive damages*.

Na primeira hipótese, o código determina àquele que demandar pela dívida já paga, no todo ou em parte, o pagamento em dobro do que foi cobrado de maneira indevida, salvo se o credor ao demandar fizer ressalva das quantias já recebidas. Em segunda análise, o artigo expõe a situação em que o demandante que pedir mais do que lhe for devido deverá pagar o valor equivalente do que foi exigido, exceto havendo prescrição da dívida cobrada.

Nessa esteira, torna-se evidente o caráter punitivo e pedagógico das indenizações em ambas as normas em comento. Ressalva-se ainda que essas indenizações reverterão em favor das vítimas.

7. DA PRÁTICA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA

Como dito alhures, a grande dificuldade da inserção dos *punitive damages* no Brasil decorre da ausência de legislação que os legitime. O sistema jurídico adotado no País, Civil Law, produz amarras às mudanças e à aceitação de novos paradigmas não positivados. Assim, os *punitive damages* sofrem vultosa rejeição ao seu emprego, todavia, é possível perceber uma nova realidade em decorrência da Prática Jurídica e da Jurisprudência.

Com efeito, a prática jurídica aponta para o aumento da aplicação dos *punitive damages* no Direito Civil Brasileiro, mas é na seara do consumidor que ganham maior destaque. Inobstante, a jurisprudência vem se consolidando com os crescentes julgados em favor da nova forma de indenização, inovando precedentes que fundamentam outras decisões.

Não raro são aplicados os *punitive damages* em favor do consumidor, justamente por serem parte vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo, somado a força econômica do agente no polo oposto desta relação.

Juízes e Desembargadores constantemente são comovidos pela situação da vítima que sofre determinado dano praticado por um agente provido de significativo recurso, majorando a indenização como forma de punição, prevenção e reparação da lesão causada. À guisa de exemplos muitos são os julgados nesse sentido, alguns aqui esposados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RITO SUMÁRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL. FINALIDADE PUNITIVA E PREVENTIVA OBJETIVANDO DISSUADIR A PRÁTICA REITERADA DE CONDUTA LESIVA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO¹⁰.
(grifos nossos)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – VIOLAÇÃO A DIREITOS AUTORAIS – PROGRAMAS DE COMPUTADORES – SOFTWARE – AUSÊNCIA DE LICENÇA OU DOCUMENTO FISCAL EQUIVALENTE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – INEXISTÊNCIA DE REPRODUÇÃO FRAUDULENTE – INAPLICABILIDADE

10. DES. MARIA REGINA NOVA ALVES – Julgamento: 09/11/2010 – QUINTA CAMARA CIVEL – **TJRJ**. Nº proc. 0015040-60.2009.8.19.0209

DA SANÇÃO DO ART. 103 DA LEI N. 9.610/98 – **QUANTUM RESSARCITÓRIO – CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO – MAJORAÇÃO** – SUCUMBÊNCIA TOTAL DA RÉ – HONORÁRIOS – ART. 20, §3º, CPC. Conforme dispõem os artigos 28 e 29 da Lei 9.610/1998, cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo o uso por terceiros de prévia e expressa autorização do primeiro. Constatada a utilização dos programas da autora, pela requerida, sem a devida licença, impõe-se sua condenação a indenizar a primeira pelos prejuízos sofridos. Inexistindo prova de que a ré editava e comercializava os softwares de titularidade da autora, restando demonstrado, tão-somente, que ela os utilizava sem a devida licença, impossível a aplicação do art. 103 da Lei n. 9.610/98, que se refere à hipótese de reprodução fraudulenta da obra. **Considerando que a ré foi beneficiada pela utilização dos programas de computador da autora em sua atividade comercial e que a indenização por violação de direitos autorais possui caráter compensatório e punitivo, deve ser majorado para o dobro o quantum fixado na sentença.** Sendo meramente estimativo o pedido indenizatório formulado pela autora, com a condenação da ré não há se falar em sucumbência recíproca, ainda que aquela tenha apelado da sentença, pleiteando a majoração da indenização. Nas ações em que há condenação em valor considerável, o arbitramento dos honorários sucumbenciais deverá se pautar pelo art. 20, §3º, do CPC, devendo o julgador levar em consideração o zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, o tempo exigido do advogado na elaboração das petições e recurso, bem como

a natureza e a importância da ação¹¹. (grifos nossos)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MÚLTIPLAS INSCRIÇÕES NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – MENSURAÇÃO DOS PREJUÍZOS – FINALIDADE COMPENSATÓRIA E PUNITIVA. A reparação moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. **A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita**¹². (grifos nossos)

De fato, é inegável que a Teoria do Desestímulo vem sendo cada vez mais usada pelos operadores do direito, sendo uma realidade que parece não ter volta. Por outro lado, muitos ainda resistem em aceitar os *punitive damages*, não sendo tranquila quanto aparenta a sua aplicabilidade. Na prática forense o que ocorre é a submissão das partes aos mais variados entendimentos dos Doutos Juízes e Desembargadores, não havendo consenso nos órgãos judiciais no arbitramento das diversas indenizações.

Importa dizer que o Superior Tribunal de Justiça tem reduzido gradativamente as indenizações por

11. APCV. DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA – Julgamento 14/02/2008 – **TJMG**. N° do proc. 2728225-36.2006.8.13.0024

12. APCV. DES. TIBÚRCIO MARQUES. Julgamento: 13/11/2008 – **TJMG**. N° proc. 0080925-57.2006.8.13.0091

danos extrapatrimoniais sob a justificativa de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido.

8. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Cumprido ressaltar, inicialmente, que a aplicação dos *punitive damages* não pode ficar ao bel prazer do magistrado, sem a incidência de critérios, haja vista a polêmica deste instituto, vez que não previsto no ordenamento pátrio.

Pensando nisso, serão elencados aqui critérios utilizados como requisitos básicos na aplicabilidade dos *punitive damages*, entendendo por ser justo e necessário à própria existência desta doutrina.

Os principais critérios indicados pela doutrina são, a saber: a força econômica da vítima, a força econômica do agente, a culpa grave do ofensor, a obtenção do lucro com o ato ilícito, a reincidência da ilicitude e o dano moral. Do rol apresentado não devem ser tidos como requisitos necessários a força econômica, seja da vítima ou do agente causador do dano, sendo os demais considerados critérios razoáveis à incursão dos *punitive damages*.

Não há que se questionar a força econômica de qualquer das partes para imputar uma indenização de caráter punitiva, pois aquele que preenche os requisitos da indenização punitiva deve pagar de forma exemplar, para evitar que outras condutas no mesmo sentido voltem a ocorrer, independentemente da aferição dos recursos da vítima, que nada se relaciona com a imposição da indenização punitiva.

Vale dizer que a força econômica, embora não influencie na imputação dos *punitive damages*, pode influenciar no valor da punição, pois, como se sabe, o *quantum debeatur* indenizatório deve variar conforme a realidade financeira das partes, aplicando-se o princípio da razoabilidade.

Vencida esta observação, passa-se a analisar os critérios, ou requisitos, para aplicar os *punitive damages*.

O primeiro deles é a existência de um dano moral¹³. Para os casos não previstos em lei, não há que se pensar em indenização punitiva, senão quando ocorrente um dano moral. Com efeito, somente é possível aplicar a indenização punitiva quando configurada a lesão a alguns dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa dos direitos correlatos da pessoa jurídica¹⁴.

Imperiosa é a lição do Desembargador Yussef Said Cahali, defensor da tríplice função das indenizações por danos morais, *in verbis*: “A indenizabilidade

13. Para André Corrêa é “Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, somente é possível quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa a algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica. A sanção, como se viu, extrai seu fundamento diretamente dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos ou atributos da personalidade”. (Dano Moral e Indenização Punitiva. pag. 215)

14. CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. p. 215.

do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir”¹⁵.

Em outra passagem Yussef Cahali chega a dizer:

“o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo insito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, utilizados pelo direito moderno”¹⁶.

A *priori* a indenização punitiva não necessariamente deve incidir somente ao dano moral. Note-se que em outros países de cultura *Common Law* não se obstaculiza a aplicação desse instituto para outras formas de dano que não o moral. Entrementes, no Brasil a aceitação da Teoria do Desestímulo, não positivada, se dá apenas mediante o dano moral, uma vez que para outras modalidades exige-se a previsão legal.

Outro pressuposto dos *punitive damages* é a culpa grave do ofensor. A culpa como fundamento da indenização encontra bases nos Art. 186¹⁷ e 927¹⁸ do Código Civil. Para aplicar a indenização de caráter punitivo mister se faz perquirir a existência da culpa bem como a sua intensidade, ou o seu grau. Ora, não

15. SAID CAHALI, Yussef. *Dano Moral*. 2ª Ed. São Paulo-SP: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 175.

16. *Dano Moral*. 2º Ed. São Paulo-SP: Revistas dos Tribunais, 1998, p.39/41

17. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

18. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

há como imputar uma sanção ao causador do dano sem que houvesse uma grave culpa ou dolo na prática do ilícito civil.

Imperioso citar a briosa ponderação de André Corrêa (Dano Moral e Indenização Punitiva. pág. 218):

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (lato sensu) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrente de dolo ou culpa grave, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada apenas quando patenteados que o ilícito foi praticado.



Capítulo
III

O “adultério intelectual”
do Crime de pirataria
do artigo 184 do Código Penal

Gabriel Martins Ribeiro
Graduando pela Faculdade Baiana de Direito



O “adulterio intelectual” do Crime de pirataria do artigo 184 do Código Penal

Resumo: Este artigo tem como objetivo fazer uma analogia entre a história bíblica da mulher adúltera e o crime de pirataria fazendo-se uma comparação entre os sujeitos envolvidos e o rito processual utilizado dentro dos mesmos.

Palavras-chave: Adulterio intelectual; judeus; crime de pirataria; direito autoral; violação de direitos autorais e conexos; propriedade intelectual.

Sumário: 1. Introdução – 2. O adulterio intelectual – 3. O adúltero intelectual – 4. Da ação penal cabível – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Consta de uma história da Bíblia que certa vez uma mulher foi levada a Jesus. Essa mulher, pega em adultério foi levada até Jesus com o intuito de questioná-lo se a mesma deveria ser condenada a apedrejamento como preceituava a lei dos judeus. Em relação a isso cumpre ressaltar:

A prática do adultério na antiga sociedade judaica era encarada com horror e apreensão. Moisés, os Profetas e os Sábios Talmúdicos nela viam uma ameaça à integridade moral do indivíduo e à

preservação de Israel como uma "nação sagrada". A proibição taxativa do sétimo mandamento do Decálogo: "Não cometerás adultério" era reforçada pela advertência do décimo: "Não cobiçarás a mulher do próximo."(GLASMAN, 2010, p.3)

Estes fatos narrados não possuem o objetivo de tentar nos convencer sobre a veracidade em torno dos fatos narrados, mas objetiva relacionar este fato aos contornos atuais em relação à violação dos direitos autorais e conexos.

Mas como isso seria possível? Simplesmente iremos trocar os personagens desta narrativa, pelos sujeitos envolvidos em torno da violação de direitos autorais previsto no artigo 184¹ do Código Penal e

-
1. Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem

analisá-los. Dentro dessa narrativa criada, o adultério, seria o crime de pirataria e a mulher adúltera, seria aquele que comete a violação do direito autoral ou conexo, analisando-se ainda o rito processual utilizado na narrativa inicial e no crime de pirataria.

2. O “ADULTÉRIO INTELECTUAL”

Incontestável, assim como era o adultério em relação à lei dos judeus, é a tipicidade e a ilegalidade contida no crime de pirataria. Mas o que vem a ser o crime de pirataria? O “adultério intelectual”, que nesse caso seria a violação do direito autoral ou conexo segundo Capez (2009), Greco (2010), Bittencourt (2009) e Prado (2006) e grande parte da doutrina, se consiste na transgressão, na infringência, na ofensa, ao direito do autor.

Paulo Oliver (2008) dentro da definição vulgar do que vem a ser a pirataria, a subdivide em contrafação, obra pirata e *Bootleg*. A Contrafação seria a reprodução não autorizada de livros, material publicitário, músicas, contidos em suporte material. Já a obra

formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

pirata seria a obra sem origem, a gravação desautorizada de músicas contidas em uma ou mais obras originais, a edição de livros sem o nome da editora ou até a declaração do autor como obra independente. E por fim o *Bootleg* é a fraude consistente na gravação não autorizada de shows, espetáculos e concertos musicais ao vivo, e transmissões de apresentações musicais por rádio e TV.

Dentro deste conceito, nos deparamos com a realidade de que a pirataria que queremos lidar, que se dá através da utilização, reprodução e cópia desautorizada de obras intelectuais, com finalidade econômica, a qual está diretamente ligado à violação de direito autorais e conexos.

Rogério Greco (2010) afirma que o bem jurídico protegido no crime de pirataria é a propriedade intelectual, tendo como objeto material do delito, a obra literária, artística ou científica. Mas, o que vem a ser a propriedade intelectual? A Constituição Federal no artigo 5º, XXVII², ressalta que aos autores cabe o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

Bittencourt (2009) trata como bem jurídico protegido o direito autoral, no que se refere a um complexo de direitos, sejam eles morais ou patrimoniais, nascidos pela criação de uma obra, o que em outros termos equivale a afirmar que o objeto jurídico é a propriedade intelectual.

2. Art. 5º, XXVII, CF: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

Por esses raciocínios chegamos a conclusão de que em relação ao crime de pirataria, não importa o valor pecuniário que o bem possua; o que na verdade se busca é efetivar a proteção da produção intelectual, a qual não pode ser quantificada simplesmente por um valor patrimonial.

Nucci (2010) elenca dentre os bens jurídicos como integrantes dos direitos morais, a paternidade do autor da obra, a indicação do nome do autor, conservação de obra inédita, garantia da integridade da obra, modificação da obra, retirada da obra de circulação, acesso a exemplar único e raro. Traz, ainda, como integrantes dos direitos patrimoniais a gravação ou fixação, extração de cópias para comercialização, sincronização ou inserção de filmes em geral, transformações e execução pública.

Vale ressaltar, que para alguns doutrinadores, os direitos autorais assumem a natureza de direitos de propriedade, enquanto que para outros, o mesmo se caracteriza por privilégios criados em favor do autor e por fim há os que defendem que se trata de direitos de personalidade.

Atualmente, o Código Penal brasileiro tem previsto duas hipóteses, nas quais o crime de pirataria tem sido tutelado: quando no crime há a quebra de direito autoral ou conexo sem o intuito de lucro e quando há o intuito de lucro, na quebra de direito autoral ou conexo.

Rogério Greco (2008) define o crime de pirataria como crime comum (aquele em que o tipo não exige condição especial alguma), em relação ao sujeito

ativo e crime próprio (em relação ao sujeito passivo). Este crime poderá ainda ser doloso, comissivo (cujo tipo descreve um comportamento positivo), material (aquele em que o tipo penal descreve cuja consumação somente ocorre com a produção do resultado nele previsto), instantâneo (cuja consumação se dá com a ocorrência do resultado) ou permanente (cuja consumação se protraí no tempo), podendo ocorrer de forma livre, monossujeito (realizáveis por uma única pessoa), plurissubsistente (exige a intervenção de mais de uma pessoa) e em regra não transeunte.

Nucci (2010) o classifica como crime comum, com sujeito passivo qualificado, formal (não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima), de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente), comissivo (cuja violação implica em uma ação), e excepcionalmente, comissivo por omissão (praticado através de uma conduta negativa), instantâneo, unissujeito, plurissubsistente, admitindo a tentativa. Para Paulo José da Costa Júnior (2008) a tentativa é configurável por se tratar de crime plurissubsistente, cujo *iter criminis*³ admite fracionamento.

Bittencourt (2009) o define como crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo nenhuma qualidade ou condição especial, sendo crime de mera conduta, sendo desnecessária a produção de resultado, crime instantâneo, com exceção

3. Expressão em latim que significa o “caminho do delito”, utilizada no Direito Penal para descrever as etapas no qual surge o delito até a sua consumação.

das modalidades "expor à venda" e ter em depósito", no qual é permanente, unissubjetivo e podendo ser executado por uma única pessoa.

Diante dessas definições verificamos que não há um consenso na doutrina em torno de como se consuma o crime de pirataria. Uma parte da doutrina se posiciona no sentido de que a pirataria seria um crime de mera conduta e outras já entendem que o mesmo ocorreria de forma livre.

