

**Revista da Faculdade de**

ISSN 1519-1656

# Direito

**Padre Anchieta**



**Ano V - Nº 8 - Maio / 2004**

**ISSN 1519-1656**

---

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.**

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta  
il. 23cm.

Semestral  
Inclui bibliografia

**CDU 34(05)**

---

## **EDITORIAL**

O primeiro exemplar do ano de 2004 da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá, que representa o oitavo número da revista, está repleto de novidades e surpresas.

O presente ano vem sendo marcado por fatos graves nas áreas internacional, política, social e econômica, além de outros, fatos esses que acabam sempre repercutindo no mundo do Direito.

A pluralidade de temas envolvidos no presente exemplar denota a preocupação dos juristas e estudiosos da área jurídica com os fenômenos sociais a que a sociedade está sendo submetida neste momento.

O papel do profissional do direito, independentemente da área em que atua ou da função que exerça, deve ser sempre o de buscar e de preservar a justiça como um todo e em momentos de crise como o atual, essa busca se torna, naturalmente, mais constante e efetiva.

Esperamos, como sempre, que o leitor possa aproveitar os artigos da presente edição e expandir seus horizontes.

Boa leitura e até a próxima.

### **CONSELHO EDITORIAL**

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

### **Conselho Editorial**

*Alexandre Barros Castro*

*Cláudio Antônio Soares Levada*

*João Carlos José Martinelli*

*Luiz Carlos Branco*

*Márcio Franklin Nogueira*

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

### **Correspondência**

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

[anchieta@anchieta.br](mailto:anchieta@anchieta.br) • [www.anchieta.br](http://www.anchieta.br)

### **Editoração**

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

### **Revisão**

João Antonio de Vasconcellos

### **Tiragem**

2.500

**Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.**

*Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange*

## **ÍNDICE**

<b><i>Jurisdição penal no estado democrático de direito</i></b> <i>Mariana Montez Moreira e Tatiana Lages Aliverti.....</i>	<i>7</i>
<b><i>O paradigma dos direitos humanos mobiliza o sentimento de vergonha moral</i></b> <i>João Carlos José Martinelli.....</i>	<i>23</i>
<b><i>Direitos relativos à vida própria</i></b> <i>Vinicius Sampaio ´Ottaviano.....</i>	<i>29</i>
<b><i>Acesso à justiça</i></b> <i>José Jair Ferraretto e Samuel Antonio Merbach de Oliveira.....</i>	<i>35</i>
<b><i>A Gênese obrigacional e o CTN</i></b> <i>Alexandre Barros Castro.....</i>	<i>47</i>
<b><i>Da inversão do ônus da prova no processo civil</i></b> <i>Márcio Vicente Faria Cozatti.....</i>	<i>57</i>
<b><i>Cartão de crédito e manipulação da assinatura digital</i></b> <i>Celeste Leite dos Santos.....</i>	<i>79</i>
<b><i>Teorias da conduta no direito penal</i></b> <i>Jovanessa Ribeiro da Silva.....</i>	<i>95</i>
<b><i>O Trabalho educativo</i></b> <i>Oris de Oliveira .....</i>	<i>101</i>
<b><i>Normas para apresentação de originais.....</i></b>	<b><i>111</i></b>



## **JURISDIÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Mariana Montez Moreira<sup>1</sup> e Tatiana Lages Aliverti<sup>2</sup>*

### **INTRODUÇÃO**

Neste artigo, analisaremos o instituto da jurisdição como uma das faces do poder soberano, que é uno e indivisível.

Mostraremos, em primeiro lugar, a jurisdição como função estatal garantidora do acesso à justiça e da manutenção dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Em seguida, discorreremos sobre o conceito de jurisdição e sua natureza jurídica, bem como sobre suas principais características, espécies e elementos, a fim de lhe situar no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, para compreensão do exato espírito do instituto, comentaremos seus princípios norteadores e conseqüentes mitigações trazidas pela premente Reforma do Poder Judiciário (PEC nº 29/2000).

### **1. O Estado e suas funções**

O Estado, para lograr os fins a que foi instituído, diversifica sua atividade em três funções: legislativa, jurisdicional e administrativa, exercidas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Tais funções, sendo manifestações do poder soberano, uno e indivisível, devem ser exercidas dentro dos princípios norteadores da organização estatal aplicada em cada país. Como vivemos em um Estado Democrático de Direito, segundo prescrição do art. 1º da Constituição Federal de 1988, as nossas funções estatais devem adotar um modelo de democracia participativa, refletindo seus objetivos fundamentais inseridos no art. 3º do texto constitucional.

A função legislativa traduz-se na feitura de leis (*jus dare*), que refletem a vontade popular e se resumem nas exigências do bem comum. Surge, assim, conforme observação de Vincenzo Manzini<sup>3</sup>, “uma relação de sujeição geral, pois

---

<sup>1</sup> Advogada da União. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP.

<sup>2</sup> Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais – São Paulo/SP.

todos quantos se encontrem no território do Estado estão obrigados à observância de suas leis”.

As normas jurídicas são elaboradas por uma sociedade a fim de fazer impear a força do direito sobre seus membros, impondo a eles obediência a seus preceitos e, em consequência, o equilíbrio social. Quando as normas abstratas de conduta são violadas, é necessário, para o restabelecimento de seus preceitos, que o Estado lance mão de um meio para restaurar a ordem jurídica.

Surge, assim, a função estatal jurisdicional, que consiste na aplicação da lei abstrata aos casos concretos (*jus dicere*). O Estado, por intermédio do Poder Judiciário e por meio do processo, investiga qual dos litigantes está com a razão, para, então, ditar sua decisão com força obrigatória e solucionar o conflito.

A função jurisdicional tem nos seus órgãos *a longa manus* da função legislativa, uma vez que, com o exercício daquela, a vontade do Estado impressa nos preceitos legais transfunde-se em decisão com caráter imperativo e inderrogável.

Não se deve confundir, porém, a função jurisdicional com as funções judiciárias. Todos os atos ou atividades que provêm de órgãos do Poder Judiciário são judiciais ou judiciários; todavia, nem todos têm o caráter de ato jurisdicional. Há, assim, função judiciária em sentido lato, que se divide em função jurisdicional e função judiciária em sentido estrito.

Os atos de caráter jurisdicional são aqueles em que se consubstanciam a função específica do Poder Judiciário: aplicação do direito objetivo em conexão a uma pretensão. Já os de caráter judiciário em sentido estrito são aqueles resultantes de interferência funcional, ou seja, a realização de funções não privativas do Poder Judiciário. Como exemplos práticos de atos judiciários em sentido estrito citamos os seguintes artigos da Constituição Federal: 93, *caput*, que concede ao Supremo Tribunal Federal iniciativa para criação de lei complementar dispendo sobre o Estatuto da Magistratura, e; 96, I, f, que dá competência privativa aos Tribunais para concessão de férias, licença e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

Por fim, a função administrativa consiste na prática de atos de chefia, de governo e de administração do Estado. Cabe ao Executivo governar, e governar, atualmente, não é só administrar, mas sim, enfrentar problemas políticos e sociais.

## 2. Conceito

A palavra “jurisdição”, etimologicamente, vem de *jurisdictio*, formada de *jus*, *juris* (direito) e de *dictio*, *dictionis* (ação de dizer, expressão), por isso, traduz-se em *ação de dizer o Direito*.

---

<sup>3</sup> MANZINI *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

Dois principais doutrinadores - Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti - conceituam jurisdição sob ângulo diverso.

Giuseppe Chiovenda<sup>4</sup> define jurisdição como sendo “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar da existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” Em outras palavras, entende o doutrinador que a jurisdição é a função estatal que declara direitos preexistentes, ou seja, é a atuação prática dos comandos legais.

Já Francesco Carnelutti<sup>5</sup> defende ser a jurisdição a função que busca a “justa composição da lide”. Carnelutti constrói todo o seu conceito em torno da lide, que o mesmo define como sendo o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, sendo a pretensão a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio.

Os conceitos de Chiovenda e Carnelutti são considerados por alguns como antagônicos e, por outros, como complementares. Estes últimos, dentre os quais destacamos Vicente Greco Filho<sup>6</sup>, definem a jurisdição como sendo a atuação da vontade concreta da lei, pelos órgãos estatais competentes, com o fim de obter a justa composição da lide. Aqueles, considerados a maioria, entendem tais conceitos como conflitantes, criando, assim, duas possíveis naturezas jurídicas do instituto, que serão analisadas no próximo tópico.