Segundo Eliane Abrão (2002) para que se configure o ilícito da pirataria, torna-se necessário o preenchimento de alguns requisitos. Dentre esses requisitos estão o de que a obra deve tratar de um direito de natureza autoral, que a obra esteja dentro dos prazos de proteção, que o ilícito tenha sido exercido por quem não seja o seu legítimo titular ou sem o seu consentimento, que não importa a intenção ou a finalidade na violação e que se o ilícito for de natureza criminal, que a conduta do agente deva corresponder a uma tipificação criminosa.

Laudo José de Carvalho de Oliveira (2010) traz a discussão em torno dos direitos autorais. Para alguns doutrinadores os direitos autorais assumem a natureza de direitos de propriedade, enquanto que, para outros, o mesmo se caracteriza por privilégios criados em favor do autor e por fim, há os que defendem que se trata de direitos de personalidade. Em seu artigo, o autor defende a idéia de que mesmo se tratando de conduta formalmente típica, a violação de direito autoral revela-se despida de antinormatividade, em relação à importância do bem jurídico atingido no caso concreto. Acredita que a condenação

criminal não atinge os verdadeiros responsáveis, os verdadeiros criminosos, já que os mesmos encontram-se acobertados por máfias de caráter nacional e internacional.

Luiz Regis Prado (2006) trata como tipo objetivo das formas qualificadoras a reprodução, total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor ou de quem os represente, assim como disciplina o §1º do artigo 184 do Código Penal⁴. Traz ainda como tipo subjetivo, o dolo e o elemento subjetivo do injusto, o especial motivo de agir consistente no fito de lucro. Em relação à consumação, basta a simples reprodução ilegal, com o intuito de lucro direto ou indireto, ainda que não ocorra posterior venda. Sendo a tentativa como algo admitido.

Damáσιο de Jesus (2002) em sua obra ao tratar sobre os elementos objetivos do tipo afirma que os direitos autorais não são ilimitados, já que os artigos 46⁵,

-
4. Art. 184. **§ 3º, CP:** “Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente.”
 5. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação

de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

47⁶ e 48⁷ da Lei dos Direitos Autorais consignam as limitações a tais direitos, não constituindo ofensa a reprodução, em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza, a citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra para fins de estudo, crítica ou estudo, crítica ou polêmica, a utilização de obras intelectuais, quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa, entre outros, não existindo conduta a ser punida nesses casos, já que não há objeto jurídico.

Paulo José da Costa Júnior (2008) afirma que o momento de consumação do delito de pirataria varia de acordo com a modalidade criminosa. Para o autor, tratando-se de pintura ou escultura, o crime irá se consumir com a exposição ao público. Se for obra musical ou teatral, com a sua execução ou representação. Em se tratando de reprodução de obra literária ou científica a consumação se dará com a publicidade da obra inédita produzida. Na reprodução de fonograma ou de videofonograma, com a simples reprodução.

3. O “ADÚLTERO INTELECTUAL”

Quem seria a mulher adúltera, em relação ao crime de pirataria? A mulher adúltera, que seria aquela

6. Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.
7. Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

que pratica o “adultério intelectual”, seria o sujeito ativo do crime de pirataria. Há um consenso doutrinário entre Bittencourt (2009), Greco (2010) e Prado (2006), no sentido de que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo no crime de pirataria, já que o mesmo não exige nenhuma qualidade ou condição especial. Porém, quanto ao sujeito passivo, este será o autor da obra literária, artística ou científica, seus herdeiros e sucessores, ou qualquer outra pessoa que seja titular dos direitos sobre essa produção intelectual.

Segundo Henrique Gandelman (2004) são identificados como fatores da pirataria, as novas ferramentas tecnológicas e a busca do lucro fácil. As novas ferramentas tecnológicas facilitam cada vez mais a reprodução e a comunicação pública de textos, sons e imagens, enquanto a busca do lucro fácil emana de uma “indústria fantasma” com custo operacional baixo em relação ao produto legal, nada pagando aos detentores de direitos autorais, nem os devidos impostos.

A grande questão é que na narrativa, feita inicialmente, figura apenas a mulher adúltera, a que em relação a violação do crime de pirataria do artigo 184 do Código Penal, seria aquele que comete o adultério intelectual, porém há omissão em relação ao homem adúltero. Isso até porque ninguém pode cometer adultério sozinho, dependendo de outro sujeito, para que este delito se consumasse. Já em relação ao crime de pirataria, dentro da nossa sociedade, percebemos que os sujeitos ativos, os “adúlteros intelectuais”, dependem de outros meios ou sujeitos para que a prática da violação do crime de pirataria possa se consumar.

Mas quem então seria o homem adúltero, aquele que colaborou para a consumação do crime de pirataria? Luiz Antonio Medeiros (2005), em sua obra que trata sobre a CPI da Pirataria afirma que o vendedor ambulante é um “inocente inútil”, o qual poderíamos afirmar que seria a mulher adúltera da nossa narrativa, de uma cadeia em cujo ápice está o grande bandido, o marginal contrabandista, o traficante milionário, o grande beneficiado pelo esquema, que poderíamos afirmar se tratar do homem adúltero da nossa narrativa.

Segundo o referido autor (MEDEIROS, 2005) o ambulante vende se tiver o que vender, mesmo fazendo ressalva no sentido que aquele que vende o produto falsificado torna-se contraventor e aquele que compra torna-se um receptor do produto pirata, mesmo não se apercebendo desta condição criminal.

Segundo Paulo Oliver (2008) a estabilidade da economia abriu campo para os pirateiros, atingindo fundamentalmente os interesses dos autores e produtores brasileiros. Isso fica facilmente constatado pelas “gravadoras fantasmas” e empresas produtoras cinematográficas que se espalham por todos os estados do Brasil. Isso ocorre seja através do contrabando de obra original, distribuição no exterior, montagem de laboratórios clandestinos sofisticados com máquinas “escravas⁸” (OLIVER, 2008). A questão é que a pirataria significa um custo operacional baixo em relação ao produto legal, pois além de sonegar impostos, há

8. Como vulgarmente se chama as máquinas de reprodução de discos e dvd's.

um beneficiamento gratuito daqueles que aderem ao produto ilícito.

Carlos Alberto Bittar (1999) pondera que através da Lei 6.895/80 houve uma nova estruturação no artigo 184 do Código Penal, onde as formas de reprodução desautorizadas, inclusive de fonogramas e de videofonogramas, passaram a originar a condenação em reclusão e multa elevada, em razão da significação econômica que passou a ser dada ao direito autoral. Isso teve como principal objetivo a atuação junto às verdadeiras "indústrias da pirataria", as quais se aproveitam indevidamente do trabalho alheio.

Segundo informações da Agência Câmara (2004), chegou ao fim a CPI da Pirataria. Segundo a CPI, o Brasil deixa de arrecadar oito bilhões de reais (R\$8 bilhões) por ano com a sonegação fiscal de produtos piratas. A CPI conclui ainda que o grande mercado da pirataria é fomentado pelo problema social do desemprego, pela corrupção dos agentes públicos, pela impunidade e pelas brechas dadas pela legislação. Foi apontado ainda a omissão do Estado, além da conveniência com a ilegalidade da pirataria, o que tem gerado uma aparente processo de desregulamentação, por fazer com que as pessoas acreditem que a compra de produtos piratas é uma prática válida e legal.

Posteriormente, em 2007, houve a prisão de Law King Chong, chinês acusado pela CPI da Pirataria como um dos maiores contrabandista do Brasil. Segundo a redação do portal do Terra (2007) a prisão se deu por conta de uma enorme quantidade de mercadoria contrabandeada encontrada no Shopping

Pari em São Paulo, a qual segundo afirmado pelo site encheria cerca de 100 caminhões.

Atualmente tem-se acusado os países asiáticos como os maiores produtores de produtos piratas, de onde se abastece o mundo inteiro. Segundo reportagem publicada pelo Jornal Folha de São Paulo (2007), de janeiro a setembro do mesmo ano foram localizados 109 “laboratórios” de produtos piratas, sendo apreendidas e condenadas pelo crime de pirataria 152 pessoas. Não há quem negue a sofisticação e o tamanho do que podemos chamar da máfia dos produtos piratas, envolvendo corrupção de agentes públicos e lavagem de dinheiro, sendo atribuído uma logística comum ao tráfico de drogas e de armas, alimentando uma “indústria” cuja demanda tem crescido a cada dia.

Diante dos dados levantados podemos constatar que a atuação penal em relação a repressão a violação dos direitos autorais tem sido ineficaz. É como afirma Tiago Amaral de Castro (2007):

A mera criminalização de condutas pelo simples fato de repercutir um desconforto no seio social não é uma alternativa muito eficaz, pois acaba por desprestigiar o próprio Direito Penal e sua força repressora, em razão da certeza da impunidade. A questão é que não se deve desprezar nenhum dos meios à disposição, tornando o papel do Direito Penal como algo importante no conjunto para se conter o crime de pirataria.

Como afirmado anteriormente, por mais que se deva evitar a mera criminalização de condutas que repercutam em um desconforto no meio social,

recentemente em um julgado, o STF, em um processo que discutia a aplicação de pena a um pirateador de CD's e DVD's, afastou a aplicação do princípio da adequação social, entendendo que não há como se considerar a violação de direito autoral e conexo como antijurídico, nas situações em que é aceita pela sociedade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL. VENDA DE CD'S "PIRATAS". ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II – Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III – Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV – Ordem denegada. (STF, 1ª T, Rel Min Ricardo Lewandowski, jul 20/04/2010, HC 98898/SP)

O que se busca não é que se permita a violação ao direito autoral, até porque como já tratado anteriormente, a propriedade intelectual deve e é protegida pelo direito. Até porque como bem pontuou o Ministro Marco Aurélio (2010, p.14) no voto do no Habeas Corpus 98.898/SP, o que se leva em conta não é o valor do bem a que se viola, mas sim o objeto que se protege, que é a propriedade intelectual.

Dentro disso podemos nos utilizar do voto do Ministro Dias Toffoli (2010, p.10) que no Habeas Corpus 98.898/SP equipara o crime de pirataria ao antigo crime de adultério previsto em nossa legislação e afirma que o mesmo diferentemente do crime de adultério não é tolerado pela sociedade:

Não há que se falar, ademais, que esse crime seria tolerado pela sociedade, como o fora antigamente o crime de adultério, hoje, já revogado do nosso Código Penal. Não. Não está certo isso! Pelo contrário, as instituições têm agido para divulgar que a pirataria é um crime.

Sobre o crime de pirataria muito tem se falado e divulgado sobre a necessidade de se reprimir a conduta daquele que comete o crime de pirataria. Porém, a repressão penal tem se omitido não somente em relação aos verdadeiros pirateadores, mas também em relação àqueles que fomentam o crime de pirataria, adquirindo os produtos que são oferecidos. Então deve-se buscar um meio mais efetivo que venha realmente a combater o comércio ilícito da pirataria, ou então devemos pensar na possibilidade de não atirmos “pedras” aos que cometem o “adultério intelectual”, já que também contribuimos para essa ação.

4. DA AÇÃO PENAL CABÍVEL

Em relação ao adultério narrado inicialmente, podemos facilmente afirmar que coube aos judeus representar a Jesus, o qual como autoridade teve o poder de decidir se caberia ou não a aplicação da sanção do tipo penal cometido pela adúltera. Já em relação ao

"adultério intelectual" cabe ao artigo 186⁹ do Código Penal determinar qual é a ação penal cabível em cada caso específico.

Porém em relação ao que estamos denominando de adultério intelectual Paulo José da Costa Júnior (2008), Magalhães Noronha (2003), Rogério Greco (2009), Ney Moura Teles (2004) e Damásio de Jesus (2005) ponderam em suas obras que a Lei n^o 10.695/2003¹⁰, acrescentou três exceções à regra da ação penal privada nos crimes de violação de direito autoral e conexos previstos no artigo 184 do Código Penal. Então, se a violação §§1^o e 2^o do artigo 184, as quais se referem a reprodução e a violação com intuito de lucro, a ação será pública incondicionada, já em relação ao tipo penal previsto no §3, ao qual se refere ao oferecimento ao público com intuito de lucro, o referido autor (COSTA JUNIOR, 2008) assevera

9. Art. 186 do Código Penal: Procede-se mediante: I – queixa nos crimes previstos no caput do art. 184; II – ação penal pública incondicionada nos crimes previstos nos §§1^o e 2^o do art. 184; III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, ou fundação instituída pelo Poder Público; IV – ação pública condicionada à representação, nos crimes previstos no §3^o do art. 184.
10. Art. 2^o O art. 186 do Decreto-Lei n^o 2.848, de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 186.v Procede-se mediante: I – queixa, nos crimes previstos no caput do art. 184; II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1^o e 2^o do art. 184; III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3^o do art. 184." (NR)

que o mesmo será a hipótese de ação penal pública condicionada a representação.

Porém diante da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (2008, p.19-20) afirma em seu título IV:

O anteprojeto busca cumprir essa missão, instituindo a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, em relação a crimes patrimoniais, praticados sem violência ou grave ameaça e àqueles de menor repercussão social, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo. prevê, mais que isso, uma alternativa ao próprio processo, condicionando a ação penal nos aludidos crimes contra o patrimônio, Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal desde que ausente a grave ameaça ou a violência real.

Dessa forma, diante de todas as modificações realizadas ao Código de Processo Penal percebemos que existe uma tendência de modificação do tipo de ação penal aos crimes contra o patrimônio, no qual se insere o crime de pirataria, por ser um crime contra patrimônio imaterial. Para tanto o Anteprojeto (2009, p.34) sugere a introdução no Código de Processo Penal do artigo que se segue:

Art. 46. Será pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes de falência e nos crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, quando dirigidas exclusivamente contra bens jurídicos do particular e quando praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Dessa forma, as ações penais ao crime previsto no artigo 184 do Código Penal tendem a não mais

serem tidas como ação pública incondicionada, passando a dependerem da representação daquele sobre a quem recai a ofensa, mesmos nos casos em que a propriedade intelectual seja violada ou reproduzida com intuito de lucro. Percebemos, então, que existe uma tendência a que o crime de pirataria tenha sempre a sua ação penal como pública condicionada a representação.

Assim em relação ao crime de pirataria, o mesmo não mais será pautado no interesse do Estado, dependendo necessariamente do interesse da vítima, através da representação da mesma. Isso se explica pelo fato de cabe a vítima e não ao Estado definir se deseja proteger o bem jurídico que lhe pertence.

5. CONCLUSÃO

Dentro da narrativa inicial, Jesus sabiamente afirmou que aquele que não tivesse pecados, deveria atirar a primeira pedra. A questão é que Jesus não se omitiu em relação ao crime cometido pela adúltera, apenas achou por bem não condená-la, mas dar-lhe uma nova oportunidade de não mais cometer aquele ilícito.

Diferentemente do que afirmou o Ministro Toffoli, em seu voto no Habeas Corpus 98.898/SP, que diferentemente do crime de adultério, o crime de pirataria não é tolerado pela nossa sociedade, facilmente podemos desprender da prática social que a mesma tolerância da sociedade em relação ao extinto crime de adultério também se aplica ao crime de pirataria.

Então contraditando o denominado "adultério intelectual", com a conceituação feita de adultério

inicialmente pela lei dos judeus (GLASMAN, 2010), não há como se considerar o crime de pirataria uma afronta à integridade moral do indivíduo e muito menos ser encarado com horror e apreensão, como faziam e fazem os judeus em relação ao adultério.

Podemos então concluir que assim como o exemplo da mulher adúltera, no crime de pirataria não se tem buscado criminalizar aquele que seria o verdadeiro responsável pelo ilícito e muito menos tem se respeitado o interesse da vítima em proteger ou não o bem jurídico que lhe pertence.

Dessa forma acreditamos que cabe ao Direito buscar formas mais efetivas do que as atuais, para que o denominado “adultério intelectual” seja combatido efetivamente ou para que o Direito passe a admitir que o mesmo é tolerado pela sociedade, assim como se deu em relação ao extinto crime de adultério.

Torna-se então necessário então se admitir que por mais que se possa discutir a classificação e a aplicação do tipo penal a casos concretos, pouco se tem buscado ampliar ou rediscutir os limites à proteção intelectual. Devemos então admitir que não somente o crime de pirataria tem sido tolerado pela sociedade, como foi o extinto crime de adultério, mas também buscar a definição de como se dá a antijuridicidade no “adultério intelectual”. Evitara-se-á assim que se permita que “joguem-se pedras” àqueles que deveriam ser “apedrejados”, ou seja, que aqueles que combatem o crime de pirataria, sejam também aqueles que cometem o “adultério intelectual”.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. 2 ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- Brasil. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Anteprojeto Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 3: Parte Especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 2: Parte Especial, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTRO, Tiago Amaral de. **A informática e o Direito Penal**: Análise crítica à criminalização de condutas praticadas através de sistemas computacionais. 2007. Programa de Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.
- COSTA JR., Paulo José da, **Curso de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Fraudes – Termina a CPI da Pirataria. **Agência Câmara**, Brasília, 9 jun. 2004. Disponível em www2.camara.gov.br/agencia. Acessado em 04/08/2010.
- GANDELMAN, Henrique. **O que você precisa saber sobre direitos autorais**. São Paulo: Senac, 2004.

- GLASMAN, Jane. **Judaísmo, Cristianismo, Sexo e Pecado**. Disponível em <http://www.riotal.com.br/comunidade-judaica>. Acessado em 22/09/2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Volume I: Parte Geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 3º Volume: Parte Especial, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEDEIROS, Luiz Antonio. **CPI da Pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volume 2: Parte Especial 23 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias**. Disponível em <http://www.rodrigomoraes.adv.br>. Acessado em 01/03/2010.
- NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. Volume 3. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Laudo José Carvalho de. **A conduta típica do art. 184, do Código Penal brasileiro**

e a aplicação dos princípios da intervenção mínima e adequação social. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acessado em 01/03/2010.

OLIVER, Paulo. **Direito Autoral e sua Tutela Penal – Lei 9.609/98 – Lei 9.610/98 – Decreto-Lei nº 2.556/98.** São Paulo: Ícone, 1998.

PF prende Law Kin Chong em São Paulo. **Redação Terra**, 14 nov. 2007. Disponível em noticias.terra.com.br. Acessado em 04/08/2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Volume 3: Parte Especial, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Capítulo IV

Judicialização da política e politização da justiça: Expansão da atuação do poder judiciário no cenário político

Isadora Borges de Macêdo Portela

Aluna Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

Gabriel Marques

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA, 2006).

Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP, 2009). Professor Universitário e Advogado.



Judicialização da política e politização da justiça: Expansão da atuação do poder judiciário no cenário político

Resumo: O artigo discute sobre o movimento de inserção do Poder Judiciário no cenário político, através do Ativismo Judicial, tema este bastante atual e corriqueiro no âmbito jurídico. Perpassará a Separação de Poderes, para que alcance a importância do Judiciário no contexto contemporâneo. A inserção de princípios e normas programáticas nas Constituições Sociais atribuiu ao Judiciário a função de preencher as lacunas da legislação através da atividade judiciária, guiada pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, e de sentenças criativas. Aos Juízes e Tribunais cabe, também, o exercício do Controle de Constitucionalidade, o qual concede ao Judiciário importante influência política. Demonstrando, como apontam alguns autores, que, na prática, o Judiciário é dotado de certa Supremacia frente aos demais Poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Separação de Poderes. Constituição. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: The article discusses the movement of insertion of the judiciary in the political arena, through judicial activism,

ISADORA BORGES DE MACÉDO PORTELA
E GABRIEL MARQUES

this very current topic in the juridical place. Thread through the Separation of Powers, to arrive in the importance of the judiciary in the contemporary context. The inclusion of program standards and principles in the constitution gave the judiciary the social function of filling gaps in the law through the judicial activity, guided by the principle of Instrumentality of the ways, and creative sentences. The Judges and Tribunals belongs, too, the Office of Judicial Review, which grants the judiciary strong political influence. Demonstrating, as some authors suggest that, in practice the judiciary is endowed with a certain supremacy compared to other Powers.

Keywords: Judicial Activism. Judiciary. Separation of Powers. Politics. Constitution. Constitutional Control.

Sumário: Introdução – 1. Separação de Poderes: 1.1. Exposição Geral; 1.2. Evolução da Atividade Judiciária – 2. Criatividade e Ativismo Judicial – 3. Pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial – 4. Considerações finais – 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresentará o tema do Ativismo Judicial, aspecto prático da Politização da Justiça e da Judicialização da Política. Trata-se de um assunto que, por mais que tenha galgado bons passos desde as primeiras Constituições Sociais, ainda é considerado bastante atual. É perceptível no cenário contemporâneo a necessidade da atuação

positiva por parte dos Juizes e Tribunais para a obtenção de sentenças justas e que sejam eficazes para efetivar os Direitos elencados pela Constituição.

A priori, torna-se necessário explicar acerca da Separação de Poderes, seu momento histórico de criação e seus teóricos, para se chegar ao destaque deste artigo: o Poder Judiciário.

O modelo de Separação de Poderes tripartido foi idealizado de forma balanceada, em que os três Poderes, autônomos, eram responsáveis por controlar uns aos outros. Esse molde é o aplicado atualmente, porém deve ser enxergado sob novas vestes. Atualmente, fala-se de uma Supremacia do Poder Judiciário, devido ao desprestígio dos Poderes representativos, e às responsabilidades concedidas pela Carta Magna à instituição jurisdicional, sendo uma das mais importantes o Controle de Constitucionalidade.

Outro desdobramento sobre o qual este artigo se debruçará, trata sobre a criatividade dos juizes e tribunais diante dos princípios constitucionais, normas programáticas, ou, até mesmo, em situações não acobertadas pela legislação. É atribuída ao Judiciário a função de preencher as lacunas da legislação, para que se possibilite a aplicação da norma individualizada no caso concreto, de forma a assegurar os direitos das partes.

E, enfim, serão pontuados alguns aspectos positivos e negativos do Ativismo Judicial, defendendo a sua importância, todavia, com a presença de limites, para que não ocorra uma ingerência indevida do Judiciário nos demais Poderes.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1. Exposição Geral

Com o fim do feudalismo e início da alta Idade Média, havia uma necessidade histórica de um Estado forte, que fosse capaz de manter a Soberania Nacional e propiciasse meios para o desenvolvimento econômico da sociedade que, naquele momento, se caracterizava pela expansão do poder econômico e político do Estado. O modelo de Estado que se adequava a essa nova realidade era o Absolutismo.

O Absolutismo era um sistema político de governo em que os dirigentes assumiam poderes ilimitados. Foi marcado por uma forte centralização política nas mãos dos reis, patrocinados pela burguesia comercial a qual interessava um governo forte e capaz de organizar a sociedade. Em troca dessa ajuda financeira e política da burguesia, os reis criaram um sistema administrativo eficiente, unificando moedas e impostos, melhorando a segurança de seus reinos, e mantendo o Estado sem divergências políticas e econômicas.

Porém, por outro lado, houve um desvirtuamento desse Poder Absoluto dado ao rei; um poder sem limitação tendia a cometer abusos. O objetivo de conseguir a formação de um Estado Soberano foi atingido, todavia, a custo da exploração da sociedade para manter os luxos e caprichos da realeza e da nobreza.

A própria burguesia que se uniu com a Monarquia num primeiro momento para se fortalecer e suplantar o poderio dos senhores feudais, se viu prejudicada e passou a se opor ao controle ilimitado do Estado

na vida dos cidadãos. O trauma do Absolutismo Monárquico trouxe a necessidade de um novo modelo em que o Poder não ficasse concentrado nas mãos de um só Soberano.

Nessa esteira, alguns teóricos perfilharam-se defendendo uma ideia que resultou no enfraquecimento do Absolutismo e, sob a influência dos ideais iluministas, golpearam definitivamente aquele modelo, tornando possível o nascimento do Liberalismo. Essa teoria ganhou expressão através de pensadores como John Locke¹ e Adam Smith, dentre outros.

Smith acreditava que a iniciativa privada deveria agir livremente, com pouca ou nenhuma intervenção governamental e, para isso, o Estado deveria ser mínimo exercendo somente funções essenciais à manutenção da Soberania. Juntamente com o Liberalismo, John Locke idealizou a teoria da Separação de Poderes, para ele, indispensável pra a contenção de abusos dentro do sistema político.

James Madison², teórico americano, em um dos artigos federalistas, realça a importância da adoção de uma separação de poderes ao dizer que o acúmulo de todos os poderes nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário,

1. Locke, John. Dois tratados sobre o Governo Civil. 1689, Ed. Martins Fontes, 2006, p. LXII/LXXXV.
2. James Madison *et al* foram citados no artigo de Rogério Bastos Arantes, “Judiciário: Entre a Política e a Justiça”. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3. p. 83.

autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição da tirania.

A idéia de Separação dos Poderes se relaciona com uma teoria que tentava explicar a origem do Estado a partir de um acordo entre os cidadãos, em que abriam mão de alguns de seus direitos em prol da manutenção da ordem – o Contrato Social. Os principais representantes do Contratualismo foram Thomas Hobbes e John Locke.

Thomas Hobbes, filósofo do Absolutismo, acreditava que os homens viviam em uma constante guerra e que, por isso, era necessário que se instituisse um Poder forte e soberano (O Leviatã), resultado da união de todos os direitos daqueles que faziam parte da sociedade; este poder seria absoluto e para ele não haveria limites.

Locke, por seu turno, acreditava que a natureza se auto-regulava, e, para resolver os eventuais conflitos, deveria se instituir um Estado mínimo, responsável pelas funções essenciais. Ele idealizou um primeiro modelo de Separação de Poderes (bipartido), sendo eles o Legislativo (responsável por criar as leis que regeriam aquela sociedade, para a manutenção do contrato social - abdicação de parcela da liberdade de todos que faziam parte da sociedade) e o Executivo (responsável por colocar essas leis em prática) ³. Ademais, em sua teoria, Locke também contemplou o que ele chamou de um terceiro poder: o Federativo.

3. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Belo Horizonte: 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5896/a-teoria-da-separação-de-poderes>. Acesso em 10 fev. 2011.

Este último compreende o poder da guerra e da paz, de fazer ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e sociedades fora da república. Os doutrinadores, em sua maioria, não consideram o Federativo um outro Poder, mas sim, parte do Poder Executivo.

Entretanto, não foi o modelo de Locke que prevaleceu e prevalece até os dias atuais. Montesquieu foi o responsável por aperfeiçoar a teoria de Locke, todavia, viu a necessidade de mais um Poder, responsável por resolver os conflitos eventuais entre as pessoas, aplicando a letra fria da lei: o Judiciário.

Em seu livro mais famoso, “O Espírito das Leis”⁴, Montesquieu tratou da necessidade de um modelo político que separasse o Poder de forma que não houvesse arbitrariedades, e que cada parte desse poder fosse responsável por limitar e vigiar umas às outras. Criou, então, a Teoria da Separação dos Poderes Tripartida, contemplando o Legislativo, Executivo e Judiciário. Juntamente com esta teoria, Montesquieu

-
4. Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. 7. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25. “Ora, 'todo homem que tem Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites'. Por isso necessária a divisão de Poderes. Para que como Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste”. “Sua doutrina é pois tripartida. O Legislativo 'faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas'. O Judiciário ' pune os crimes ou julga as demandas dos particulares'. E o Executivo, sendo o restante Poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, contituindo-se por isso no executor das leis em geral”.

idealizou o “sistema de freios e contrapesos”; “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

Vale ressaltar que o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Assembleia Nacional Francesa (1789) dispõe que *"toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição"*.

Dirley da Cunha Júnior, em seu artigo ‘Judicialização da Política e Politização da Justiça’⁵, assevera:

O princípio da separação de poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, do modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.

A Separação de Poderes em sua perspectiva abstrata é aquela em que há uma balança entre os três

5. CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito, p. 19; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

poderes, sempre em equilíbrio. Mas em uma perspectiva prática, é raro que se consiga a obtenção desse equilíbrio. O que se vê é que, na grande maioria das vezes, há uma predominância de um Poder.

A promoção da Separação de poderes tripartida, tendo em vista os dois principais modelos de Estados Liberais, quais sejam, Estados Unidos e França, ocorreu de forma diametralmente oposta. Sobre o tema Rogério Bastos Arantes⁶ preleciona o seguinte:

A experiência francesa, mais republicana do que liberal, não concedeu poder político ao seu Judiciário; já a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário a condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos Direitos Individuais.

Na França, o Poder dotado de mais força e expressão política, foi o Poder Legislativo. A lei era considerada a expressão da vontade do povo⁷ e, por isso, os demais poderes deveriam segui-la em sua literalidade. O Poder Executivo era limitado devido ao receio da volta ao Absolutismo, e o Poder Judiciário era considerado meramente uma “inanimada boca da

6. ARANTES, Rogério Bastos; Judiciário: Entre a Política e a Justiça. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3. p. 84.
7. BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para um teo-ria geral da política. 1986. Editora Paz e Terra.

lei”⁸. Sobre o tema, Mauro Cappelletti⁹ destaca que se entendia quase escandaloso sugerir que os juizes criassem o direito, em vez de meramente declará-lo.

Aléxis de Tocqueville¹⁰, estudioso dos regimes políticos francês e americano, ponderou que:

No contexto americano, a magistratura independente era a última barreira às paixões democráticas desenfreadas, e sua autonomia poderia ser considerada condição de sobrevivência, no longo prazo, do próprio regime republicano, sujeitos à investidas constantes da maioria política contra os direitos de liberdade.

Ele quis significar que era indispensável a presença de um Judiciário ativo e dotado de autonomia, para que possíveis abusos dos demais poderes fossem controlados e evitados.

No Brasil, na atualidade, percebe-se uma maior influência do modelo americano de atuação judicial. O Poder Judiciário brasileiro passou por uma evolução e conseqüente mudança de paradigmas, tendo como marco crucial para tal acontecimento a Constituição Federal de 1988, que passou a exigir do

-
8. Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. 7. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 217.
 9. MAURO CAPPELLETTI, Juizes Legisladores?, p.31.
 10. O trecho de autoria de Alexis de Tocqueville foi citado por Rogério Bastos Arantes. Judiciário: Entre a Política e a Justiça. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3. p. 87.

Poder Judiciário uma postura mais politizada, como será visto a seguir.

1.2. Evolução da Atividade Judiciária

Assim que a Separação de Poderes foi concretizada no ordenamento francês, a doutrina tradicional daquele país pregava que a função estatal do Judiciário deveria ser meramente declaratória, sem expressão política. Vigia um formalismo exacerbado do Poder Judiciário, em que não havia espaço para atividade criativa alguma. Neste sentido, Mauro Cappelletti¹¹, em seu trabalho "Juizes legisladores?" afirma que "o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrario, o elemento voluntarístico, discricional da escolha".

Escolas como a *Sociological jurisprudence* e o *Legal Realism* nos EUA, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *Libre Recherche Scientifique* de François Geny e de seus seguidores na França, destacaram que seria uma ilusão a ideia de que o juiz se encontra na posição de "declarar" o direito de maneira não criativa sem envolver a valoração pessoal do julgador¹². Esse pensamento desencadeou o que se chamou de "revolta contra o formalismo": tratou-se de um movimento doutrinário, e dos próprios juizes, em demonstrar que o papel do Judiciário se revela muito mais difícil e complexo do que se pensara.

11. MAURO CAPPELLETTI, Juizes Legisladores?, p.32.

12. Op. Cit., p. 33.

No entender de Cappelletti:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e balanceamento; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.

O juiz é imparcial, mas não neutro. O juiz deve ter sua função política. Apesar do Dogma da Completude, idealizado pelos positivistas clássicos, defender que o ordenamento contempla a normatização para todas as hipóteses aplicáveis aos casos concretos, é o juiz que acaba por dar coesão e aplicar as leis quando assim for possível e aplicar os princípios e analogia quando faltar a norma para o caso em concreto.

Os acontecimentos que realmente revolucionaram a função do Judiciário na França, e países que seguem este modelo, foram a Revolução Industrial, a "questão social"¹³, e a posterior mudança de atitude do Estado, saindo de um paradigma mínimo e restrito a poucas funções (Liberal), para um com acúmulo de

13. Questão Social é o fenômeno resultante da Revolução Industrial, no contexto do Estado Liberal. Com a falta de normatização por parte do Poder Público para regular a relação entre empregadores e empregados, a exploração foi arrasadora levando a uma extrema pobreza, exigindo-se, então, uma maior intervenção Estatal.

atribuições a fim de atender aos direitos sociais de seu povo (Estado Social).