Entre outros conceitos importantes, está o de João Mendes de Almeida Junior<sup>7</sup>, segundo o qual “Jurisdição é o poder de dizer o direito aplicável aos factos, considerado esse poder em sua origem, na natureza da sanção da lei aplicável, e em sua extensão”.

Destaca-se, também, a definição de Guilherme de Souza Nucci<sup>8</sup>, segundo o qual a jurisdição é “o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos.”

Cabe lembrar, porém, que, além da acepção estrita de jurisdição (poder das autoridades judiciárias, investidas desse poder por ato legítimo, para aplicar a lei ao caso concreto), a expressão pode ser tomada em sentido amplo. Conforme ensinamentos de Vicente de Azevedo<sup>9</sup>, a jurisdição consiste no “poder de conhecer

---

<sup>4</sup> CHIOVENDA *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 60.

<sup>5</sup> CARNELUTTI *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 60.

<sup>6</sup> Para ele, “a jurisdição é poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide.” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 137.)

<sup>7</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, 2V, p. 132.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Vicente de *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 1ª edição. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 58.

e de decidir com autoridade, dos negócios e contendas que surgem dentro dos diversos círculos de relações da vida social.” Fala-se, nesse sentido, em jurisdição policial, administrativa, militar, etc.

### 3. Natureza Jurídica

As teorias que explicam a natureza jurídica da jurisdição baseiam-se nas conceituações do instituto dadas por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Segundo os defensores da teoria dualista, dentre eles Giuseppe Chiovenda, o Estado quando exerce a função jurisdicional não cria direitos subjetivos, uma vez que esta função limita-se a declarar direitos preexistentes. Assim, conforme os ensinamentos desta teoria, a jurisdição apenas declara a vontade da norma, subsumindo-a ao caso concreto.

Já para a teoria unitária do ordenamento jurídico, dentre os adeptos destacamos Francesco Carnelutti e Hans Kelsen<sup>10</sup>, as leis materiais (como, por exemplo, o Código Penal) não são capazes de por si só gerarem direitos subjetivos; criam, apenas, expectativas de direitos. Cabe ao Estado-juiz, por meio do exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente. A sentença, assim, tem a função de criar direitos substanciais, uma vez que a lide decorre da incerteza da existência de um direito subjetivo anterior à sentença. Logo, para esta teoria, a natureza jurídica da jurisdição é a criação do direito substancial com a conseqüente composição do litígio.

Parece-nos, porém, longe de solucionar a problemática que gira em torno da natureza jurídica da jurisdição, que a teoria carneluttiana, ao afirmar que a jurisdição é uma função de composição de lide, está equivocada.

Primeiro porque o Estado no exercício da função jurisdicional não extingue a lide, pois sendo esta fenômeno sociológico não desaparece necessariamente; apenas se torna juridicamente irrelevante com a prestação jurisdicional.

Segundo porque a lide é elemento acidental e não essencial ao exercício da jurisdição, ou seja, pode haver exercício da jurisdição mesmo que não haja nenhuma lide a ser composta. Como exemplo de jurisdição sem lide, citamos o processo penal em que o Ministério Público pede a absolvição do réu. Logo, seguindo os ensinamentos de Hélio Tornaghi<sup>11</sup>, pode haver processo sem lide, o que não pode haver é processo sem pretensão, sem solicitação ou sem reivindicação.

Terceiro porque, em âmbito penal, acreditamos, assim como Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>12</sup>, na inexistência da lide, uma vez que a preten-

---

<sup>10</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V, p. 62.

<sup>11</sup> TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89.

<sup>12</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42-45.

são estatal não consiste apenas na busca da pena, mas sim na busca da justiça penal, que tanto pode ser a absolvição como a condenação do acusado. Ademais, o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, ratifica o acima prescrito, pois diferencia “litigantes”, como partes nos processos judicial e administrativo, e “acusados”, como partes no processo penal.

#### 4. Características

Não mais existe a jurisdição privada, tanto que o art. 345 do Código Penal<sup>13</sup> define como crime o exercício arbitrário das próprias razões, impedindo as pessoas envolvidas no litígio de fazer justiça com as próprias mãos, evitando os efeitos nefastos da autotutela. A jurisdição é uma **atividade pública**, uma das faces do poder estatal<sup>14</sup>, sendo monopólio do Poder Judiciário, excetuando-se os casos de atribuições anômalas de jurisdição conferidas a órgãos não-judiciários<sup>15</sup>.

Outra característica fundamental da atividade jurisdicional é a **substituição** ou **substitutividade**, que consiste na troca das partes envolvidas no litígio pelo órgão jurisdicional. Assim, o Estado-juiz substitui a atividade do particular pela sua própria, sendo distintos o órgão que dirime o litígio e as pessoas ou órgãos titulares do direito subjetivo. Ressalta-se, porém, que muitos conflitos não chegam às autoridades judiciárias em razão da resolução, por meio de critérios de razoabilidade, pelas partes.

É característica, também, da jurisdição a possibilidade de **imutabilidade** que pode adquirir o ato jurisdicional básico, que é a sentença, por meio da coisa julgada. Ao se encerrar o processo e diante da verificação da não interposição de recurso, a manifestação do juiz torna-se imutável, não sendo admitida sua revisão por outro poder, ao contrário do que ocorre com as decisões administrativas<sup>16</sup>.

Ademais, para que a jurisdição realize seu objetivo (aplicação do direito ao caso concreto) em consonância com o Estado Democrático de Direito, deve revestir-se de características formais, como: um **órgão adequado** (o juiz), distinto dos órgãos que exercem as demais funções estatais, e colocado em posição de independência e imparcialidade; um **contraditório regular**, que permita às partes se defenderem de forma igualitária, a fim de que a autoridade judiciária decida conforme o direito, e; um **procedimento preestabelecido**, com formas predeterminadas.

---

<sup>13</sup> Art. 345 do CP: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.”

<sup>14</sup> A jurisdição não pode ser vista como um poder estatal, mas sim como uma das faces deste, uma vez que o poder do Estado é uno.

<sup>15</sup> Como exemplo de atribuição anômala de jurisdição citamos a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade (no caso dos Ministros de Estado e dos Comandantes, quando se tratar de crime conexo aos do Presidente da República ou do Vice-Presidente), conforme enunciado no art. 52, I e II, da CF/88.

<sup>16</sup> As decisões administrativas são sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário quanto à sua legalidade.

## 5. Espécies

A jurisdição, como manifestação da soberania do Estado, é una e indivisível. Entretanto, para fins didáticos, realiza-se a separação da jurisdição em espécies.

Quanto à natureza da pretensão de direito material, a jurisdição divide-se em **penal, civil, eleitoral, militar e trabalhista**. Quanto às espécies de justiças fixadas na Constituição Federal, há a jurisdição exercida pelas **justiças especiais** e pelas **justiças comuns**. Quanto ao seu grau ou categoria, a jurisdição pode ser **inferior** ou **superior**. Por fim, quanto ao órgão que exerce a atividade jurisdicional, a jurisdição pode ser **ordinária** ou **extraordinária**, conforme seja o órgão pertencente ou não ao Poder Judiciário.

Segundo observa Antonio Scarance Fernandes<sup>17</sup>, interessa ao processo penal “a jurisdição penal ordinária exercida por órgãos inferiores e superiores de justiças especiais e comuns. Importa, ainda, a jurisdição penal extraordinária.”

Existe jurisdição penal ordinária quando a vontade da lei penal, por meio de órgãos do Poder Judiciário<sup>18</sup>, é atuada no julgamento de acusados por práticas de infrações penais e na efetivação do comando emergente das sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias<sup>19</sup>. São as Justiças Federal e Estadual que exercem a jurisdição comum no âmbito penal. A jurisdição especial na área penal é realizada pelas Justiças Eleitoral e Militar, sendo esta concretizada tanto na Federal como na Estadual.

## 6. Elementos

A jurisdição compõe-se de elementos, que, segundo Paulo Lúcio Nogueira<sup>20</sup>, são “atos processuais que devem ser praticados para que se chegue à decisão ou sentença”. Logo, como bem observa José Frederico Marques<sup>21</sup>, “O poder jurisdicional não compreende apenas a decisão em que é declarada a vontade legal. (...), jurisdicionais são, outrossim, os demais atos que no processo foram praticados em preparação ao decisório.”

São cinco os elementos da jurisdição: **notio, vocatio, coertio, iudicium e executio**.

A **notio** ou **cognitio** (conhecimento) é o poder do juiz de conhecer uma

---

<sup>17</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

<sup>18</sup> Observa-se que tais órgãos podem ser de jurisdição inferior ou superior. A jurisdição penal inferior é realizada tanto por órgãos monocráticos (juízes), como por colegiados (tribunais de júri, auditorias). Já a jurisdição superior é exercida por tribunais superiores colegiados.