Os direitos sociais exigem do Poder Público atuação positiva; não basta que se diga que os sujeitos do Estado de Direito são possuidores dos mesmos, é preciso promovê-los. As Constituições Sociais, como por exemplo a do México (1917) e a de Weimar (Alemanha – 1919), eram dotadas de princípios e normas programáticas, com uma amplitude que exigia uma especificação para a aplicação concreta dessas normas nos mais diversos casos. E esse papel foi designado ao Judiciário. Quanto mais vaga a letra da lei e mais imprecisos forem os termos de direito utilizados, maior espaço haverá para a discricionariedade e, consequentemente, criatividade do Judiciário.

A Constituição Americana (1787) é dotada de um reduzido número de artigos (sete artigos e vinte e sete emendas), logo, não são suficientes para atender a todas as demandas exigidas pela sociedade, deixando lacunas que são superadas através da atividade criativa do juiz. Porquanto, a Corte Americana destacou-se das demais, mantendo-se politicamente expressiva ao longo de toda a sua história.

A expansão sofrida pelo Poder Judiciário no século XX foi tanto em relação à prestação da justiça, quanto ao controle de constitucionalidade.

Segundo Rogério Bastos Arantes¹⁴:

14. ARANTES, Rogério Bastos; *Judiciário: Entre a Política e a Justiça*. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.).

ISADORA BORGES DE MACÉDO PORTELA
E GABRIEL MARQUES

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento", e que "essa função de controle de constitucionalidade coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes.

As normas programáticas, colocadas na maioria das vezes na forma de princípios, devem ser aplicadas pelos três Poderes, mas ao Judiciário ficou reservada a função de guardião da Constituição. Através da provocação do Judiciário nas demandas dos processos judiciais, resta aos juízes implementar a lei e a Constituição, exigindo atuação prática do Poder Executivo, e julgando se as leis produzidas pelo Legislativo estão em conformidade com a Constituição, afastando-as no caso concreto (controle difuso por todos os juízes e tribunais, no caso do Brasil) ou até declarando sua inconstitucionalidade (controle concentrado, exercido no Brasil, principalmente, pelo STF) .

A influência do modelo do Judiciário Americano foi notável, já que desde o início era dotado da expressão política. A Suprema Corte Americana era responsável por proferir a última palavra nas questões gerais da sociedade. Falava-se até em uma degeneração, em um "governo de juízes"¹⁵, pois o controle de

Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3. p. 84.

15. Essa expressão é de autoria de Edouard Lambert, na obra "Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américaine du contrôle

constitucionalidade era difuso com força vinculante, ou seja, todos os juízes poderiam tornar uma lei inconstitucional.

Já em países como a Áustria, por exemplo, foi adotado o modelo concentrado. Roberto Bastos Arantes¹⁶ explica:

As cortes constitucionais do modelo concentrado são órgãos reconhecidamente políticos e, estando apenas um pouco mais insulados por garantias e privilégios, operam como uma espécie de legislador às avessas, negando validade às leis que consideram incompatíveis com a Constituição.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que é a instância máxima do Poder Judiciário, assemelha-se a uma corte constitucional do modelo concentrado Austríaco. Distingue, pois, já que no ordenamento brasileiro é adotado um sistema híbrido, no qual coexistem o controle concentrado e o difuso.

Ingeborg Maus¹⁷, em seu trabalho “Judiciário como Superego da Sociedade” compara o Judiciário com a figura de um pai e acrescenta que:

judiciaire de la constitutionnalité des lois”, que foi citado por Rogério Bastos Arantes, no artigo “Judiciário: Entre a Política e a Justiça” . In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3, p. 92.

16. ARANTES, Rogério Bastos; Judiciário: Entre a Política e a Justiça. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3, p. 94.

17. MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã. p. 185.

ISADORA BORGES DE MACÉDO PORTELA
E GABRIEL MARQUES

Com a expansão do Poder Judiciário no século XX não houve apenas uma ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.

A Justiça teria se tornado um modo de obtenção concreta pela sociedade dos direitos elencados na Constituição, onde o juiz teria em suas mãos o poder de exigir atitudes do Poder Público omissivo. Acerca de tal entendimento, a citada autora¹⁸ acrescenta que:

A introdução de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimidade, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular”, no caso dos Estados Unidos.

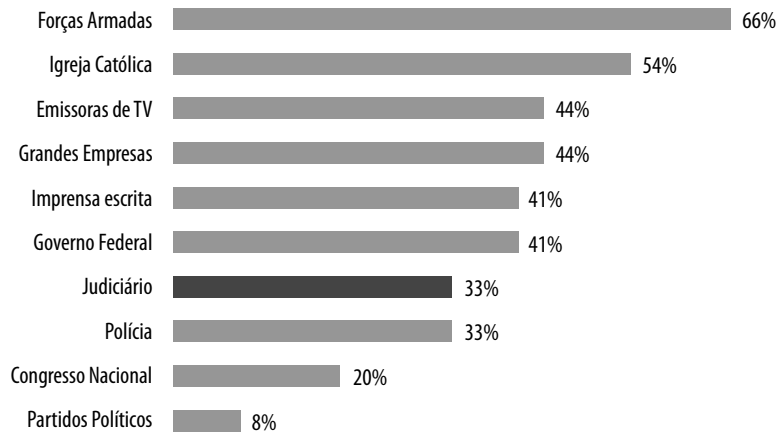
Quanto à confiança dedicada pela população ao Poder Judiciário, existem pesquisas solicitadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à Fundação Getúlio Vargas (FGV). O Índice de Confiança na Justiça (ICJ Brasil) do 3º trimestre de 2010 teve como resultado o gráfico a seguir¹⁹:

18. Op. Cit., p. 186-7.

19. “Retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum”. “A amostra é distribuída pelos Estados de Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Bahia, Rio de

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA...

Confiança nas Instituições (3º trimestre/2012)



O gráfico demonstra que, entre diversas instituições, o Poder Judiciário ocupa lugar de destaque entre os Poderes Políticos. O atendimento dos direitos da população através da sentença judicial, faz com que, conseqüentemente, a confiança no Judiciário aumente. Um fator que, talvez, interfira neste índice

Janeiro, São Paulo, incluindo o Distrito Federal, que juntos representam aproximadamente 60% da população brasileira, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE”. A confiança no Judiciário varia conforme a renda e a escolaridade dos entrevistados. É maior entre os entrevistados moradores do interior comparados com os entrevistados da capital, da mesma forma que é maior entre os entrevistados homens. Nesse trimestre, quem se declarou negro, pardo ou indígena confia menos no Judiciário do que quem se declarou branco ou amarelo”. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7727/RelICJBrasil3tri2010%27%27.pdf?sequence=3>

negativamente, é a morosidade, causada pela grande massa de processos acumulados.

2. CRIATIVIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

Desde a “revolta contra o formalismo”, o Judiciário vem lutando pela sua expressão política. A ilusão de que os juízes seriam meras “bocas da lei” caiu por terra, já que dogmas, como o da completude e da coerência, só se tornam verdadeiros num ambiente de mudança vertiginosa da sociedade, com a integração realizada pelo Judiciário²⁰. A Justiça não encontra todas as respostas demandadas pela sociedade na letra fria e literal de lei; é preciso que se saiba interpretar em conformidade com o conjunto de normas, lei e Constituição.

20. HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo, p. 102-3. “É impossível ao Legislador legislar sobre tudo aquilo que a sociedade atual coloca como problema, na vertiginosa velocidade que é sua principal característica. Em outra parte, porque a inevitável complexidade crescente das próprias leis acarretará cada vez maiores problemas na interpretação. Em uma terceira dimensão, porque essa mesma complexidade, combinada com o necessário apelo às soluções de compromisso, advindas do pluralismo político da sociedade atual (onde é cada vez mais difícil um amplo e universal consenso), conduz, também, a uma crescente adoção de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, a convocar, mais uma vez, o julgador, a exercer uma 'interpretação criativa'. E, por último, porque o acelerado processo de globalização e de enfraquecimento do Estado Nacional aponta, inequivocamente, na direção de um pluralismo jurídico, em que o Direito estatal, vale dizer, a Lei, não haverá de ser mais do que uma entre as diversas espécies normativas a serem consideradas”.

As Constituições modernas ainda trouxeram uma “dificuldade” maior, tornando quase impossível que haja objetividade na aplicação das normas ao caso concreto: a presença dos princípios gerais, que tem o objetivo de criar um modelo ideal de comportamento em sociedade, e normas programáticas, também em forma de princípios, em grande parte das vezes, que são normas que indicam os fins buscados pelo Estado, e estes fins devem ser buscados pelo Poder Público.

Normas programáticas são verdadeiros mandados de otimização²¹, e não é porque estão em forma de princípios que não devem ser obrigatórios no comportamento do Poder Público, pelo contrário, deve-se sempre almejar a sua concretização.

O Poder Legislativo deve usar essas normas como norteadoras na criação das leis, em busca de realizar os fins elencados pela Constituição. O Poder Administrativo deve atuar realizando e atendendo às necessidades práticas da sociedade, com o fim de proporcionar à população o cumprimento de seus direitos sociais. E, por fim, o Judiciário deve, através das sentenças dadas para solucionar as demandas propostas pela população, buscar interpretar as leis em conformidade com o conjunto de princípios constitucionais, afastando sua aplicação no caso prático em que não for pertinente, ou até (no controle concentrado feito, principalmente, pelo STF, no Brasil) declará-la inconstitucional. Além disso, se o juiz constatar

21. A expressão “mandados de otimização” é de autoria de Robert Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.”

que no caso concreto houve alguma omissão por parte do Poder Público, ou avaliar que seja indispensável alguma intervenção prática, considerando as possibilidades, deve exigir a atuação em vista a satisfazer a necessidade do requerente no processo judicial.

Dirley da Cunha Júnior²² preleciona que “qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política”.

Percebe-se, pois, que a idéia da Politização da Justiça é anterior a sua própria discussão e existe para oxigenar as decisões judiciais, não se distanciando, de forma alguma, da legalidade. Como aduz Dirley da Cunha Júnior²³:

O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional.

Tércio Sampaio²⁴ dispõe em seu texto “O Judiciário frente à divisão de poderes” que o juiz agora também

22. CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito, p.21; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

23. Op. Cit., p. 21.

24. Tércio Sampaio teve seu texto “O Judiciário frente à divisão dos Poderes” exposto no Anuário dos Cursos de

é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes cabendo-lhe a função de impor a execução das políticas públicas previstas na Constituição. Não exercendo essa sua nova função, mostrando-se incapaz de promover a efetividade dos direitos fundamentais, o Judiciário acabaria se tornando conivente com a sistemática violação da Constituição²⁵.

O quesito necessidade-possibilidade deve ser sempre observado pelo juiz em suas decisões a favor da pessoa requerente e contra o Poder Público. Existem decisões pontuais que podem prejudicar, num plano maior, a coletividade. Os atos do Judiciário possuem uma demasiada carga de responsabilidade, justamente por esse acúmulo de funções; não há como negar que o Judiciário tomou para si, talvez devido à tarefa dada pela Constituição, o controle da atuação dos três Poderes.

Dirley entende que o Judiciário se tornou co-responsável pela realização das políticas públicas dos outros Poderes, e aqueles que nos prestam a atividade jurisdicional devem ter consciência desse papel.

Pós-Graduação em Direito da UFPE (n.11, p. 345 e ss), foi citado por Dirley da Cunha Jr em seu artigo “A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito”, p.23; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

25. A citação é de autoria de José Eduardo Faria, na obra “*O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*”, citado por Dirley da Cunha Jr no artigo “A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito”, p.24; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

É inegável que o Juiz tem a tarefa de preencher os mandados normativos para a aplicação no caso concreto e, para isso, o Juiz precisa ser criativo, utilizar seus conhecimentos interdisciplinares, regras de experiência e conceitos prévios. A subsunção deve ser feita quando possível de forma direta, mas quando for necessário preencher lacunas, o juiz deve ter a autonomia para tal. A criatividade não é só na sentença em si, mas, especialmente, na forma de condução do processo, utilizando o formalismo associado ao princípio da instrumentalidade das formas.

No entendimento dos doutrinadores Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ²⁶:

O princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço a crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar a norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Essa grande tarefa do Judiciário de alcançar todas as atividades do Estado tem um óbice, um ônus, tanto para o próprio judiciário como para aqueles que buscam o atendimento de suas demandas através dele. A sobrecarga do Judiciário leva a sua

26. Jr, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil; Volume 2; 5ª edição; Editora Jus Podivm, 2010. p.286.

ineficiência; o montante de processos judiciais no Brasil é colossal e tende a aumentar cada vez mais, e isso gera a conhecida morosidade que prejudica a vida de tantos. Nesse contexto, milhares de pessoas veem suas vidas suspensas na espera da decisão do juiz. A grande massa de processos resulta também em uma menor qualidade da prestação jurisdicional, o juiz assoberbado pode vir a se abster das minúcias de cada caso.

O judiciário utiliza o controle de constitucionalidade das leis e o controle dos atos administrativos como meio de intervir de forma construtiva no trabalho dos outros Poderes, ou seja, havendo omissão dos outros Poderes, cabe ao Judiciário garantir a efetivação das políticas públicas. Todavia, os atos do próprio Judiciário não sofrem um controle externo por outros Poderes, e sim, um autocontrole, por seus próprios órgãos superiores.

Em países que adotam o modelo de controle de constitucionalidade concentrado, as cortes constitucionais são órgãos separados do Poder Judiciário. Apesar de no modelo híbrido brasileiro STJ²⁷ e STF²⁸

27. Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (...). BRASIL, Constituição Federal de 1988.

28. Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de

fazerem parte do Judiciário, seus membros são nomeados pelo Presidente da República e a forma de investidura do cargo é bastante politizada: os membros não são somente juizes de carreira, são advogados, doutrinadores; pessoas que, em tese, acumulam um notável saber jurídico. Ao Supremo Tribunal Federal foi reservada, pela Constituição Federal de 1988, a posição de órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário e, especialmente, a guarda e defesa da Constituição²⁹.

Apesar do crescimento da atuação do Poder Judiciário ao redor do mundo, acredito que o ativismo judicial tem como grande motivação, principalmente no ambiente brasileiro, o descrédito nos demais Poderes. Os membros dos Poderes que obtêm a sua legitimidade através do voto popular são, na sua maioria, despreparados para exercer tal função. E não é só isso: os governantes eleitos pelo voto popular são, muitas vezes, protagonistas de situações de abuso não condizentes com o cargo que exercem.

Dirley da Cunha Júnior³⁰ expõe que:

notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

29. Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* - 12, ed. rev. São Paulo; Editora Saraiva, 2008, p.
30. CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito, p.23; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA...

A constituição de 1988 inovou profundamente a função do Judiciário no âmbito do Estado Social, onde o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais.

O Judiciário é o único poder ao qual o cidadão pode recorrer para obter a Justiça, tanto numa perspectiva micro (como numa questão de direito individual entre particulares), quanto numa perspectiva macro de busca por direitos sociais contra o Estado. Apesar de elegerem seus representantes, após a eleição, estes costumam se afastar da população e se fecham em seus gabinetes, tornando-se inacessíveis. Essa carência é suprida pelo acesso ao Judiciário, o único poder que não obtém sua legitimidade oriunda do voto popular, contraditoriamente é aquele mais próximo do cidadão.

Um exemplo de lei que aproximou ainda mais a prestação judicial, garantindo o princípio do acesso à justiça da população brasileira foi a Lei 9099/95, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, que tornou mais fácil, mais rápido e menos oneroso, o processo em causas de menor complexidade.

Deve-se compreender que o Ativismo Judicial é, sim, um movimento de mudança de atitude do Poder Judiciário exigido pela Constituição. A forma que o Poder Constituinte estabeleceu de como seria o Estado de Direito Brasileiro pós 1988 exige que os juízes se encarreguem de efetivar a Constituição, quando da omissão dos demais Poderes.

Tate e Vallinder³¹, citados por Rogério Bastos Arantes, argumentam que a Judicialização da Política depende ainda da disposição dos integrantes do Judiciário, de agir, de tomar iniciativas e tomar para si a responsabilidade pela implementação de direitos e pela solução dos grandes conflitos da sociedade, configurando o Ativismo Judicial.

Ademais, é o Poder Judiciário quem diz qual é a correta aplicação da norma constitucional, preenche as lacunas, confere significado aos termos jurídicos de difícil compreensão e possibilita a aplicação da norma pelos demais sujeitos que utilizam o direito. O Judiciário além de construir o direito a partir da norma já existente, criada pelo Legislativo, cria normas novas de sua própria autoria, a exemplo das sentenças, que nada mais são do que normas concretas individualizadas.

Quando ocorre a reiteração de decisões em um mesmo sentido, dá-se ensejo à formulação das chamadas Súmulas. Estas são enunciados do Poder Judiciário criados com o fim de dar celeridade aos julgamentos e garantir a segurança jurídica, uniformizando os temas comuns no Brasil. Atualmente, observa-se uma razoável multiplicação destas e a força delas é bastante considerável, especialmente quando a elas é dada a capacidade de vincular a decisão dos

31. ARANTES, Rogério Bastos; *Judiciário: Entre a Política e a Justiça*. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3, p. 108.

juízes e tribunais acerca de determinado tema – são as chamadas Súmulas Vinculantes.

As Súmulas Vinculantes se diferem das demais, justamente, por possuírem um caráter coercitivo, são de aplicação obrigatória, só havendo possibilidade de afastamento se for comprovado que as mesmas não são aplicáveis à especialidade do caso em apreço, distinguindo-se das leis que, por sua vez, podem ser afastadas no caso concreto.

É interessante perceber que as súmulas vinculantes se tornaram um importante instrumento para a transformação do Poder Judiciário em instância política. Em razão do poder discricionário que se concede aos juízes, a importância da justificação de seus convencimentos se revela ainda mais relevante, o que os obriga a ter cuidado redobrado com a fundamentação de suas decisões e na utilização das súmulas.³²

O Judiciário, com a evolução que vem sofrendo, elevou-se ao nível dos outros Poderes para tomar o seu lugar de Terceiro Gigante³³, junto com o “legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”³⁴. O crescimento do poder do Judiciário e sua influência no cenário político atual não justificam que a Criatividade do Juiz seja indiscriminada ou que o Ativismo Judicial ultrapasse seus limites e invada a competência alheia. Ao Judiciário foram atribuídas

32. Jr, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil; Volume 2; 5ª edição; Editora Jus Podivm, 2010. p.378.

33 MAURO CAPPELLETTI, Juizes Legisladores?, p.47.

34. Op. Cit., p.47.

inúmeras responsabilidades com a intenção de evitar os vícios, logo, o Poder que limita e exige tanto dos outros, deve ter também seus limites. Se não houvesse limites, haveria um “Governo de Juízes”³⁵, uma “Tiranía de Juízes”, uma aristocracia do Judiciário.

3. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Tendo seu início com as Constituições Sociais do México (1917) e de Weimar (1919), o Ativismo Judicial é um movimento imposto aos juízes pelo modelo constitucional contemporâneo, que adota uma postura politicamente pró-ativa, com o fim de concretizar os direitos sociais e constitucionais na sociedade. A presença de normas gerais, abstratas e programáticas exige do Poder Judiciário decisões criativas e aptas a ensejar no plano concreto a vontade Constitucional.

A incumbência dada ao Judiciário não fica restrita somente ao seu âmbito de atuação. O Judiciário tem a obrigação de, através de suas sentenças, implementar os direitos sociais ou exigir dos outros Poderes que o faça.

35. Essa expressão é de autoria de Edouard Lambert, na obra “Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”, que foi citado por Rogério Bastos Arantes, no artigo “Judiciário: Entre a Política e a Justiça” . In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3, p. 92.

O Judiciário, atualmente, foi alçado à qualidade de Poder garantidor e deve agir como tal; seus representantes não são somente reprodutores da letra da lei, mas criadores do Direito. A atuação do Poder Judiciário que, num primeiro momento, foi meramente declaratória, sofreu um processo de evolução até se tornar efetivamente política.

No contexto atual, o ativismo judicial é um comportamento adequado, necessário e esperado dentro do Estado de Direito Pós-positivista, em que se valoriza o princípio da instrumentalidade das formas, apesar de existirem juízes que ainda preferem adotar uma postura legalista.

Sobre a Separação de Poderes na atualidade, Dirley³⁶ afirma:

É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estar Social, uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação de Poderes, a fim de que ele possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea, incomparavelmente mais completa do que aquela na qual foi originalmente concebido, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

A característica de rigidez da Constituição, ou seja, a dificuldade que se impõe para alterar suas normas,

36. CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito, p.20; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.

é o que dá ensejo ao Controle de Constitucionalidade, exercido pelos juízes e tribunais. A possibilidade de exercer essa função controladora dos demais Poderes é um fator determinante para a politização da Justiça.

Ingeborg Maus³⁷ afirma que “o juiz torna-se o próprio juiz da lei investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito supra-positivo e não-escrito; nessa condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social”.

O Poder Judiciário pode exercer o Controle de Constitucionalidade das leis e atos legislativos e também dos atos do Poder Executivo. Esse controle é a exigência de que os atos dos três poderes estejam de acordo com as normas e princípios constitucionais.

A qualidade ativista do Poder Judiciário concede aos juízes e tribunais liberdade na aplicação das leis. Utilizando essa característica positivamente, o juiz tem a função de integrar a norma ao caso concreto, superando as aceleradas transformações sociais. As leis estáticas, para não se tornarem ineficientes, necessitam da atividade criativa do Judiciário. É este Poder que tem a maior proximidade com a população, possibilitando a melhor aplicação da lei, e por isso deve ter a preocupação de analisar cada caso, inclusive na aplicação das súmulas.

A discricionariedade dos juízes e tribunais deve ser utilizada de forma muito criteriosa, porquanto, estes devem compreender que tem como espelho e

37. MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. p. 196.

foco o Texto Constitucional e que não são ilimitados. As diferentes instâncias são responsáveis pelo controle das decisões judiciais.

O Judiciário proporciona a possibilidade de real acesso à justiça pela população, não só uma justiça formal, tendo um julgamento qualquer pelo juiz, mas uma material, quando as partes obtêm, de fato, uma sentença justa e em conformidade com os direitos de cada um. O juiz é responsável pela ponderação dos princípios e posterior criação de uma norma específica para, então, aplicá-la no caso concreto. Há situações em que o texto legal é suficiente e não necessita da atividade criativa do juiz para sua aplicação, todavia, em uma grande parcela das demandas recebidas, o juiz precisará utilizar das normas-princípios, se valendo da ponderação para normatizar o caso em apreço.

Luís Roberto Barroso *et al.*³⁸ afirmam que:

No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo

38. Barroso, Luís Roberto (Org.); Barcellos, Ana Paula de; Pereira, Jane Reis Gonçalves; Sarmiento, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ed. 3: Revista; Editora Renovar; 2008. pág. 350.

judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida.

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado³⁹, logo, o juiz tem a obrigação de explicar os motivos que o levaram a proferir cada sentença. A legitimidade da decisão é obtida através dos argumentos dados pelo juiz. Sua explicação deve ser suficiente para convencer as partes de que se buscou no processo a verdade mais próxima possível da real⁴⁰.

Existe, portanto, a obrigação da prestação de contas do Poder Judiciário para com a população, através da motivação das decisões judiciais. Todavia, Luís Roberto Barroso afirma que o Judiciário não pode ser um Poder Populista⁴¹, ou seja, não pode se deixar guiar pelas aspirações da sociedade em que o apelo social pode levar a um julgamento equivocado ou em desconformidade com a norma constitucional. A ativi-

39. Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

40. Jr, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil; Volume 2; 5ª edição; Editora Jus Podivm, 2010. p.289.

41. Barroso, Luís Roberto. Hegemonia da Justiça se deve a um legislativo fraco. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/hegemonia-judiciario-legislativo-fraco-afirma-barroso>

dade jurisdicional deve ser neutra e imune a pressões sociais. Para o autor constitucionalista, muitas vezes a decisão mais correta é uma decisão impopular.

Quando exercido de forma correta e adequada, o ativismo judicial é eminentemente positivo. O propósito de tal iniciativa é fazer com que o Poder Judiciário participe concretamente da construção da sociedade buscada pela Constituição. Todavia, não é sempre que os juízes e tribunais conseguem, ou querem, adotar essa característica (ativista) de forma adequada. O Judiciário é criticado quando comete abusos e excessos na sua atividade.

Apesar da mudança da perspectiva da Separação de Poderes atual, o Judiciário deve ter a consciência de sua competência, e da dos demais Poderes, respeitando essa divisão. Os representantes da atividade jurisdicional não devem sobrepor às decisões alheias de forma injustificada ou que leve a um prejuízo em um plano maior do que uma só demanda processual.

Luís Roberto Barroso⁴², em entrevista para o blog *Os Constitucionalistas*, ressaltou que “a hegemonia do Judiciário se deve a um Legislativo fraco e sem credibilidade; em uma democracia, não é bom que exista uma instância hegemônica, é preciso que os poderes se contrabalancem efetivamente”. Ele afirma que vivemos um momento em que há certa proeminência do Supremo e do discurso jurídico, e que esse quadro tem servido bem ao país, mas não pode ser um estado permanente. Barroso sugere uma Reforma Política é

42. Op. Cit.

necessária para recuperar a força, prestígio e credibilidade do Legislativo, e possibilitar uma democracia de fato.

A supremacia do Poder Judiciário não está imune a perversões; da mesma forma que, em outros momentos históricos, houve abusos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, não se pode negar a possibilidade de ocorrência de excessos ocasionais. Cappelletti afirma que existem os riscos de “autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade⁴³ policialesca”⁴⁴. Porém, o referido autor assevera que, no que se refere ao Poder Judiciário, os riscos são menos gravosos, exatamente por sua própria estrutura organizacional e natureza pulverizada que dificultam uma atitude centralizada e autoritária.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É interessante perceber que o modelo de Constituição adotado influencia na formação da sociedade e é determinante para a atitude do Poder Judiciário. As Constituições Sociais foram as precursoras para a formação da doutrina Pós-Positivista, que defende a importância do conjunto de princípios, não só na solução de conflitos da sociedade, mas também como guia para o Poder legislativo, a Administração Pública, e para o comportamento da população.

43. O Princípio Inquisitorial é aquele que determina os poderes do juiz dentro do processo judicial.

44. MAURO CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*, p.49.

A necessidade de preenchimento dos conceitos jurídicos vagos e dos princípios, essencialmente amplos, dá ao Poder Judiciário a obrigação de integrar as normas constitucionais na aplicação no caso concreto. Atualmente, a criatividade judicial vai além de uma mera opção para os juízes e tribunais, ela se transmuta em algo necessário e obrigatório estabelecido pela norma constitucional.

A Constituição Brasileira de 1988 concedeu ao Poder Judiciário a função de fiscal da adequação dos atos dos três Poderes às normas da Carta Magna. É o poder jurisdicional que exerce o Controle de Constitucionalidade e, através dele, potencializa sua influência política na sociedade.

O Ativismo Judicial, necessário na conjuntura constitucional atual, exige que o Poder Judiciário atue de forma positiva em busca da concretização dos direitos elencados na Carta Magna tanto nas suas sentenças, quanto na reforma dos atos dos demais Poderes (controle de Constitucionalidade).

Outro ponto a ser tangenciado trata da diligência no sentido de evitar que o Judiciário extravase no exercício de suas funções, invadindo a competência alheia. Conquanto, como já foi ressaltado, atualmente, a dita Supremacia do Poder Judiciário vem sendo deveras útil ante o despreparo dos representantes dos Poderes representativos, Legislativo e Executivo.

A força concedida pela Norma Fundamental ao Poder Judiciário tem sua razão de ser albergada na estabilidade da Justiça, além da própria estrutura caracteristicamente pulverizada desse Poder. Não obstante a importância de uma Separação de Poderes

ISADORA BORGES DE MACÉDO PORTELA
E GABRIEL MARQUES

equilibrada para a manutenção da Democracia, revela-se temeroso afastar-se das necessidades reais da sociedade e apartar o sistema político da busca dos ideais constitucionais.

Sendo assim, o Ativismo Judicial, que nada mais é do que a materialização da Politização da Justiça, se revela como fato irretratável e que proporciona ao Poder Judiciário participação no viés político, contemplando as aspirações mais prementes que ecoam no seio da sociedade, dando-lhes respostas práticas. Ao Judiciário resta, pois, a função de inter-relacionar as políticas públicas e os Direitos Fundamentais da população elencados pela Constituição, assegurando-lhes efetividade, o grande desafio das sociedades modernas.

5. REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; **Judiciário: Entre a Política e a Justiça**. In. AVELAR, Lucia; Cintra, Antônio Octávio. (org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007. Cap.3

BARROSO, Luís Roberto (Org.); Barcellos, Ana Paula de; Pereira, Jane Reis Gonçalves; Sarmento, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ed. 3: Revista; Editora Renovar; 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Hegemonia da Justiça se deve a um legislativo fraco**. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/hegemonia-judiciario-legislativo-fraco-afirma-barroso>.

- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 1986. Editora Paz e Terra.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de direito**; Teses da Faculdade Baiana de Direito; volume 2, 2010.
- JR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual. Civil**; Volume 2; 5ª edição; Editora Jus Podivm, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematisado**. 12ª ed. rev. São Paulo; Editora Saraiva, 2008.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo Civil**. 1689, Ed. Martins Fontes, 2006
- Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 7. ed. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre; SAFE, 1993.
- Tocqueville, Alexis de. **A democracia na América**. (1835-40) São Paulo: Edusp, 1977.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã**. Revista Novos Estudos nº 58, 2000.



Capítulo V

Os limites do princípio da reserva do possível

Leonardo Gomes
Falta titulação



Os limites do princípio da reserva do possível

Resumo: Este artigo reporta-se à polémica discussão acerca da Reserva do Possível. Para isso, trazemos elementos que visam esclarecer as seguintes questões: até que ponto pode o Estado furtar-se a cumprir direitos sociais sob a alegação de falta de recursos? Podemos admitir o controle judicial sobre a efetivação das políticas públicas?

Palavras-chaves: Princípio da Reserva do Possível, Ética, Equilíbrio dos Poderes.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desse trabalho é tratar da confrontação da teoria da reserva do possível frente aos direitos sociais – prestações positivas do Estado garantidos pela Constituição de 1988.

Usando a educação como exemplo de direito social assegurado pelo texto Constitucional, discorreremos sobre como esse princípio tem sido mal utilizado pelo poder Executivo no cumprimento desses direitos, trazemos ainda, elementos como a função alocativa do Estado que se refere ao direcionamento de verbas públicas, nesse ponto discutimos sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário.

É de suma importância discutir e estabelecer limites concretos a discussão sobre a escassez de recursos – Reserva do Possível, abordando a efetividade dos direitos sociais para que não venhamos a incorrer num Estado democrático de direito incoerente e desumano, pois não podemos limitar a realização desses direitos à alegação, por vezes falsa, de falta de recursos disponíveis. Para isso, apresentamos nesse artigo a importância do Judiciário na observância do atendimento da finalidade pública nos atos administrativos desarrazoados e desproporcionais e como o cidadão pode ajudar na construção da ética do poder público.