<sup>19</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

<sup>20</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 124.

<sup>21</sup> MARQUES, José Frederico Marques. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 24.

causa. Esse elemento pressupõe uma provocação externa, pois, sem um pedido de prestação jurisdicional, não podem os juízes e os tribunais tomar conhecimento de qualquer questão ou causa.

A **vocatio** (chamamento) consiste no poder de fazer comparecer em juízo toda pessoa cuja presença se mostrar necessária ao esclarecimento do caso em exame e regular o andamento do processo.

A **coertio** (coerção) é o poder do juiz de aplicar medidas de coação processual, cautelares ou não, para que haja respeito à função jurisdicional e, conseqüentemente, garantia da aplicação da lei. Como exemplos, citamos: condução coercitiva de testemunhas, decretação de prisão preventiva, seqüestro dos bens adquiridos com o proveito do crime, etc.

O **judicium** (julgamento) é o poder do juiz para julgar e pronunciar o direito ao caso concreto. É, no entendimento de José Frederico Marques<sup>22</sup>, “a síntese final da jurisdição.” A obrigação de julgar é inerente à função judiciária, portanto, não pode o juiz deixar de decidir por obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, nem pelo fato de não ter formado plena convicção ao examinar as provas dos autos.

A **executio** (execução) consiste no cumprimento da sentença, ou seja, na execução da pena em concreto, que, no direito penal, é automática.

## **7. Princípios**

Os princípios são o núcleo de um sistema, a base do mesmo, a composição do seu espírito e o critério para a sua exata compreensão. Atua o poder jurisdicional dentro de certos princípios que asseguram a regularidade processual, e, principalmente, amoldam a ampla defesa.

Ao elencar os princípios relativos à jurisdição, os autores utilizam-se de diversas classificações, que, em um primeiro momento, parecem divergentes, mas que logo percebemos serem, apenas, de caráter nominativo.

A função jurisdicional atua segundo alguns princípios primordiais, que são:

### **7.1. Princípio da Investidura**

Preceitua esse princípio que uma pessoa somente pode exercer a função jurisdicional se estiver regularmente investida no cargo, ou seja, se estiver investida na autoridade de juiz.

A jurisdição é monopólio estatal. O Estado a exerce por meio de pessoas físicas, que são os seus agentes: juízes. Dessa forma, a Constituição Federal e a legislação ordinária relacionam taxativamente os órgãos e agentes que os representam.

---

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico Marques. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 25.

A nossa Constituição Federal escolheu como forma de investidura inicial no cargo de magistrado, de acordo com o art.93, I, o concurso público de provas e títulos.

É importante frisar que esse princípio concede ao magistrado a plena liberdade e autonomia necessária para a decisão final, uma vez que sua única vinculação é com o Poder Judiciário. Daí as garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da vitaliciedade que goza o magistrado.

O princípio da investidura é o corolário do julgamento imparcial e independente, pois como bem explana Alexandre de Moraes<sup>23</sup>, “Na proteção destas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental.”

Qualquer ato ou decisão proferidos por quem não esteja investido regularmente no cargo, são nulos de pleno direito, podendo configurar o crime de usurpação de função pública, previsto no art. 328 do Código Penal.

Ressalta-se, por fim, que no âmbito da Reforma do Poder Judiciário e na análise da PEC nº 29/2000, entendeu a Comissão de Constituição e Justiça - CCJ ser necessária alteração na composição do Supremo Tribunal Federal - STF, como manutenção das garantias da imparcialidade e independência decorrentes da investidura. Inclui a referida Comissão, na redação do art. 101 da Constituição Federal de 1988, como requisito necessário ao candidato, o não exercício, nos três anos anteriores à data de escolha, de mandato eletivo de Presidente ou Vice-Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Governador ou Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal, ou ocupação de cargo de Ministro de Estado, de Procurador-Geral da República, de Advogado-Geral da União ou de Presidente dos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, nem dos respectivos cônjuges, parentes consangüíneos ou afins até segundo grau.

## **7.2. Princípio da Indeclinabilidade ou Inafastabilidade ou do Controle Jurisdicional**

Esse princípio é basilar para a existência do Estado Democrático de Direito, pois na pretensão da manutenção de um Estado autoritário, esta é a primeira garantia a ser retirada do cidadão, criando a lei ordinária situações em que o Poder Judiciário não poderá ser invocado para a solução da questão posta.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, é claro ao prescrever o brocardo que resume o princípio:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

---

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p.431.

direito.”

A primeira garantia revelada nesse princípio é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois a atual ordem constitucional sequer admite o contencioso administrativo, antes admitido em nossa ordem constitucional pela Emenda nº 7/77 à Constituição de 1967, mas que nunca foi implantado em nosso país. O mais próximo que se chegou ao contencioso administrativo foi a instância administrativa de curso forçado, por meio da qual se exigia do interessado, antes de invocar o Poder Judiciário, que, primeiramente, percorresse a instância administrativa; porém esta não obteve regulamentação.

A segunda garantia expressa no princípio em estudo é a de que sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pode-se invocar o Poder Judiciário, desde que preenchidos os requisitos processuais legais.

Evidente, também, que o juiz não pode declinar de sua função. Assim, deve apreciar o que lhe é pedido, senão estará declinando do seu dever de prestação jurisdicional. Nem mesmo quando houver obscuridade ou lacuna da lei pode o juiz abster-se de julgar (art. 126 do Código de Processo Civil)<sup>24</sup>. Se tais garantias não existissem (não poder o juiz negar a prestação jurisdicional ou, se pudesse, excluir a garantia do processo), caberia somente à atividade privada a satisfação de pretensões, ou seja, a autotutela, comportamento considerado no ordenamento jurídico brasileiro ilícito, em razão do tipo descrito no art. 345 do Código Penal.

A aprovação da súmula vinculante presente na PEC nº 29/2000, que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, violará o princípio da indeclinabilidade. A suposta celeridade na prestação jurisdicional com a adoção da súmula vinculante decorrerá da inibição do controle jurisdicional, uma vez que as questões jurídicas serão solucionadas por meio de um entendimento pré-determinado. Excluir-se-á da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pois a parte que tiver direito subjetivo lesionado, com a súmula vinculante, não terá interesse de agir, uma das condições essenciais da ação. Nota-se, assim, que a mencionada súmula violará direito e garantia individual prescrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea e, portanto, não pode ser abolido nem mesmo por meio de emenda (art. 60, § 4º, IV, da Constituição).

### **7.3. Princípio da Indelegabilidade**

Por interpretação sistemática dos princípios constitucionais, decorre a vedação de quaisquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição Federal é que fixa o conteúdo das atribuições de cada Poder, e dentre eles as do Poder Judiciário, não

---

<sup>24</sup> Art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

cabendo à lei, nem aos membros destes alterar a distribuição elaborada em plano positivo superior.

A jurisdição é indelegável, pois representa o exercício de uma função pública conferida pela soberania nacional. Cada magistrado, no exercício da mesma, não o faz em nome próprio e sim como agente do Estado, que o investiu, mediante critério de escolha, na função jurisdicional, agindo aquele em nome deste, de forma imparcial e independente. Nem mesmo os magistrados, por deliberação própria, podem delegar esta função.

Afirma João Mendes de Almeida Junior, citado por José Frederico Marques<sup>25</sup>, que “não pode o juiz delegar a sua jurisdição, devendo exercê-la pessoalmente, por isso que a jurisdição, já por si, sendo uma delegação da nação, não pode ser subdelegada”.

Portanto, a função jurisdicional somente pode ser exercida, segundo regra constitucional, pelos órgãos do Poder Judiciário e por meio de seus membros legalmente investidos. Somente a própria Constituição Federal pode excepcionar tal princípio, e ela o faz no art. 52, I e II, que preceitua:

“Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

I – Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, praticados no exercício da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais. É um crime político, pois tem como especial pena a desinvestidura dos cargos, acompanhada ou não da proibição de vir a assumir novas funções públicas no futuro.

O papel do Senado, nestes casos, é eminentemente jurisdicional, comprovados os fatos e estando os mesmos colmatados com os descritos pela Constituição e pelas leis, a condenação deverá ocorrer. Salienta-se que mesmo que o acusado tenha sido sancionado pelo Senado, com a destituição do cargo, pode, ainda, vir a ser acusado em processo criminal.