2. DESENVOLVIMENTO

Inicia-se o presente texto com a reflexão acerca da necessidade de uma conduta ética no direcionamento do *múnus público* no que se refere às prestações sociais do Estado. Historicamente, essa discussão desenvolveu-se na Grécia antiga. Sócrates preocupado com a formação ética do cidadão, criticava os Sofistas, verdadeiros mestres da eloquência, que sem atentarem para formação ética do indivíduo ensinavam em troca de dinheiro a construção de uma argumentação lógica. Esta objetivava a produção de uma aparência ilusória da verdade ainda que, de forma velada trouxesse uma estrutura interna inconsciente, enganosa, incorreta ou até mesmo antiética. Logo, podemos estabelecer um “link” entre os Sofistas contemporâneos à Sócrates com aqueles que ousamos chamar de ‘Sofistas pós-modernos’, Gestores públicos, que sem qualquer compromisso com a realidade fática, coerência ou senso de bem estar comum invocam o Princípio

da Reserva do Possível¹ para se esquivarem do cumprimento dos direitos sociais, prestações estatais positivas, ao passo que gastam bilhões em publicidade ou em projetos que visam à satisfação de interesses escusos. No Brasil, já se foi dito que a ética sofre de anemia como também já se disse por aqui que ela é anorexa. Na verdade, de que vale o reconhecimento da dignidade da pessoa humana² como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil se a conduta dos agentes públicos não é pautada nela? Esse, certamente, não constitui um dos objetivos da Carta Magna de 88³ que no dia de sua promulgação nos apresentou mecanismos de participação popular,

1. Preceitua que somente pode se exigir do Estado a execução de uma prestação positiva ou atendimento de um interesse particular ou coletivo, desde que o Estado disponha de recursos materiais para o custeio desses direitos, deste modo, podemos dizer que a moradia apesar de ser um direito social do cidadão, ele não pode ser exigido do Estado por uma questão que nos parece óbvia: os recursos públicos são verdadeiramente escassos, portanto o Estado não pode cumprir essa obrigação para com os seus nacionais.
2. Em recente texto publicado pela Revista Visão Jurídica sobre a dignidade humana e reserva do possível, Lauro Lúcio de Almeida Silveira nos trouxe o seguinte entendimento sobre este princípio: “Sabe-se de longas datas que a dignidade humana é um vetor de interpretação, vale dizer, um princípio fundante que se faz necessário para a posterior hermenêutica constitucional, inclusive dos direitos fundamentais. Ou seja, Constitucionalmente, a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental strito sensu, e sim um princípio fundamental.
3. Art. 3º da Constituição Federal do Brasil: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;

tais como plebiscitos, referendos, iniciativa popular e um exemplificativo rol de direitos sociais, marcando definitivamente a transição do período ditatorial para o democrático. Neste contexto, o Estado Democrático de Direito assume como uma de suas principais características a persecução da efetivação máxima dos direitos fundamentais, destacando-se os direitos sociais que correspondem a prestações estatais positivas, tais como educação e saúde.⁴

Por outro lado, sabemos que a atividade financeira do Estado não é ilimitada, pois nada que é material e custa dinheiro o é. Não sendo possível o atendimento da satisfação das demandas sociais de modo absoluto, discute-se, então, em face da impossibilidade da efetivação das políticas públicas sociais na sua plenitude, até que ponto pode o Estado se eximir do cumprimento dessas prestações positivas sem violar a essência de direitos fundamentais como a própria vida. É neste contexto que devemos avaliar como deve se posicionar o Poder Judiciário. O Estado-Juiz pode determinar ao Estado-Administração a efetivação das políticas públicas sociais, mesmo em face do Princípio do Reserva do Possível? “Nos dias atuais, sabemos que é imprescindível a análise da intervenção do Poder

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdade sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

4. São também direitos sociais o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Judiciário no orçamento Público”⁵. É certo que não cabe ao juiz sentar-se na cadeira do administrador público, mas cabe ao judiciário por força do conhecido sistema de freios e contrapesos, **check and balance system**, que constitui a verdadeira essência do mecanismo da separação dos poderes proposta por Montesquieu⁶, evitar abusos por parte do administrador público. Este ainda que se esforce para atender a finalidade pública e a lei, pois o administrador público faz o que a lei manda, permite ou autoriza. (Princípio da Legalidade Estrita), nem sempre consegue se despojar de sua subjetividade ao tratar de interesses que são públicos. Ressalte-se ainda que é relevante notar que o agir do administrador público não basta atender à legalidade, devendo, sobretudo, ser pautado nos outros princípios administrativos conforme disciplinou com maestria Hely Lopes Meirelles⁷ no clássico Direito Administrativo Brasileiro. Também podemos estabelecer uma relação entre o Princípio em comento e o Estado de Direito, pois o Estado cria as leis para observância pelos particulares, mas não apenas para estes, devendo também sujeitar-se ao império dessas leis.

5. MÂNICA, Fernando Borges, Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas, p. 169. 2007.
6. Para Montesquieu no seu clássico Espírito das leis: “A corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios.”
7. Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros.

Tomemos como ponto de partida, a Constituição de 1988 que teve no seu discurso de promulgação, proferido pelo saudoso Ulisses Guimarães, a seguinte afirmação: “Só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”.⁸ Nesse sentido, por exemplo, é possível mencionar o direito da educação. Para assegurar o mínimo ético social ao cidadão no que tange à educação⁹, a Constituição prevê, no seu art. 212 para União, a aplicação de não menos que dezoito por cento, e para os estados e municípios não menos que vinte e cinco, da sua receita na manutenção e desenvolvimento do ensino. No entanto, não existem normas que tracem a proporção como esses recursos serão gastos. Neste caso, entra a subjetividade do administrador que pode se confundir com a sua discricionariedade.

Segundo Cláudio de Moura e Castro no Brasil temos uma aplicação de verbas públicas dez vezes maior na educação superior do que a aplicada na educação básica. Além de outros absurdos orçamentários na destinação das verbas públicas à educação:

Na longa e tortuosa migração dos recursos do tesouro até a sala de aula, há vazamentos por todos os lados. E na escola de quem é pobre e mora

8. Extraído do discurso de promulgação da CF/88 de Ulisses Guimarães, site do Senado Federal
9. Art.205 da Constituição Federal: A educação direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

longe, não chega quase nada. É instrutivo comparar gastos médios por aluno com educação fundamental no país com o gasto por aluno nas escolas de quem é pobre e mora longe. A diferença é imoral. Uma vez, comparei os custos por aluno das escolas municipais da Zona Sul do Rio de Janeiro com os das escolas dos subúrbios. São prédios iguais, administrados pela mesma secretária e os professores ganham o mesmo. Na teoria, deveriam ter custos iguais. Olhando os dados, descobri que o aluno da Zona Sul custava o dobro. Ou está faltando professor nos subúrbios ou as escolas da Zona Sul os têm demais. Qualquer das alternativas mostra algo errado.

O ensino superior público é gratuito e consome três quartos dos gastos federais com educação. E para quem vão os benefícios? Estimativas do Ministério da Fazenda mostram que 46% dos recursos federais para o ensino superior beneficiam os 10% mais ricos. Ou ainda, os 20% mais ricos ocupavam 71% do total de vagas no público e privado. Em outras palavras, a equidade passou longe.

Examinando a estrutura dos nossos gastos com educação, podemos verificar que temos uma estrutura de custos muito distorcida. Como em muitos outros países pobres, as diferenças entre custos por aluno no nível básico e no nível superior são enormes. (2002, p. 41).

Frise-se, que apesar do Brasil gastar três quartos dos gastos federais com educação superior em detrimento da educação infantil, básica e de ensino médio como nos mostrou o autor supracitado, a Constituição Federal prevê como garantia apenas a

educação infantil em creches e pré-escolas e a educação básica.¹⁰

O questionamento que surge daí é excessivamente controverso: até que ponto cabe ao Estado-Juiz intervir na função alocativa¹¹ do Estado-Administração para garantir a manutenção do mínimo ético social? Atentemos para o fato que não podemos confundir o mínimo ético social com o mínimo fundamental, como nos ensinou Gustavo Amaral fazendo alusão à Sarlet:

“o mínimo existencial não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física, mas não delimita seus contornos para além desse mínimo do mínimo” (2007, p. 374-376).

É a essa questão que tentaremos elucidar ao longo desse texto. Não se trata de questão de fácil solução que possa ser polarizada em um ou em outro posicionamento doutrinário, pois não encontramos consenso na doutrina sequer na jurisprudência pátria. Vejamos alguns desses posicionamentos para

10. Art. 208 da Constituição Federal: O dever do Estado com a educação será efetivada mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurando inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

11. Função Alocativa: associa-se à ideia de direcionamento, destinação das receitas arrecadadas visando à satisfação das necessidades públicas. O orçamento público será a instrumentalização da função alocativa do estado.

que possamos construir nossa sugestão para tão polêmico desentendimento.¹²

Alguns autores defendem que a discricionariedade do Administrador, no que se refere aos elementos discricionários do ato administrativo,¹³ deve ser alvo de controle judicial sempre que essa valoração não estiver em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Dentre eles, destacamos o eminente administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

Portanto, não se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do judiciário. A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse

-
12. Os principais autores tratam de forma muito diversa desse tema, podemos citar a exemplo disso as posições doutrinárias do Andreas Krell e o Gustavo Amaral, para o primeiro o Princípio não passa de mera falácia, já para o segundo o gestor público não deve avaliar os direitos fundamentais de forma destacada da realidade, pois a escassez de recursos é um fator que não pode ser desconsiderado diante da efetivação dos direitos fundamentais e a própria jurisprudência que faz um entendimento misto dos dois autores como pode ser visto na decisão do STJ que será vista mais à frente.
13. São elementos discricionários do ato administrativo a oportunidade e a conveniência.

poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.¹⁴

Parece-nos que para o José dos Santos além de atentar para o ordenamento jurídico, a conduta do administrador público deve ser pautada também nos princípios constitucionais, logo a intervenção do judiciário se faz forçosa sempre que houver violação desses princípios, evitando-se dessa forma abuso de poder ou desvio de finalidade. Constituindo, a não observância desses princípios uma verdadeira extensão da legalidade (ou seja, legalidade em sentido amplo), portanto passível de controle jurisdicional como o referido autor nos mostra mais à frente em seu manual de direito administrativo.

Voltando à questão educacional, a educação virou mercadoria, talvez porque uma educação de base eficiente se contraponha às prementes pretensões eleitoreiras, pois o voto de uma massa inconsciente é infinitamente mais fácil de ser angariado do que os votos conscientes. Será que há apenas critérios objetivos na desarrazoada proporção entre o ensino básico e o superior supracitado no início deste artigo?

Devemos nos questionar nesse caso se o gestor público é capaz de se despir de sua subjetividade na prática de um ato administrativo discricionário. Acontece que, sob a égide do Princípio da Reserva do

14. FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, Ed. Juris Lumen, 2007

Possível, o Estado brasileiro tem feito mau uso da sua função alocativa em prejuízo dos direitos fundamentais até mesmo o direito à própria vida, pois uma obrigação materialmente impossível não pode ser exigida.

Mas como se falar em reserva do possível frente às permanentes necessidades sociais? Considerando que no dia vinte de julho deste mesmo ano o Congresso Nacional editou uma lei que trouxe no seu texto a seguinte redação:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a doar recursos à Autoridade Nacional Palestina, em apoio à economia palestina para a reconstrução de Gaza, no valor de até R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).¹⁵

Podemos citar também os gastos do governo Lula de 2003 a 2009 com publicidade e propaganda que quase ultrapassaram a casa dos R\$ 8 bilhões de reais, ressalte-se que esses gastos tiveram a única finalidade de difundir a marca e os feitos do governo. Portanto, podemos verificar que o Estado brasileiro, pelo menos em tese, não poderia argumentar a reserva do possível para se esquivar do cumprimento de sua prestação positiva perante seus particulares. A problemática não gira apenas em torno da existência ou não de recursos materiais, e sim da alocação desses recursos, já que fica claro que sob a proteção desse princípio, o administrador eleito pelo voto popular tem gerido a coisa pública, doando vinte e cinco milhões de reais para um país estrangeiro e gastando mais de 8 bilhões de reais com publicidade, ao mesmo tempo

15. Lei Nº 12. 292, site da Presidência da República, 2010.

que para seus nacionais alega não dispor de recursos materiais para efetivação de políticas sociais que visam a manutenção até mesmo da própria vida e da dignidade da pessoa humana. Agindo de acordo com interesses particulares ao arrepio da finalidade pública. Configurando uma situação delicada já que “A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo.”¹⁶, dando margem ao agente público atuar em consonância com interesses particulares. Facilmente encontramos os legitimados pelo poder agindo de forma pessoal e injustificada. A exemplo, podemos citar o Mensalão em 2005 revelando a corrupção do Congresso Nacional e logo após em 2006, o escândalo dos sanguessugas que envolveu mais de 80 parlamentares entre Deputados federais e Senadores, porém ninguém foi punido. Mais recentemente, o escândalo da Gautama.¹⁷

O que nos parece proibido ao judiciário é a valoração dos elementos discricionários (oportunidade e conveniência) formadores do ato administrativo quando essa valoração for feita conforme a valores legais e principiológicos.

Podemos afirmar ainda que para muitos, a simples alegação da reserva do possível frente aos direitos fundamentais constitui uma verdadeira “falácia”, pois como todos sabem a reserva do possível foi trazida à baila pelos tribunais alemães ao afirmar que o

16. FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, Ed. Juris Lumen, 2007

17. A imprensa da época revelou o suposto significado segundo do PAC “Plano de Aceleração da Corrupção”

Estado não estava obrigado a fornecer vagas em escolas de ensino superior para todos os cidadãos por uma questão que nos parece lógica:

Afinal, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade (AMARAL, WANG, 2006, p.24)

Dentre esses autores encontra-se o respeitado Andreas Krell¹⁸ que em capítulo intitulado de: A falácia da “reserva do possível”: fruto de um direito constitucional comparado equivocado, o autor se mostra contrário à importação de teorias jurídicas de países do primeiro mundo para o Brasil, pois entre esses países há uma verdadeira depressão cultural, social e, sobretudo, econômica, impossibilitando uma ‘recepção sociológica’ adequada de tais teorias. Defende ainda que os direitos sociais não podem ser restringidos à limitação material do Estado, pois para ele, segundo a base principiológica da Constituição de 88, na dúvida de quem tratar com os recursos públicos no que se refere à efetivação dos direitos sociais, a resposta seria categórica: “tratar todos!”. E se porventura os recursos não fossem suficientes dever-se-ia para o autor ser retirado de outras áreas como incentivos econômicos, transporte etc. áreas que para Krell não estão diretamente relacionadas aos direitos mais importantes do homem “sua vida, integridade física

18. Andreas Krell, Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. 2002.

e saúde” (2002, p. 98). Defende ainda que qualquer reflexão nessa área pode levar a um referencial perverso:

Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc..

Contudo, acreditamos que a questão em voga não é tão simplista por não se esgotar na mera vinculação da concessão dos direitos sociais em detrimento da função alocativa do estado que em verdade, pertence ao Executivo. Trata-se, sobretudo, de uma questão de prioridades. Como podemos admitir o remanejamento de recursos para áreas não essenciais como publicidade e propaganda, doações a nações estrangeiras, transporte, fomento entre outros se não conseguimos sequer arcar com aquelas intrinsecamente vinculadas aos direitos fundamentais? É verdade que a função alocativa pertence ao Executivo, porém essa função deve atender princípios gerais inclusive de direito tributário¹⁹, caso contrário ensejará intervenção judicial até mesmo no direcionamento de recursos públicos para que um poder possa cumprir a função fiscalizadora do outro.

Mas essa intervenção deve ser feita com reservas, pois tudo que é material e envolve dinheiro não pode ser visto de modo absoluto. No entanto, não podemos

19. São princípios do direito tributário: Princípio da Legalidade; Princípio da Irretroatividade e da Anterioridade da Lei; Princípio da Igualdade ou da Isonomia, Princípio do direito à Proteção Jurisdicional.

desobrigar o executivo do cumprimento dos direitos sociais pela mera alegação da falta de recursos, a exemplo do direito à saúde e outros relativos à manutenção da vida sem excluir dessa decisão à realidade material do estado, como podemos observar em abalizado julgamento do STJ no qual se confrontava a reserva do possível e a exigência de um direito fundamental:

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D.50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria.

O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para

além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.⁷

Para defender a possibilidade do Judiciário intervir no agir dos outros poderes nos atos praticados em desacordo com a principiologia constitucional, podemos analisar também por um viés que não seja exclusivamente jurídico, por exemplo, quantos interesses concorrem para a tomada de uma decisão? Será que fatores como família, inteligência, emoções, sentimentos, vivências humanas, alegrias, tristezas não haveriam de ser considerados, ainda que inconscientemente, para a tomada de decisão? Isto parece certo, principalmente características intrínsecas, inerentes ao homem como as suas aquisições morais definidoras de seu caráter.²⁰

Portanto, a possibilidade do Judiciário adentrar no mérito administrativo quando esteja sendo confrontado um direito fundamental ante ao Princípio

20. Em capítulo intitulado de Direito e Justiça. Relações do Jurídico com o Ético Calmon de Passo nos traz uma lição de fato memorável: "(...) nós, homens, somos liberdade necessitada de afirmação que, entretanto, para se objetivar, paradoxalmente, por força de nossa socialidade, tem que se deixar limitar, sob pena de se inviabilizar como liberdade. Deste fato e da responsabilidade que nos acarreta, decorre também o imperativo do qual não nos podemos libertar – temos que definir, para agirmos, qual a melhor conduta (ação adequada) no caso concreto, com o objetivo de ordenar o que por si só não se ordenará necessariamente. Isso nos põe o **problema ético** (em sentido amplo). O homem precisa definir objetivos e, em função desses **fins**, fixar qual a **melhor conduta individual e social** a seguir no seu viver e conviver".

da reserva do possível quando no ato emanado da Administração não existam razoabilidade e proporcionalidade – princípios norteadores da Administração pública, deve ser vista com reservas para que não venha a ferir na separação dos poderes teorizada por Montesquieu²¹. O Judiciário, desta forma, desempenha um papel nuclear na construção e manutenção da ética pública. Outra não menos importante forma de imprimir ética à Administração Pública nos foi apresentada por José Renato Nalini que sugere e fundamenta como o cidadão não só pode, como tem o dever de intervir na coisa pública para construção da Ética do Estado. ***Verdadeira aula de democracia.***

Interessa, aqui, é verificar se os cidadão podem conferir ética à política. E a resposta é afirmativa. O cidadão – no sentido jurídico de **nacional provido de direitos políticos**, o direito de votar e ser votado – tem condições de imprimir ética na vida política.

Para isso, é mister **participar** da vida política, seja mediante filiação a partido, seja apenas discutindo os assuntos de maior relevância para o desenvolvimento do Estado brasileiro. O cidadão esclarecido terá condições de escolher melhor. A opção do eleitor deverá ser refletida. Interesses fisiológicos ou impulsivos devem ser trocados por meditação serena. Eleitor ético só vota em político ético.

21. Montesquieu apontava que: “(...) A democracia deve evitar dois excessos: o espírito de desigualdade, que leva à aristocracia, ou ao governo de um só; e o espírito de igualdade extrema, que a leva ao despotismo de um só, assim como o despotismo de um só termina com a conquista.”

A mídia é grande auxiliar nessa tarefa de pré-selecionar os candidatos, que devem ser excluídos à medida que falharem com o ideário do eleitor. Os deslizes, as ausências a plenário, o passado pessoal ou político, tudo isso deve ser pensado no momento da escolha.

Mas o eleitor qualificado não pode ser convertido em **cidadão de um dia**. A democracia não pode existir apenas no dia das eleições. O eleito deve, continuamente, prestar contas a seu eleitor. E este, se não receber satisfações de seu representante, deve cobrá-las. É seu dever ético.

Para Nalini, o cidadão brasileiro como membro de uma Democracia participativa está obrigado a repensar as responsabilidades. Afirmar ainda que este é o modelo adotado pela Constituinte de 1988. E delinea a participação popular como traço fundamental de todo e qualquer regime democrático. Por fim, conclama os brasileiros para participar de um protagonismo abandonado diante de tantos maus exemplos, para daí se resgatar os valores políticos que servirão para construção de uma cidadania efetiva. Para isso, faz-se imperioso, segundo o autor, a formação de uma opinião pública sólida e de uma fiscalização eficaz e permanente.

3. CONCLUSÕES

O presente artigo propõe que, para alcançarmos a sonhada harmonia entre os Poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal, devemos ter um judiciário forte, capaz de influenciar no direcionamento da coisa pública. Porém, essa intervenção deve ser

feita com reservas afim de não interferir na independência dos poderes da República Federativa do Brasil. Caso contrário, não teremos atingido a harmonia entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário. O Judiciário não pode continuar sendo considerado estritamente um corolário da função legiferante, pois a tendência é o seu fortalecimento, o que claramente percebemos no Direito atual. Se não constituirmos um Judiciário forte, a subjetividade do administrador público se sobreporá à finalidade estatal. É essa subjetividade a que nos referimos, ela que deve ser analisada pela função jurisdicional nas questões relativas às prestações positivas do poder público, de dever fazer, a exemplo de alguns direitos sociais, como o direito à saúde e à educação, dentre tantos outros fundamentais a garantia de uma vida digna. É exatamente essa subjetividade que não raras vezes tem sido mal usada pelo Executivo, e é isto que questionamos.

Deste modo, uma ideia, em princípio e por princípio eminentemente nobre, acaba sendo mal utilizada por um Executivo mal direcionado, sendo forçosa a intervenção do Judiciário com a finalidade de cuidar para que os interesses do povo, verdadeiro titular do poder, sejam respeitados. O Judiciário deve proteger e garantir o mínimo ético social, pois, não seria essa a função do direito? A norma jurídica não existe para proteger as normas que a sociedade entende como essenciais? É necessário, porém estabelecer limites a essa intervenção do judiciário nos demais poderes para que a Constituição cumpra minimamente a finalidade profetizada por Ulisses Guimarães: “Será luz, ainda que de lamparina na noite dos desgraçados, é

caminhando que se abrem os caminhos, ela vai caminhar e abri-los será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria. A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.”.

Portanto, a Reserva do Possível não pode ser encarada de modo absoluto, sendo inquestionável para nós a intervenção do Judiciário – na aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, quando os elementos constitutivos do ato administrativo não respeitarem os princípios norteadores da Administração Pública. Uma vez que cabe precipuamente ao judiciário a aplicação e a interpretação do direito, assim nos parece que cabe a ele também garantir a máxima efetivação das normas constitucionais, desconsiderando um discurso astucioso que se valendo do direito fere o ordenamento jurídico e ademais a Dignidade da Pessoa Humana sob a alegação da escassez de recursos. Sendo para nós o julgador responsável pela avaliação dos motivos motivadores do ato e dos limites do princípio da reserva do possível afim de não abalar a plena efetividade dos direitos sociais.

Porém essa intervenção deve se limitar aos limites constitucionais trazidos pela própria Constituição Federal pelo menos para Saúde e para a Educação que são expressos no corpo constitucional, caso contrário, incorreremos no desequilíbrio dos poderes, uma vez que a função alocativa do Estado, pertence ao Executivo e não ao Judiciário e para nós não cabe, em regra, ao Judiciário impor ao Executivo elementos direcionadores de sua função alocativa.

Por fim, valendo-me das palavras finais do discurso do inesquecível presidente da constituinte de 88 finalizo este artigo: **“MUDAR PARA VENCER, MUDA BRASIL!”**

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Ed. Lumen Juris.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 1.ed. Editora Martin Claret, 2001.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: Informação e documentação: Artigo em publicação periódica científica impressa. Rio de Janeiro, 2002.
- BARROS, Adriano Santos Celestino Ribeiro, Artigo: voto obrigatório x voto livre e o verdadeiro estado democrático de direito.
- BONAVIDES, Paulo, Ciência Política, Ed. Malheiros, 2010.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Senado, 1988.
- BRASIL, LEI Nº 12.292, Site da Presidência da República, 2010.
- CARNEIRO, Ivana Libertadoira Borges. A Antropologia Filosófica, A Educação como Elemento Fundante do Homem, Ed. Jus Podium, 2010.
- CASTRO, Claudio de Moura. Educação brasileira – consertos e remendos, Ed. Rocco, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, Ed. Saraiva, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, Ed. Juris Lumen, 2007

KRELL, Andreas J., Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado” – Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges, Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MEIRELLES, Helly Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Método, 2009

MONTESQUIEU, O Espírito das Leis, Ed. Martins Fontes, 2005.

NALINI, José Renato, Ética Geral e Profissional, Ed. Revista dos Tribunais, 2009

PASSOS, J.J. Calmon de, Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam – Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Revista Visão Jurídica, 51. – São Paulo; Escala, 2010.

STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1185474 SC 2010/0048628-4



Capítulo
VI

O princípio da proporcionalidade
das penas e sua aplicabilidade
pelo poder legislativo

Tatiane Maria
Falta titulação



O princípio da proporcionalidade das penas e sua aplicabilidade pelo poder legislativo

Resumo: O presente artigo visa analisar o princípio da proporcionalidade no momento da cominação das penas, vez que este princípio parece não ser observado rigorosamente pelo Poder Legislativo, conforme se observa nas Legislações Penais brasileiras.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade; (des) proporcionalidade das penas; princípio implícito; critério legislativo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve histórico do princípio da proporcionalidade – 3. O princípio da proporcionalidade das penas – 4. A proporcionalidade como princípio constitucional implícito – 5. Critério legislativo: a (des) proporcionalidade das penas – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o princípio da proporcionalidade no momento da cominação das penas, vez que este princípio é de extrema importância para o Direito Penal. Todavia, antes de adentrar ao tema, faz-se necessário conceituar alguns institutos jurídicos.

Pode-se afirmar que pena é uma consequência imposta pelo Estado, que um indivíduo sofre quando pratica uma infração penal, ou seja, quando comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu direito de punir (GRECO, 2008).

Segundo E. Magalhães Noronha (1991, p.220) “pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer”.

Existem vários princípios que norteiam a aplicação da pena, perante o poder punitivo do Estado, impondo limites à intervenção estatal, para que não sejam violados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Dentre esses princípios, destacam-se os princípios da legalidade, humanidade das penas, culpabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da legalidade se desdobra em três postulados. “O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade” (Luiz Luisi, 2003, p. 18).

Pode-se afirmar que o postulado da reserva legal está expresso no art. 5º, XXXIX da Lei Maior, onde reza que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, bem como no art. 1º do Código Penal, que preceitua que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena

sem prévia cominação legal”. Nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli (2001, p.21) “o princípio da legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade (...)”.

Quanto ao segundo postulado, da determinação taxativa, Luiz Luisi (2003, p. 24) ressalta: “trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos”.

Quanto ao terceiro postulado- irretroatividade- está explicitamente previsto na Carta Magna de 1988, no art. 5º, XL, que diz que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, bem como o que prevê o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Desse modo, verifica-se que só é possível a retroatividade se a Lei posterior for benéfica para o réu, caso contrário, não poderá retroagir.

Sobre o princípio da humanidade das penas, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 31) diz que: “o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado” (...).

Esse princípio tem nítida origem iluminista, nele é expressa a máxima oposição às penas de morte,

cruéis, à barbárie das fogueiras, das acusações infundadas, embora continue sendo desrespeitado em diversos lugares. Ele propõe um direito penal mais humanitário, longe das penas cruéis e que não respeitam a Dignidade Humana (BOSCHI, 2006).

No que tange ao princípio da culpabilidade, Rogério Greco (2008, p. 89) preleciona que “culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Por outro lado, Sebastián Borges Mello (2010, p. 329) conceitua a culpabilidade de modo mais intenso, dizendo que: “se formalmente a culpabilidade está relacionada com o juízo de imputação (ou, para alguns, juízo de reprovação), materialmente existe uma correlação necessária entre culpabilidade, dignidade humana e pena”.

Assim, pode-se concluir que a culpabilidade, apesar de não ser um princípio expresso na Constituição Federal, pode ser extraído do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é o grande pilar do Direito, mormente do Direito Penal. Não se pode olvidar que a nossa Carta Magna de 1988, exclui expressamente, no art. 5º, inciso XLVII, a aplicação de penas cruéis, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de morte.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, este impõe que a pena, a ser cominada ou a ser imposta, guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta criminosa, pois tanto objetiva orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador,

como também a sua aplicação pelo magistrado, uma vez que na sentença este deverá valorar todas as circunstâncias, objetivas e subjetivas para se chegar a uma pena proporcional ao delito cometido (QUEIROZ, 2006).

Todos estes princípios, embora sejam reconhecidos pelo Direito Penal, expressamente e implicitamente, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado democrático de direito (BATISTA, 2007).

Desse modo, o objetivo principal do presente artigo é analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade no momento da cominação das penas, vez que este princípio não parece ser observado rigorosamente pelo Legislador.

2. BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade foi reclamado por Cesare Beccaria (1764, p. 49-50), no livro *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e Das penas), que o autor diz que “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado”, e, ainda ressalta que “qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica”.

Não se pode olvidar que em tempos remotos falava-se em proporcionalidade como rigorosa

reciprocidade da pena ao crime. É o que ocorria no Código de Hamurabi¹, o qual seguia a Lei de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”. Neste Código, havia, na verdade, uma total desproporção entre a pena e o crime, e não “proporcionalidade” como alguns pregoavam. Conforme se verifica no art. 1º daquele Código² “Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então aquele que enganou deve ser condenado à morte”, ou seja, havia pena de morte para o crime de difamação, o qual atualmente, pelo Código Penal Brasileiro possui uma pena de detenção de três meses a um ano, e multa (art. 139 do CP), sendo considerando crime de menor potencial ofensivo³.

Segundo Cezar Bitencourt (2007, p.27) “é o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade”. Para o jurista, a “lei do talião” é o mais antigo exemplo de aplicação

1. O Código de Hamurabi foi escrito pelo Rei Hamurabi, na Mesopotâmia, por volta de 1780 a. C. Se tratava de um conjunto de leis, as quais foram talhadas numa rocha de diorito preta. Era baseado na Lei de Talião e tinha como objetivo principal unificar o reino. Assim, para cada ato fora da lei haveria uma punição, que acreditavam ser proporcional ao delito praticado. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/mesopotamia>>. Acesso em: 04/07/2010.
2. Esta informação foi extraída do Código de Hammurabi, traduzido por Leonard Willian King em 2005.
3. Pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), crime de menor potencial ofensivo é aquele em que a pena máxima cominada é igual ou menor que dois anos.

do princípio da proporcionalidade, e o que não havia era razoabilidade a entre a pena e o crime praticado. Contudo, vale dizer que, se não havia razoabilidade, também não havia proporcionalidade, uma vez que em muitas ocasiões a pena de morte era aplicada para crimes patrimoniais, sendo, desse modo, totalmente desproporcional ao delito.

Ocorre que, na atualidade, não se pode tolerar uma desproporção de tamanha gravidade como ocorria no passado, entre o crime e a pena, visto que a Constituição Federal tem como principal fundamento a dignidade humana. Caso contrário, estaria incompatível com o Estado Democrático de Direito.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

O princípio da proporcionalidade é de extrema importância para a cominação e fixação das penas, pois deve ser observado tanto pelo legislador, no momento da elaboração da lei, quanto pelo magistrado, no momento de aplicar a lei. Assim, caberá ao legislador, primeiramente, observar se a pena é ou não proporcional para aquele tipo de delito, pois deverá haver o mínimo de razoabilidade entre o fato cometido e a pena imposta para determinado delito, enquanto o Juiz, diante daquela pena mínima e máxima prevista abstratamente no tipo penal, deverá analisar a quantidade de pena que o infrator merece, diante do caso concreto.

Nos ensinamentos de Cezar Bitencourt (2007, p.25), “a influência do princípio da proporcionalidade,

vai além da simples confrontação das conseqüências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio”, pois, para o autor a aplicação deste princípio atinge diretamente o exercício do próprio Poder Legislativo no ato de elaboração das leis.

O referido princípio é composto por alguns subprincípios, quais sejam, o princípio da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da necessidade preceitua que a norma somente deverá incidir se houver necessidade, no caso concreto, uma vez que, se o Direito Penal constitui a forma mais enérgica de coerção da liberdade dos indivíduos, a sua intervenção somente deverá ocorrer em casos de absoluta necessidade. Isso traz segurança para os próprios indivíduos (QUEIROZ, 2006).

Segundo Alexandre Bizzotto (2003, p.171):

Pelo subprincípio da necessidade, o intérprete, em sua atividade valorativa, adentra na verificação da situação que exige a identificação do direito. Ao se deparar como caso concreto, deve ser sopesado se há necessidade de utilização da norma para que a preservação do direito tutelado seja observada.

No que tange ao subprincípio da adequação, “a via escolhida para o caminhar interpretativo precisa ser pertinente ao caso enfrentado e preencher as expectativas de efetivação dos direitos fundamentais” (BIZZOTTO, 2003, p.172). Assim, como diz Denilson Feitoza Pacheco (2007, p.280), “todas as medidas ou

meios de intervenção em direito fundamental, sejam legislativos, judiciais ou administrativos, devem ter uma justificação teleológica, ou seja, devem ter um fim ou objetivo determinado ou determinável”.

Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, este diz respeito à proporção entre a gravidade do crime praticado e o castigo imposto. Segundo Paulo Queiroz (2006, p.48) este princípio tem “tríplice destinatário: o legislador, o juiz da causa e os órgãos de execução penal.” Para o autor, a proporcionalidade também se verifica no momento da execução da pena, quando ocorre a individualização gradual desta, quando, por exemplo, o condenado consegue auferir os benefícios, tais como, livramento condicional, mudança de regime, dentre outros.

O referido princípio também é denominado de “proibição de excesso”. Nos dizeres de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.68) o princípio da proporcionalidade “deve ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime”.

Assim, a proibição de excesso visa limitar os arbítrios do Estado. Mas não é só. Ela exige um papel nobre do legislador, pois primeiramente, será este que decidirá qual a quantidade mínima e máxima que merecerá o delito. Enquanto o magistrado ficará adstrito ao que está estipulado na norma incriminadora, não podendo o mesmo ir além dos limites estabelecidos.