Parte da doutrina entende que o instituto da carta de ordem e da precatória tem a natureza jurídica de ato de delegação. Em relação ao instituto da carta de ordem, tal assertiva parece-nos correta, pois, por exemplo, se o Tribunal de Justiça exerce seu poder jurisdicional em todo o Estado, tanto pode o Relator do processo ouvir a testemunha, ou determinar ao juiz da comarca da testemunha que a ouça.

---

<sup>25</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V, p. 177.

Este é caso de delegação interna permitida. Porém, em relação ao instituto da carta precatória, não nos parece correto afirmar ser o mesmo ato de delegação, pois o que há nesses casos é nítida confusão entre os institutos da jurisdição e da competência; jurisdição todo o juiz investido regularmente no cargo possui, entretanto, apesar de possuir jurisdição, pode não ter competência para a prática do ato. Não é ato delegatório, pois não se pode delegar algo que não se possui, o juiz depreca de uma comarca a outra, para, por exemplo, ser ouvida uma testemunha, porque não tem competência para praticar o ato.

Vicente Greco Filho<sup>26</sup>, contudo, entende que os dois institutos não são casos de delegação, pois nas duas hipóteses a autoridade que depreca ou envia a carta de ordem não cria a competência do que executa, porque este já tem em sua competência genérica o poder de cumprir cartas precatórias ou de ordem.

Por derradeiro, podemos entender, ainda, que o princípio da indelegabilidade está compreendido no princípio do juiz natural, pois se a lei não pode criar juízes pós-fato ou “encomendados”, com maior razão o juiz não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois estaria, indiretamente, violando o princípio do juiz natural.

#### **7.4. Princípio da Improrrogabilidade**

Enuncia esse princípio que não é lícito, mesmo diante de acordo dos interessados, submeter a apreciação de uma causa à uma autoridade que não tenha, para aquela, jurisdição e competência próprias, já que é afastado em âmbito processual penal o juízo arbitral.

Assim, a jurisdição não se prorroga, só podendo o juiz exercer a sua função dentro dos limites ditados pela lei.

O nosso Código de Processo Penal, todavia, prevê exceções a essa improrrogabilidade, como nos casos de conexão ou de continência (arts.78 e 79). Isto ocorre como forma de se manter a unidade de julgamento e a reconstrução crítica unitária das provas, através de um quadro probatório mais amplo e completo, evitando-se a discrepância e as contradições entre os julgados.

No procedimento dos crimes da competência do Júri encontramos, também, uma exceção ao princípio da improrrogabilidade, inserida no art. 424 do Código de Processo Penal, que preceitua o desaforamento. Por meio desse instituto, desloca-se o julgamento do réu para fora do distrito da culpa no caso de o interesse da ordem pública o reclamar, ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu.

---

<sup>26</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 138.

### 7.5. Princípio da Iniciativa das Partes

Decorre esse princípio do sistema processual que adotamos: o sistema acusatório, que se fundamenta na acusação oficial, permitindo, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete<sup>27</sup>, citando Fernando da Costa Tourinho Filho, as características do sistema acusatório são: “a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex-officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.”

A regra do *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, de que o juiz não pode agir de ofício, proclama que a acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, I, da CF/88), enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido (art. 100, § 2º, do CP), como regra de exceção. Dessa forma, a relação processual se inicia com a provocação do órgão acusador ou do ofendido, não havendo jurisdição sem ação.

Então, a regra prevista nos arts. 26 e 531 do Código de Processo Penal, anterior ao estabelecido no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, que conferia ao Juiz ou ao Delegado de Polícia poderes para praticarem o ato inicial nos processos contravencionais está revogada.

O art. 28 do Código de Processo Penal constitui grande expressão do princípio da iniciativa das partes, uma vez que obriga o juiz a atender a manifestação do Procurador-Geral do Ministério Público entendendo cabível o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, mesmo diante da sua discordância.

Ademais, em decorrência do princípio em estudo, o juiz está proibido de julgar além do pedido ou fora dele - *ne procedat iudex ultra petitum et extra petitum* -, já que a determinação da amplitude e do conteúdo da prestação jurisdicional é atribuição do acusador ou ofendido, que deduz a pretensão punitiva.

Esta proibição está consagrada no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determina a obrigação do juiz de noticiar a possibilidade de alteração *in pejus* do pedido constante da denúncia ou queixa à acusação. Sem o regular aditamento da peça acusatória, com a qual se instaura a ação penal, não

---

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1995, p.41.

pode ser ampliada a pretensão punitiva pelo órgão julgador. Porém, tal obrigação apenas alcança a esfera dos fatos em que se funda a acusação; a qualificação, que é a exata definição jurídica, cabe ao juiz. Esta assertiva é decorrente do exposto no art. 383 do Código de Processo Penal, que enuncia:

“Art. 383 – O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Logo, podemos afirmar que o princípio da iniciativa das partes é garantia advinda da imparcialidade, de forma que o juiz atue equidistante a atividade condizente às partes.

### **7.6. Princípio do Juiz Natural**

Em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural está insculpido como garantia individual no art. 5º, XXXVI<sup>28</sup> e LIII<sup>29</sup>, da Constituição Federal de 1988, que consagra a proibição dos Tribunais de exceção e a garantia do processo e julgamento por juiz competente, segundo regras anteriores ao fato.

Antonio Scarance Fernandes<sup>30</sup> entende que, apesar de expressa em duas cláusulas, na verdade a garantia desdobra-se em três regras de proteção: “1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

A garantia de julgamento por autoridade competente consagra a regra de que todos têm direito de serem julgados por um juiz constitucional. Somente é considerado juiz natural o órgão cujo poder jurisdicional provenha de fontes constitucionais. Assim, é que para alguns autores, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>31</sup>, não há como ser aplicada a regra do art. 567 do Código de Processo Penal<sup>32</sup> nos casos de incompetência constitucional, pois não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios praticados por juiz não-constitucional.

Salienta-se que a proibição relativa aos Tribunais de exceção não significa impedimento à criação de vara ou justiça especializada, pois nesses casos não há criação de órgãos para julgar excepcionalmente, e sim, uma divisão de trabalho

---

<sup>28</sup> Art. 5º, XXXVI, da CF/88 – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

<sup>29</sup> Art. 5º, LIII, da CF/88 – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

<sup>30</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

<sup>31</sup> GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

<sup>32</sup> Art. 567 do CPP – “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.”

orgânica para um melhor funcionamento da justiça. Com a proibição dos Tribunais de exceção há a vedação da criação do foro privilegiado, pois estes são considerados juízos discriminatórios. Não se incluem nesta hipótese os foros por prerrogativa de função, que levam em conta a função exercida e não condições personalíssimas, como religião, riqueza, raça, etc.

### **Conclusão**

A jurisdição penal é exercida pelos juízes criminais, que julgam e aplicam as normas penais. Porém, o órgão público que encarna a pretensão estatal de punir é o Ministério Público.

O objeto da jurisdição penal, segundo José Frederico Marques<sup>33</sup>, são as causas penais, isto é, situações concretas reguladas pelo Direito Penal.

Em regra, o objeto da função jurisdicional é a *persecutio criminis* de que a ação penal é um dos momentos.

O Estado, diante da ocorrência de um ilícito penal, desenvolve sua atividade persecutória, de natureza administrativa, manifestando, por meio dela, ao Poder Judiciário sua exigência punitiva concretizada na ação penal.

Como bem ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida<sup>34</sup> a jurisdição é a atividade dos juízes e a ação é atividade das partes. Ambas cooperam na realização de seu fim comum, que, no processo penal, é de uma parte o direito de punir em concreto, com a aplicação da pena ou da medida de segurança, e, de outra parte, a observância, no caso concreto, dos direitos individuais protegidos pelas leis.

O objeto de apreciação da jurisdição penal, no entanto, não se reduz a *persecutio criminis*; o direito de liberdade é, também, seu objeto, visando a impedir ou fazendo cessar a *persecutio*. É, por exemplo, o que ocorre com a revisão criminal e com o *habeas corpus* para trancamento de ação penal.

Assim, na manutenção do direito de liberdade individual de cada cidadão e, também, na manutenção da paz e justiça social, é que a jurisdição penal deve atender aos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito.

### **Bibliografia**

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

---

<sup>33</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V, p. 183.

<sup>34</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 18.

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, 2V.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro*. 1ª edição. Goiânia: Sem Casa Publicadora, 1967. 1V.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 1V.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 2V.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 1V.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo, 1992. 2V. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1V.
- MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 1ª edição. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1964.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2ª edição. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917.

TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

## **O PARADIGMA DOS DIREITOS HUMANOS MOBILIZA O SENTIMENTO DE VERGONHA MORAL**

*João Carlos José Martinelli\**

### ***I - Declaração dos Direitos Humanos, um documento contra o totalitarismo***

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma resposta da humanidade à traumática experiência dos totalitarismos que macularam a primeira metade do século passado. Depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo com a constatação dos crimes nazistas, passou a ganhar força entre grandes lideranças da comunidade internacional a idéia de que o respeito à dignidade humana deveria estar acima da simples soberania dos Estados. Assim, com a finalidade de garantir os direitos de cada pessoa e preservar a paz entre os povos, os principais países da Terra, que fazem parte da ONU - Organização das Nações Unidas, aprovaram o diploma no dia 10 de dezembro de 1948, com o objetivo de servir como base às leis de cada nação, estando o Brasil entre os signatários. Ele é constituído de trinta artigos que garantem a todos os indivíduos, independentemente de raça, credo e cor, as suas liberdades fundamentais.

Aprovada como simples declaração e não como resolução, passou a ser considerada verdadeiro código de princípios de observância compulsória, tendo se transformado em princípio geral de direito internacional com caráter "jus cogens", cuja violação comporta condenação internacional, com aplicação de sanções. Tanto que, para o jurista Hélio Bicudo<sup>1</sup>, "hoje, a pessoa é o verdadeiro sujeito do direito internacional dos direitos humanos; por conseguinte, a sua proteção deve ir além das fronteiras do Estado".

Originalmente, a concepção de documentos que asseguram aos homens determinados direitos teve origem com a Magna Carta, na Inglaterra, em 1215, através da qual se buscavam algumas garantias contra o poder real. A Independência Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789, disseminaram por todo o Ocidente noções importantes sobre a proteção dos indivíduos diante da ameaça dos Estados absolutistas. De lá para cá, muitos outros tratados foram editados, cada qual abordando novos aspectos da questão.

A extensão dos Direitos Humanos nem sempre é entendida, pois, equivocadamente, muitos leigos acreditam que eles só valem para infratores ou delinqüen-

---

\*JOÃO CARLOS JOSÉ MARTINELLI é advogado, jornalista, professor da FADIPA, Mestrando em Direito e presidente da Academia Jundiense de Letras Jurídicas

<sup>1</sup> "Folha de São Paulo"- 04.01.99- A.3.

tes. No entanto, compreendem os direitos individuais fundamentais (relativos à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à vida); os direitos sociais (relativos à educação, ao trabalho, ao lazer, à seguridade social, entre outros); os direitos econômicos (relativos ao pleno emprego, ao meio ambiente e ao consumidor); e os direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular). Em verdade, a conquista dos mesmos repousa na possibilidade de fazê-los deixar a abstração para aterrissarem no mundo real, porquanto infrações e eventuais constrangimentos (racismo, pobreza, trabalho infantil etc.) são intrínsecos à realidade. Entretanto, reconhecer anseios na lei sem efetivá-los na prática, no momento de sua violação, é passar do arbítrio à impostura, o que não representa progresso algum.

Cite-se, a título ilustrativo, Augusto César Ramos, acadêmico de direito e assessor jurídico do Diretório Central de Estudantes (DCE) da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul)<sup>2</sup>: “Enfim, é nesse contexto que se suscita a força de uma sociedade a fim de que se faça valer o consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e, também, na Constituição Federal Brasileira, quando no art. 1., incisos II e III, eleva à categoria de fundamentos do Estado o direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Do contrário, a tentação da onipotência do homem sobre a natureza das coisas implicará numa ditadura das mais fortes, com desprezo por todos esses princípios morais e jurídicos que visam a corrigir os desmandos da primazia da força e da riqueza, sobre os direitos de todos”

## **II- Conceito**

De acordo com o professor Dalmo de Abreu Dallari, “direitos humanos” é “uma expressão sintética que significa os direitos fundamentais como: a vida, a liberdade, alimentação, habitação, saúde, vida em família etc. Cada uma dessas necessidades corresponde a um direito. Isso é o que contém, na essência, a expressão “direitos humanos”. Em suma, é o reconhecimento das necessidades fundamentais do indivíduo que devem ser protegidas como direitos inalienáveis, que não são recebidos da sociedade ou do governo, mas que são inerentes à própria condição humana”.<sup>3</sup>

Oscar Vilhena Vieira, Professor de Direito da PUC-SP e Procurador do Estado<sup>4</sup>, de modo brilhante, assim se expressou sobre a importância do respeito aos Direitos Humanos em todas as dimensões sociais: **“Se pretendemos ser civilizados, é preciso levar os direitos humanos a sério. Submeter os demais ideais de crescimento econômico, modernização e segurança aos seus prin-**

---

<sup>2</sup> Na Capital - A Notícia. Santa Catarina, 24 jan. 2000. p. 2.

<sup>3</sup> Família Cristã, dez. 1988. p. 23.

<sup>4</sup> O Estado de São Paulo. São Paulo, 10 dez. 1996. p. A2.

**cípios. Reconhecer em cada pessoa, independente de sua raça, sexo ou origem, um ser moral, garantindo a liberdade e provendo as necessidades básicas de cada um. A paz social não é uma dádiva, é uma construção. A opção dos direitos humanos é a da civilização. Sua negação, o atraso, a barbárie. A cada um de nós cabe a escolha”** (os grifos são nossos).

Desta forma, busca-se estabelecer para os povos e os seres em geral, sem exceções, um ideal comum de respeito à figura humana. E após quase cinquenta e seis anos da Declaração Universal, a tortura, a miséria, o assassinato e a exploração de crianças, a discriminação de minorias, continuam desprezando o rol básico de direitos, civis, políticos, sociais e econômicos por ela expressos. Mas o fato de ela ter sido sistematicamente desrespeitada nesses últimos tempos não representa um fracasso. A sua aceitação, mesmo que de forma hipócrita pela imensa maioria dos Estados, transformou seu conteúdo num paradigma ético pelo qual se pode medir a justiça e a legitimidade de governos e da estrutura política e econômica internacional. O PARADIGMA DOS DIREITOS HUMANOS, PORTANTO, MOBILIZA O SENTIMENTO DE VERGONHA MORAL.

### **III- Três gerações de direito**

Segundo concepção doutrinária moderna, os direitos humanos se dividem em três gerações. Neste aspecto, transcrevemos trecho de trabalho de autoria de Evelin Naked de Castro Sá<sup>5</sup>, professora associada da Faculdade de Saúde Pública da USP e integrante da Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, que delineou cada uma delas: “A primeira, a geração dos direitos civis e políticos, correspondentes às liberdades de manifestação de pensamento, de crença e religião, de reunião, de locomoção e de associação. A segunda: dos direitos econômicos e sociais, que se distinguem das liberdades individuais e consistem em direitos trabalhistas, de um lado, e em direitos independentes de relação de emprego, do outro – por exemplo, a saúde, a moradia, a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social. A terceira está assentada nos princípios da solidariedade entre os povos e na autodeterminação destes e fundada na concepção da vida humana mediana pela comunidade universal. É a geração dos chamados direitos dos povos, que compreendem exigências coletivas e universais e correspondem aos direitos básicos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz e à participação no patrimônio comum da humanidade, compostos pelos recursos naturais do planeta e pelo acervo de conhecimentos científicos, artísticos e tecnológicos”.

Estas categorias não se incompatibilizam entre si, não se excluem e são interdependentes. Aceitas pela quase totalidade dos povos, contraditoriamente também são por eles violadas. Mais de cinquenta anos após a adoção da Declaração,

---

<sup>5</sup> Família Cristã, ago. 1990. p. 57-58.

entre outros atos e fatos, a tortura, a miséria, o assassinato, a exploração de crianças, as chacinhas, a discriminação de minorias, a violência provocada ou permitida pelo sistema, a exclusão jurídica e política, os preconceitos contra mulheres e racial, a perversa alocação de riquezas dentro e fora dos Estados, que relega as pessoas a uma condição subumana, continuam desprezando o rol básico dos direitos civis, políticos, sociais e econômicos expressos na convenção.

Como se constata, até hoje infelizmente, aumentam em todas as partes a miséria, a opressão, a injustiça, os sofrimentos, as guerras, o terrorismo e outras formas de violência, revelando que o mundo não melhorou após a promulgação da Declaração Universal. Sem negar as conquistas já efetivadas dos direitos individuais e naturais – sobretudo da liberdade, da autonomia do sujeito diante do Estado há necessidade urgente de enveredarmos pela defesa dos direitos sociais: direito ao trabalho, à sua livre escolha, à segurança e às condições humanas de vida.

Afloram as contradições e disparidades; a concentração de riqueza, poder e conhecimento é tamanha que, parece-nos, muitas pessoas desconhecem o compromisso fundamental com a manutenção e promoção da integridade humana pela ONU. Em julho de 1998, o Brasil foi indicado em relatório do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas como um dos países que mais apresentam casos de tortura, prisões arbitrárias e ilegais, ameaças de morte, atos de violência em geral.

A terrível descoberta de nossa consciência atual é a da existência de uma dupla ordem: a legal, escrita na Constituição Federal, que contempla uma igualdade de direitos para todos; e a real, que discrimina em graus sempre maiores as classes mais pobres, desprovidas de recursos. Elas estão condenadas a um círculo vicioso: porque são pobres, vêem pouco seus direitos respeitados; e por não poderem fazer valer seus direitos tornam-se cada vez mais pobres, marginalizadas, segregadas.

Tal desrespeito, no entanto, não significa que a Declaração tenha fracassado. Com muita propriedade, Oscar Vilhena Vieira, sobre tal aspecto, posicionou-se da seguinte maneira: "... A sua aceitação, mesmo que de forma hipócrita, pela imensa maioria do Estados, transformou o conteúdo da Declaração Universal num paradigma ético pelo qual se pode medir a Justiça e a legitimidade de governos e da estrutura política e econômica internacional. É com base nos direitos humanos que se pode dizer que o que ocorria na África do Sul era inadmissível. É com base na Declaração Universal que se pode afirmar que a distribuição de riquezas entre o norte e o sul é intolerável. É também com base neste catálogo de direitos que se devem repelir os massacres e extermínios no Brasil. O paradigma dos direitos humanos mobiliza o sentimento de vergonha moral. Entidades como Anistia Internacional, Human Rights Watch, comissão Teotônio Vilela, Comissões de Justiça e Paz, que lutam pelos direitos humanos, têm sido responsáveis senão pela eliminação das violações dos direitos humanos, pelo menos por um processo de civilização dos governos." <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> op. cit.

#### **IV- Conclusões**

Os direitos humanos, cujo núcleo essencial é a vida e a dignidade da pessoa, nascem com a própria humanidade, encontram-se presentes na história do ser humano e sofrem evolução de acordo com cada época. O desafio atual é estabelecer os limites mínimos à lógica do mercado e da globalização. Apesar de seus efeitos teóricos, exaltados por muitos economistas, constata-se que mais da metade dos habitantes do planeta está privada das prerrogativas básicas da sobrevivência e encontra-se automaticamente distanciada dos benefícios e confortos vividos pelo restante da população mundial. Ainda assim, no plano jurídico, constituem-se num importante critério a orientar e fundamentar as lutas em favor da revitalização da dignidade humana e das diferentes formas de liberdade. Ressalte-se, também, que a concepção de que o livre mercado é a melhor forma de geração de riquezas não significa que a distribuição dela resultante deva ser aceita incondicionalmente. A guerrilha que se inicia em regiões miseráveis no México, a reação dos sindicatos argentinos contra o corte de benefícios sociais, a ação dos sem-terra no Brasil não são resultados de uma recaída romântica dos movimentos populares.

Até a ortodoxa revista norte-americana *The Economist* reconheceu que os regimes democráticos latino-americanos não têm conseguido gerar um crescimento sustentável e uma melhor distribuição de riquezas. E por melhor distribuição de riquezas entenda-se a garantia dos direitos humanos básicos plasmados na Declaração Universal. Sem que este fim seja atingido a riqueza é destituída de sentido. A tortura, a fome, o extermínio, as epidemias degradam igualmente a dignidade humana dos que têm os seus direitos violados, dos que violam e dos que assistem impassíveis à supressão dos direitos humanos. É por isso que a idéia de uma jurisdição penal internacional para julgar os mais graves crimes do Direito Internacional foi pouco a pouco se estabelecendo, até chegarmos ao Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, fruto do Estatuto de Roma de 1998 e que terá competência para submeter a julgamento os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão.

Resta-nos, portanto, um longo caminho a percorrer para que os seus princípios se façam presentes e respeitados no cotidiano das nações, resgatando-se os compromissos assumidos há mais de meio século. Invoquemos aqui Paulo Sérgio Pinheiro: "Somente com a consolidação de uma cultura de direitos humanos as violações poderão cessar. Se muitas iniciativas normativas caberão ao governo, uma infinidade de ações será de responsabilidade da sociedade civil."<sup>7</sup>

Renovemos, pois, a nossa convicção de que todos os indivíduos são criados à imagem e semelhança de Deus e que na última raiz da defesa dos direitos humanos está a dignidade e a vocação social do homem à comunhão e participação como pessoa, como ser para a comunidade, como criador de relações sociais profundamente marcadas por elas.

---

<sup>7</sup> Folha de S. Paulo. São Paulo, 10 dez. 1996. 1º caderno, p. 3.



## **DIREITOS RELATIVOS À VIDA PRÓPRIA**

*Vinicius Sampaio 'Ottaviano\**

***O suicídio é a morte direta de si mesmo, feita por autoridade própria.***

Não se sabe se é do conhecimento de todos que existem vários tipos de morte: a morte direta, quando procurada em si mesma, os crimes contra outra pessoa, a morte indireta, quando tendo um outro fim em mira sem a intenção de se matar, pratica-se ciente e voluntariamente uma ação da qual resulta não somente o efeito bom, intencionado, mas também a morte.

Supõe-se neste caso que o efeito bom siga tão imediatamente como a morte. Tal maneira de agir é lícita, desde que se verifiquem as condições sobre a moralidade da ação; o princípio do duplo efeito, um bom e outro mau. É necessário que o efeito bom seja procurado diretamente, que haja causa proporcionadamente grave, para que o efeito mau, isto é, a própria morte, seja permitido. Assim é permitido na guerra, com perigo da própria vida, fazer explodir um navio, uma fortaleza, etc., para causar dano ao inimigo. É permitido atirar-se de lugar elevado para escapar da morte pelas chamas, normalmente se houver esperança de salvação com vida. Pode uma mulher, para se livrar das mãos de infame agressor que a quer violentar, agir de maneira semelhante?

Há também o suicídio; morte direta é ilícito porque é uma usurpação de um direito sobre a vida humana, que compete segundo as literaturas somente aos Deuses e que segundo o Código Penal na parte especial, Título I, dos crimes contra a pessoa, Capítulo I, dos crimes contra a vida diz: "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio". Artigo 122: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, prevê pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma: ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único: a pena é duplicada e pode ser aumentada se o crime é praticado por motivo egoístico e se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

A destruição de uma coisa pela própria autoridade é supremo ato de domínio direto. Domínio direto é o direito de dispor da substância, da coisa, direito de mudá-la, aliená-la e mesmo destruí-la, mas isso só seria válido e se aplicaria consigo

---

\* Pós Graduando em Arte/Educação pelo Instituto de Artes da Unicamp. Licenciado em Artes Corporais pela Unicamp-Campinas. Licenciado em Filosofia pela PUCC-Campinas. Licenciado em Psicologia e bacharelado em Direito pelas Faculdade Padre Anchieta de Jundiá.

mesmo.

Segundo Santo Agostinho (399 d. C.), o homem não tem o domínio direto sobre sua vida, mas somente os Deuses de sua(s) religião(ões), porquanto o senhor de uma coisa é aquele para o qual ela foi destinada primeiramente. A vida do homem foi desde a origem ordenada para a glória e serviço dos Deuses. As plantas, os animais, os bens materiais, direta e imediatamente devem servir aos homens. Sobre estes poderá exercer seu domínio, mas sobre si mesmo não, porque os deuses “indicam a relação como pai e mestre”. E assim como ninguém pode ser pai ou mestre de si mesmo, o que indica superioridade, também não pode ser senhor de si mesmo.

O homem, portanto, não é proprietário de sua vida, mas administrador ou governador de si mesmo. Além de ser uma injúria feita aos Deuses, o suicídio danifica a família e a sociedade. É um ato de covardia por não se ter a fortaleza suficiente para vencer os obstáculos da vida. Expor-se a um grave perigo de vida só é permitido por um motivo suficiente. O motivo deve ser tanto mais grave quanto mais imediato for o perigo. É permitido cuidar de doentes contagiosos com perigo da própria vida, expor-se aos perigos inerentes ao exercício da própria profissão.