4. A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO

O princípio da proporcionalidade, diferentemente do princípio da legalidade e da humanidade das penas, não está explícito no texto constitucional, mas é possível extraí-lo de diversos dispositivos da Constituição Federal. Segundo Elmir Duclerc (2007, p.279):

O princípio da proporcionalidade encontra-se indubitavelmente positivado no nosso direito constitucional, visto que, embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da constituição.

O citado autor se baseia no art. 5º, §2º da CF/88, que dispõe que “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”. Assim, os princípios implícitos também estão em consonância com a Carta Política de 1988, é o que ocorre com o princípio da proporcionalidade.

Rogério Greco (2008, p. 78), por sua vez, diz que “embora não tenha sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena (...)”.

Por outro lado, este princípio encontra-se expresso no Código Penal Brasileiro de 1940, ainda vigente,

tendo em vista que no art. 59, ao tratar da pena-base menciona que a penalidade deve ser “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”. José Antônio Paganella Boschi (2006, p.72) afirma que “é ainda com base no mesmo critério de necessidade e suficiência que o juiz processa a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou multa (CP, art. 44) e, residualmente, a concessão ou não do *sursis*”⁴.

Assim, nota-se que o princípio da proporcionalidade pode ser extraído de normas que estão inseridas na CF/88, bem como pode ser observado no próprio Código Penal brasileiro, uma vez que este estabelece diversos critérios que deverão ser observados, obrigando o julgador a analisá-los, para que se consiga, em tese, aplicar uma pena proporcional ao delito praticado.

Sucedo que, caberá primeiramente ao legislador fixar a pena cabível para um delito, o que vincula o magistrado, pois este ficará adstrito aos limites impostos pela norma penal incriminadora. Assim, é de extrema importância analisar se o perfil do Legislador está em consonância com o referido princípio.

5. CRITÉRIO LEGISLATIVO: A (DES) PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

De acordo com a importância do bem jurídico protegido pela norma penal, o legislador tipifica algumas condutas como crime, cominando uma pena mínima e máxima em abstrato.

4. Significa suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal brasileiro.

Segundo Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.80), “a missão do legislador não se restringe somente em adequar e enquadrar fatos [...], a tarefa do criador da norma penal é bem maior, pois deve buscar critérios que revelem ser determinada conduta merecedora de sanção penal”.

Assim, pode-se afirmar que a sanção penal deve ter proporcionalidade com o fato típico, devendo estar em conformidade com os princípios norteadores da pena, para que não haja uma inconstitucionalidade oriunda das arbitrariedades legislativas. Nos dizeres de E. Magalhães Noronha (1991, p.222) “a proporcionalidade pena está intimamente vinculada ao fundamento retributivo [...] a pena deve guardar proporção com o delito: não se punem, igualmente, furto e homicídio. O crime tem sua quantidade, que deve, de modo geral, ditar a quantidade da sanção”.

Sob uma análise geral das penas cominadas no Brasil, pode-se dizer que em inúmeros casos não são proporcionais ao delito. É o que ocorre em alguns crimes patrimoniais, como no crime de furto qualificado, onde se verifica que a pena cominada de um a quatro anos prevista no *caput* passa para dois a oito anos, se estiverem presentes uma das qualificadoras, quais sejam, destruir ou romper obstáculos; abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa e mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Assim, furtar um objeto qualquer, estando em companhia de outra pessoa, o furto deixa de ser simples para ser qualificado, sendo a pena aumentada em o dobro (a mínima e a máxima). Isso inviabiliza

que o acusado obtenha alguns benefícios, como por exemplo, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95⁵.

Ademais, verifica-se que essa mesma hipótese (concurso de pessoas) inserida no crime de furto (art. 155 do CP) como qualificadora, é igualmente inserida no crime de roubo (art. 157 do CP), mas neste como causa de aumento de pena de um terço ou até a metade, a qual é analisada pelo Juiz na terceira fase de aplicação de pena.

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 13/05/2010 editou a súmula nº 442 afirmando que: “É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo”.

Desse modo, em alguns casos, pode-se verificar a desproporcionalidade do critério legislativo, já que uma mesma circunstância, ou seja, praticar o crime em concurso de pessoas, em um crime sem violência e sem grave ameaça, como o delito de furto, se encontra como qualificadora, enquanto no crime de roubo, crime em que há violência ou grave ameaça à pessoa, é causa de aumento de pena. Desta forma, o legislador atribuiu ao crime de menor ofensividade uma forma mais rigorosa de punição, vez que a qualificadora aumenta a pena cominada.

5. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Este artigo se aplica a todos os crimes em que a pena mínima cominada não ultrapasse um ano.

Outro aspecto interessante, diz respeito ao delito de lesões corporais, previsto no art. 129 do CP, especificamente no seu § 9º, que dispõe sobre violência doméstica, verificando-se que pena cominada para o delito é de três meses a três anos, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 11.340 de 7-8-2006⁶ (Lei Maria da Penha). Anteriormente, a pena era de seis meses a um ano, ou seja, em 2006, o legislador aumentou a pena máxima (inseriu mais dois anos) e diminuiu a mínima (reduzindo três meses). Mas não é só. Em que pese a pena mínima cominada ter diminuído para três meses, quando se tratar de vítima mulher, aplica-se a citada Lei, a qual em seu art. 41 dispõe que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Para exemplificar, vale dizer, se um pai pratica lesões corporais leve contra a sua filha (maior e capaz), não se aplicará a ele a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), enquanto que, se este mesmo pai pratica o mesmo crime contra o seu filho (maior e capaz) será aplicado a ele todos os institutos despenalizadores previstas na Lei dos Juizados, como por exemplo, a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Daí já se pode extrair a extrema desproporcionalidade da denominada “Lei Maria da

6. Esta Lei foi criada com o intuito coibir a violência doméstica praticada contra a mulher, mas existem inúmeras discussões sobre a sua constitucionalidade, vez que fere o princípio da igualdade.

Penha”, uma vez que fere os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

De outro lado, fazendo uma comparação com o delito de lesão corporal grave (art. 129, § 1º do CP), nota-se que para este a pena é de um a cinco anos, portanto, se qualquer indivíduo praticar lesão corporal grave em outro, se não estiver inserido no conceito de “violência doméstica” contra a mulher, este poderá auferir a suspensão condicional do processo, prevista no art.89 da Lei 9.099/95. Enquanto o delito de lesões corporais leve, crime de menor potencial ofensivo, cuja pena mínima cominada é ainda menor que um ano, se estiver no conceito de violência doméstica contra a mulher, não poderá auferir tal benefício. É um pouco difícil de entender esse critério legislativo, mas é exatamente o que prevê a Lei nº 11.340/2006.

Ademais, a referida Lei Ordinária modificou a competência criminal, prevista na Constituição Federal de 1988, pois retira dos Juizados Especiais Criminais, a competência para julgar crime de menor potencial ofensivo. Assim, crimes de menor ofensividade, em que a mulher tenha sido vítima de violência doméstica, não serão julgados pelo Juizado Especial Criminal, mas sim por um “Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher”, ou seja, a citada Lei ainda denominou como Juizado, quando na verdade trata-se de uma “Vara” Especializada, competente para julgar as ações resultantes de violência doméstica contra a mulher.

Sobre o assunto, vale citar a crítica extremamente pertinente feita por Ricardo Augusto Schmitt (2009, p.537-539) ao afirmar que “o artigo em debate

(41, da Lei nº 11.340/06) afronta o disposto no art. 98, I da Constituição Federal, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto (...). E ainda diz o autor “evidentemente que o princípio da proporcionalidade não foi observado, o que torna inválida esta norma, apesar de vigente”.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sentido contrário, diz que é constitucional o art. 41 da Lei Maria da Penha. Sobre o tema vale citar o seguinte julgado (Processo: 35456-3/2008 Rel. Jacqueline Andrade Campos Regis; Órgão Julgador Seção Criminal; 15/07/2009):

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OCORRIDO APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 11.340/2006. Suscitante alega a inconstitucionalidade dos artigos 14 e 41 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006), que ofenderiam os princípios da igualdade e da proporcionalidade. [...] Inconstitucionalidade não evidenciada. Apesar do art. 98, I, da Carta Magna ter previsto a competência dos juizados especiais para o julgamento das infrações penais de menor poder ofensivo, a Constituição Federal não definiu o que seriam tais infrações delegando à lei infraconstitucional tal tarefa. Inexistência de ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Infelizmente, é desta forma que vem se manifestando o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, não admitindo a inconstitucionalidade de alguns

dispositivos da Lei nº 11.340/06, nos quais se verificam claramente a violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade. Vale ressaltar que existe uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, em tramitação do Supremo Tribunal Federal, desde 19/12/2007, mas ainda não se encontra em fase de julgamento⁷.

Outra situação incoerente se verifica no art. 273 do Código Penal, no crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, onde a pena atualmente cominada é de dez a quinze anos de reclusão. Anteriormente, este delito possuía uma pena de um a cinco anos de reclusão, ou seja, o legislador, no ano de 1998, através da Lei nº 9.677, modificou radicalmente essas penas, pois acrescentou nove anos na pena mínima e dez anos na pena máxima. Mas não é só. O legislador entendeu que este crime é hediondo, e inseriu este na Lei nº 8.072/90 (Lei de crimes hediondos).

Vale ressaltar a crítica feita por Luiz Flávio Gomes (2009, p. 01), em seu artigo *Mídia e Direito Penal*, onde o autor descreve algumas incoerências legislativas que são feitas em razão da influência midiática, dentre elas, o fato de o crime de falsificação de medicamentos está inserido na Lei de crimes hediondos. Disse o autor:

O legislador brasileiro, sob os efeitos do "escândalo dos remédios falsos", não teve dúvida em

7. Informação extraída do site do Supremo Tribunal Federal.<
<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19/09/2010.

reagir imediatamente: elaborou primeiro a Lei 9.677/98, para alterar o marco penal de diversas condutas relacionadas com o tema (a falsificação de remédio agora é sancionada, no mínimo, com dez anos de reclusão. Por meio do mesmo diploma legal, outras condutas não tão graves, como a falsificação de creme para alisar o cabelo, passaram a receber a mesma punição). Depois, publicou-se a Lei 9.695/98, para transformar diversos desses delitos em "hediondos" (o que, desde aquela outra lei, já se pretendia, mas que, por defeito de técnica legislativa não se conseguiu). De forma inédita, a lei foi aprovada em quarenta e oito horas.

Desta forma, vislumbra-se que em alguns casos, o legislador age de forma totalmente desarrazoada, vez que algumas Leis Penais são elaboradas emergencialmente, de acordo com o clamor público ocasionado por um fato isolado. Todavia, parecem esquecer que este fato não será alcançado pela nova lei, por se tratar de lei maléfica, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988.

Em outra perspectiva, verifica-se que o legislador atribui, estranhamente, benefícios para alguns tipos de crimes, os quais possuem penas consideravelmente altas. É o que ocorre com os crimes contra a Ordem Tributária, previstos nas Leis nº 8.137/90 e nº 4.729/65, onde existem penas máximas cominadas que chegam a oito anos de reclusão⁸, contudo,

8. É o que ocorre nos crimes praticados por funcionários públicos, art. 3º, onde reza que: Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): (...) II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem,

se o acusado promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social e cumprisse a obrigação acessória, antes do recebimento da denúncia, seria extinta a punibilidade⁹, ou seja, ele não seria processado criminalmente pelo fato de ter infringido algum dos crimes previstos na legislação, contra a Ordem Tributária. Mas não é só. Com o advento da Lei nº 10.684/2003, que alterou alguns dispositivos da legislação tributária, verifica-se que a qualquer tempo que o réu promover o pagamento integral do débito será extinta a punibilidade, é o que dispõe o art. 9º, § 2º¹⁰ da referida Lei.

Pergunta-se: Qual foi o critério legislativo para instituir tal benefício? E porque em outros crimes,

direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

9. Dispõe o art. 34 da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.
10. Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento[...] § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

como no crime de receptação, apropriação indébita ou até mesmo furto simples, delitos que protege apenas o patrimônio individual, onde a pena cominada é menor, onde não há violência e nem grave ameaça à pessoa, sendo ainda inúmeras vezes o objeto devolvido imediatamente à vítima, o legislador também não instituiu a mesma benesse?

São perguntas que talvez não tenham respostas exatas, todavia, é cediço que, a “clientela” do Direito Penal está diversificada nestes crimes, pois, normalmente, os réus nas ações de crimes contra a Ordem Tributária, fazem parte de uma classe privilegiada da sociedade, com empregos fixos e uma condição econômica elevada. Vale salientar, que nesta mesma classe estão inseridos os legisladores. Talvez seja este um dos motivos da instituição do benefício anteriormente referido.

Mais uma situação que causa espanto diz respeito ao tratamento dispensado ao idoso. A Lei nº **10.741, de 1º de outubro de 2003- Estatuto do Idoso, prevê, no artigo 94¹¹ que, nos crimes previstos naquela Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, deverá ser aplicada a Lei nº 9.099/95, ou seja, todos os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais.** Para exemplificar, vale citar o crime previsto no art. 99 da referida Lei, que dispõe que:

11. Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS E SUA APLICABILIDADE...

Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:[...] § 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Desse modo, observa-se que o legislador garantiu ao indivíduo que praticou este tipo de crime descrito acima, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, até mesmo se resultar em lesão corporal de natureza grave, cuja pena máxima é de quatro anos.

Importante ressaltar que a Lei dos Juizados Especiais estabelece um procedimento sumaríssimo, mais célere, contudo, traz uma sequência de benefícios para o infrator que comete crimes de menor potencial ofensivo, como os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, dentre outros, jamais resultando numa pena privativa de liberdade. Assim, no caso ora exposto, verifica-se que o legislador ao invés de proteger, acaba prejudicando o idoso, pois atribui um procedimento menos rigoroso para crimes que na realidade não se enquadram no conceito de crime de menor potencial ofensivo.

6. CONCLUSÃO

Pode-se ver, assim, algumas desproporcionalidades entre as penas e os crimes previstos na Legislação Penal, o que não deveria ser admitido, visto que o princípio da proporcionalidade, deve ser respeitado desde o momento de elaboração da Lei, devendo sempre ser

observado pelo legislador o que preceitua a Lei Maior, para não resultar em uma inconstitucionalidade, em que violam direitos e garantias individuais e princípios constitucionais penais.

Infelizmente, a sociedade clama por um Direito Penal máximo, onde existam penas altas e punições rigorosas para qualquer tipo de delito. Contudo, não refletem sobre as conseqüências que isto poderá ocasionar na vida de um ser humano. Pequenas condutas, que poderiam ter medidas alternativas ou até mesmo medida de natureza educacional, são punidas com pena de prisão, ainda que seja uma quantidade pequena de pena.

O Poder Legislativo, de outro lado, reage de forma imediatista, de acordo com as opiniões sociais, principalmente quando exposto algum fato criminoso pela mídia, criando Leis inadequadas, aumentando penas ao absurdo e criando benefícios para crimes cometidos pela classe mais abastada da sociedade.

Nesse contexto vale citar uma crítica, totalmente pertinente, exposta por Aury Lopes Jr. (2006 p.18), quando afirma que “é mais fácil seguir no caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade”.

Assim, a sociedade se conforta em saber que as leis estão cada vez mais rigorosas, pois isso leva a uma sensação de tranqüilidade e segurança. Ocorre que, trata-se apenas de uma ilusória segurança, que não afastam, nem de longe, os fatores da criminalidade.

Cabe ainda salientar que as finalidades da pena acabam não sendo atingidas, visto que em muitas dessas ocasiões a pena se torna desarrazoada no caso concreto, não alcançando o aspecto de reprovação, tampouco de ressocialização.

Desse modo, como uma medida de evitar as arbitrariedades e incoerências legislativas, caberá ao Poder Judiciário realizar o controle difuso de constitucionalidade, não admitindo, em hipótese alguma, normas no ordenamento jurídico brasileiro que afrontem a Carta Política de 1988.

7. REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e Princípios Constitucionais*. Goiânia: AB, 2003.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DUCLERC, Elmir. Revista Brasileira de Ciências Criminais. *Princípios Constitucionais relativos à*

TATIANE MARIA

prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação. Salvador; Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia e Direito Penal.* Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>> Acesso em 05/09/2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* Volume I. Parte Geral. 10 ed. Niterói- Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais.* 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade. O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana.* Salvador: Jus Podivm, 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal.* Volume 1. Introdução e Parte Geral. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal.* Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

○ PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS E SUA APLICABILIDADE...

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. Aspectos práticos e teóricos à elaboração. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