Os autores Gaarder, Hellern e Notaker (2001), em *O Livro das Religiões*, afirmam que a abreviação da vida ou o prejuízo da saúde pela adoção de certo modo de vida ou pela aceitação de certos trabalhos penosos são ilícitos por motivos correspondentemente graves em todas as religiões mencionadas. Célebre é a questão do “jovem mortífero”. Alguém detido no cárcere poderá abster-se de alimento a ponto de provocar a morte? Se estiver detido por justa sentença, a total abstinência de alimento é ilícita. Se alguém por tal jejum tem em mira provocar o ódio aos inimigos, também não é lícito. Se alguém detido injustamente, por um tal jejum espera obter sua libertação, aplique-se o princípio do duplo efeito, há motivo proporcionalmente grave.

Mutilação própria, direta, participa da malícia do suicídio. É permitida tão somente para salvar o organismo, a vida de todo o corpo, porquanto aí o homem agirá como sábio administrador, que procura a conservação da propriedade. A castração que se faça, quer para enfraquecer as tentações contra a castidade, quer para conservar a voz do soprano, é ilícita. A vasectomia e a excisão do útero e dos ovários são gravemente culpáveis, quando se fazem como o fim de impedir a geração? Em caso de câncer, envenenamento do sangue, etc., é permitida a amputação de parte do organismo? Quem sabe?

Segundo Murray Sidman (1995), em um caso extremo uma pessoa literalmente desiste da vida. Suicídio é a fuga última das garras de necessidade e coação repentinamente esmagadoras, ou de uma vida dominada por reforçamento negativo e punição. A análise do comportamento não pode, naturalmente, explicar a autodestruição de um indivíduo apelando para uma história de reforçamento para o ato, uma pessoa só pode matar-se uma vez. Suicídio, não importa sua forma, é um problema especial, uma vez que jamais pode acontecer mais que uma vez, suas

conseqüências não podem preencher a definição de um reforçador. Precisamos de outros princípios? Os religiosos, que acreditam que o martírio os enviará ao céu podem perceber a crucificação, a flagelação ou qualquer outro tipo de sacrifício como desejável, sua crença explica por que os martírios funcionam como um reforçador para o suicídio? Não necessariamente.

Para o estudioso Izar Xausa (1992), o suicídio é um ato que tem muitos componentes: é uma supersimplificação nomeá-lo por seu ponto terminal: a morte. Uma pessoa que toma o caminho da flagelação pratica atos que a tornam notada pelas autoridades civis ou religiosas. Ela então faz afirmações provocativas, atrai multidões a seu julgamento e produz, na maioria das vezes, intenso interesse público até o ato final de seu drama. Ali, ela encara seus algozes com uma postura corajosa, recusando-se a se retratar. No final, sua agonia produz reações intensas naqueles que ficam sabendo como foi o ato ou o assistem. É pelo menos plausível que cada ato individual nesta cadeia de eventos seja um produto da história de reforçamento de um mártir-por-vir, com cada ação produzindo seus próprios reforçadores. Se os elementos finais do ato complexo de ser flagelado são reforçadores não pode ser determinado, a menos que a pessoa sobreviva. Então, podemos observar se ela continua ou não a fazer coisas que a levem a ser flagelado novamente. Se ela não faz, então o flagelo não pode ser chamado de um reforçador para ela, a despeito de suas crenças de que é o caminho para um suposto paraíso.

Uma análise retrospectiva, freqüentemente, revelará algumas das condições que levaram a um suicídio. Algumas vezes, uma nota de suicídio enfatiza sentimentos de culpa e indignidade insuportáveis. Se, na realidade, não tivermos cometido crimes, o que mais pode ter dado origem a sentimentos de culpa e indignidade? Que sentimento de culpa poderia ser resolvido apenas com a desistência da vida? Uma fonte óbvia de tal pressão são demandas não-passíveis de serem satisfeitas colocadas sobre nós pela família, amigos e comunidade. Aos nossos próprios olhos, pelo menos, uma inabilidade para satisfazer essas demandas nos torna um fracasso.

Segundo Luís Peluso (1993), ser um fracasso significa que nossas ações, em vez de produzirem reforçamento positivo, o sucesso, têm sido ignoradas ou punidas, fracasso. Nossa própria conduta torna-se um conjunto de sinais de iminente punição e reforçamento negativo. Tais sinais tornam-se eles mesmos punidores e reforçadores negativos, assim, finalmente, nos punimos por simplesmente nos comportarmos. Tudo o que fazemos se torna um reforçador negativo. E há apenas um modo de escaparmos de nós mesmos.

Freqüentemente, realmente encontramos uma história de tentativas de suicídio malsucedidas. Mas elas são usualmente malsucedidas apenas por falharem em causar a morte. Se seguirmos a prática-padrão da análise do comportamento, identificando o que realmente sucedeu depois das tentativas de autodestruição, é provável que encontremos o suicida tornando-se um objeto de atenção e preocupação, o recebedor de afeto e simpatia. A culpa amacia vozes duras, afrouxa restrições e substitui ameaças por promessas de ajuda.

Entretanto, à medida que o tempo passa o ambiente coercitivo volta às suas práticas-padrão. Se a tentativa de suicídio funcionou antes, por que não tentar de novo? E assim, vemos um processo cíclico, iniciado por pressões coercitivas e então mantido por bondade. Embora bem intencionada, a bondade é destrutiva. A simpatia que se torna disponível apenas depois de suicídios 'malsucedidos' torna prováveis novas tentativas. E então, uma dose é mal calculada, ou a ajuda não chega a tempo e uma tentativa de suicídio se torna 'bem-sucedida'.

Tanto Freud como Jung concordam em que o próprio suicídio é uma forma de coerção, algumas vezes não intencionada, mas freqüentemente deliberada. É uma maneira de fazer as pessoas se apurarem e prestarem atenção e mesmo de fazer com que façam o que se quer. Uma pessoa também pode cometer suicídio para punir aqueles que, na realidade ou imaginação, exerceram coerção insuportável. Se é ou não é assim intencionada, a autodestruição sempre vem como um choque punitivo para a família, amigos e comunidade.

Então, a responsabilidade é algumas vezes injustamente atribuída, ou mesmo incorretamente aceita. O que é importante depois de um suicídio não é a atribuição de culpa, mas a admissão da fuga. Controle coercitivo produz suicídio e, por sua vez, suicídio é ele mesmo coercitivo. Apenas reconhecendo a existência de pressões coercitivas teremos uma chance de resolver o problema último de desistir da vida.

Desejar a morte a si mesmo é permitido quando há motivo correspondente grave e perfeita submissão à vontade dos Deuses. Tal motivo seria o desejo da visão beatífica ou a preservação de gravíssimo mal ou de considerável infortúnio temperamental (uma doença dolorosa e duradoura). Desejar seriamente a morte por causa dos incômodos ordinários da vida é covardia.

Temos que conservar a saúde e a vida empregando os meios ordinários. Geralmente não há obrigação de empregar meios extraordinários. Proíbem-se os excessos inúteis que prejudicam diretamente a saúde como o freqüente uso de qualquer droga e/ou congêneres. As penitências razoáveis moderadas são até louváveis porque favorecem o bem espiritual, ainda que remotamente possam de alguma maneira abreviar a vida.

Para a conservação da saúde ninguém está obrigado a usar meios extraordinários, onerosos, como demandar terapias diversas em países distantes, chamar médicos muito afamados, comprar medicamentos raros e caros e nem se submeter a uma operação cirúrgica muito difícil, o que se precisa saber é que para tudo, como os antigos falam, dá-se um jeito.

Os Deuses, se realmente existirem, irão proteger os seus súditos e admiradores, nenhum deles iria querer propagar o mal. Ajude-se e, se não conseguir peça ajuda para algum de seus Deuses ou para um Deus novo qualquer, um advogado, vamos, reaja, crie, invente, não desista, tente ao menos uma psicoterapia.

### **Bibliografia**

- ARANHA, M. L. A. E MARTINS, M. H. P. (1994) *Filosofando (Introdução à Filosofia)*. 2ª edição, São Paulo: Moderna.
- CÓDIGO PENAL. (2002) *Código Penal e legislação complementar*. São Paulo: Manole.
- FREUD, Sigmund. (1911) *Estudos Sobre o Princípio do Prazer*. Rio de Janeiro: Imago, 1977.
- GAARDER, J., HELLERN, V. E NOTAKER H. (2001) *O Livro das Religiões*. 6ª Edição, São Paulo: Cia das Letras.
- JONES, Ernest. (1979) *Vida e Obra de Sigmund Freud*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara.
- JUNG, C.G. (1940) *Psicologia e Religião*. Petrópolis: Vozes, 1979.
- MURRAY, Sidman. (1995) *Coerção e suas implicações*. 2ª edição, São Paulo: Editorial PSY.
- PELUSO, Luís Alberto. (1993) *Ciência e avaliação moral: Subsídios para um enfoque utilitarista*. In Reflexão, Instituto de Filosofia, Campinas: Editora Puccamp, número 55-56. p. 48-62.
- AGOSTINHO, Santo (1989). *As Confissões*. 2ª edição, São Paulo: Quadrante.

XAUSA, Izar Aparecida de Moraes. (1992) *A Psicologia do Sentido da Vida*. 2ª edição, Petrópolis: Vozes.

WEIL P. E TOMPAKOW R. *O Corpo Fala*. (1986) 54ª edição, Petrópolis: Vozes.

## **ACESSO À JUSTIÇA**

**José Jair Ferraretto \***

**Samuel Antonio Merbach de Oliveira \*\***

### **1- A Evolução do Conceito Teórico de Acesso à Justiça**

Desde os tempos remotos, nas primeiras idéias culturais do homem referentes ao acesso à justiça, são observados dois fatores de fundamental importância: a forte influência religiosa e a preocupação de auspicar a todos as mesmas oportunidades de acesso à justiça, independentemente da posição social.

Encontramos esses fatores nos códigos mais antigos da humanidade. Assim, por exemplo, observa-se no Código de Hamurabi a fundamentação de que todo poder terrestre provém da inspiração divina e a consideração de que certas pessoas, pela posição de fortuna em que eram deixadas, deviam merecer proteção especial. Neste contexto, Hamurabi, o sábio rei da Babilônia, fez gravar o seu código ( séc. XXIII a. C. ) numa preciosa estela de diorito, com 282 artigos, denominados decretos de equidade, que o deus solar Schamash lhe confiou, *in verbis*: “Quando o alto Anu, Rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos céus, determinador dos destinos do mundo, entregou o governo de toda a humanidade a Marduc; quando foi pronunciado o alto nome de Babilônia; quando ele a fez famosa no mundo e nela se estabeleceu um duradouro reino cujos alicerces tinham firmeza do céu e da terra, por esse tempo Anu e Bel me chamaram a mim Hamurabi, o excelso príncipe, adorador dos deuses, para implantar justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo” (ALTAVILA, 2000: 38).

Outro exemplo que demonstra as características fundamentais do acesso à justiça (a provocação da autoridade, o poder de decisão, o exercício do poder de julgar, a força e o respeito à decisão) nas comunidades primitivas vem assim expresso no texto bíblico, sob a denominação de “O Juízo do Rei Salomão”: Quando duas mulheres alegavam ser a mãe dum menino, Salomão resolveu o caso mediante uma ordem de partir o menino em dois e dar a cada mulher a metade. Como sabidamente havia previsto, a verdadeira mãe, em vez de ver o seu filho morto, preferiu renunciar a ele. Salomão, então, disse para darem o menino vivo à primeira e já não era preciso matá-lo pois ela era a mãe verdadeira” (CICHOCKI NETO, 1998: 51-52, nota 2; e também, Bíblia Sagrada, I Crônicas 3:27).

---

\* Mestre em Direito pela UNIP-Campinas, Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta e Advogado.

\*\* Mestre em Direito pela PUC-Campinas, Mestrando em Filosofia pela PUC-Campinas e Professor das Faculdades de Direito e de Administração de Empresas Padre Anchieta.

Ao passo que a sociedade se desenvolvia, compondo-se em grupos cada vez maiores, espontaneamente surgiram regras de conduta obrigatórias que tinham por objetivo regulamentar a conduta dos indivíduos na sociedade. Nesse período, o processo era simples e a força coercitiva das normas a serem aplicadas provinha de sua exigência por aqueles que lideravam o grupo, o monarca, o chefe da tribo, enfim, o líder da comunidade. Era comum ser o monarca ou líder o agente da justiça e seu executor, quando não, muitas vezes, o próprio legislador, tendo assim uma série de faculdades de disposição sobre a vida, o patrimônio, interesses alheios em conflito, numa época em que a justiça era gratuita, porém, começaram a surgir os primeiros indícios de remuneração, estes no prestamento jurisdicional e na defesa dos direitos efetivada pelos Tribunais.

Na Grécia, ao tempo da Constituição de Sólon, existia o *triobolon*, que era uma quantia que os juízes recebiam dos litigantes e que se destinava às despesas de manutenção. A posteriori, com Péricles (495 – 429 a. C.), os juízes passaram a ser estipendiados diretamente pelo Estado, havendo diversos modelos de taxas judiciárias, dentre as quais o *pritance* e o *paracotabile*. Em Atenas, eram nomeados, anualmente 10 advogados para defender os pobres perante os Tribunais civis e criminais.

Em Roma, a administração da Justiça não era gratuita. Havia o *sacramentum*, que consistia num depósito que variava entre 50 e 500 asses, conforme o valor da causa, da quadragésima litium, soma paga em favor do Estado, correspondente à quadragésima parte do valor da causa, e, também, a decima, quantia correspondente à décima parte do valor da causa, a cujo pagamento era condenado o litigante temerário. Entretanto, as idéias de igualdade perante a lei contribuíram decisivamente para consolidar o patrocínio gratuito deferido aos necessitados, atribuindo-se a Constantino (288 – 337) a primeira iniciativa legal que veio a inserir-se na legislação de Justiniano (483 – 565) de fornecer advogado a quem não possuísse meios para defender-se.

Com a expansão do Cristianismo, o valor de proteção aos mais fracos impôs aos advogados o dever de defesa sem honorários, e aos juízes o de julgar renunciando às custas.

Na Idade Média, a Inglaterra, havia mais de oito séculos; a França, desde o reinado de São Luiz IX (1214 – 1270); os Estados Sardos (Sardenha, Piemonte, Sabóia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova), regulamentado por Amadeu VIII, em 1477; a Espanha, a contar do reinado de Fernando e Isabel; Portugal, com a adoção, em 1440, das “Sietes Partidas”, que serviram de fonte para as Ordenações Alfonsinas (1446) e a Escócia, onde “qualquer criatura pobre que por falta de astúcia ou fortuna não puder defender sua causa” recebia proteção especial, mantiveram sistemas próprios de ajuda legal.

Outros marcos importantes foram a “Declaração de Direitos do Estado De Virgínia” (Estados Unidos), de 12.6.1776, e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, sob a influência do Iluminismo e do princípio de que “todos são iguais perante a lei”. Dessa maneira, mais do que caridade, o acesso à justiça dos hipossuficientes, passou a ser um dever do Estado.

Com efeito, é importante observar que, tanto nas épocas primitivas onde vigorava o poder religioso, quanto nas sociedades modernas onde prevalece o poder estatal, sempre coube ao indivíduo a faculdade de invocar esses “poderes” para resolver seus litígios.

De fato, as diversas maneiras de provocar esse poder, com o objetivo fundamental de “suum cuique tribuere”, visando a obtenção de uma decisão, guardavam evidências do que hoje se denomina “acesso à justiça”.

Entretanto, o conceito de acesso à justiça, modernamente, passou por transformações importantes (CAPPELLETTI & GARTH, 1988: 9 e s.). Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove prevalecia a filosofia individualista dos direitos. Por consequência da política pública em vigor, no *laissez faire*, o acesso à justiça era um direito natural do cidadão, e o Estado não podia e nem devia intervir. Por isso, o direito de acesso à justiça era analisado, unicamente, sob o aspecto formal de propor ou contestar uma ação. Estaria em juízo quem pudesse suportar os ônus de uma demanda.

Nesse contexto, o processo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos reais problemas da justiça; os operadores do direito, como também o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.

Todavia, com a transformação social emergente, a sociedade de massa, notadamente a partir da Revolução Industrial, o coletivo passou a preponderar perante o individual, mudando radicalmente a postura quanto ao tema. De fato, tivemos um aumento da consciência de direitos humanos, que conduziu cada vez mais a reivindicações por mudanças na ordem jurídica em favor de direitos sociais e pelo reconhecimento de obrigações de governantes, comunidades, associações e indivíduos para com esses direitos.

Quando as democracias passaram a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas – surgindo, então, os direitos sociais e econômicos -, os desiguais passaram a ser tratados de forma desigual. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégio de poucos, ou seja, em privilégios burgueses. Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

Observou-se também a necessidade de uma ação efetiva do Estado para garantir o implemento desses direitos sociais. Assim, o direito de acesso à justiça passa a receber particular atenção do novo Estado, do *welfare state*, que buscou armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e mesmo cidadãos.

A questão do acesso à justiça exige uma mudança de mentalidade, pois a justiça deve ser pensada na perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional.

Hoje, lamentavelmente, como adverte Watanabe, “a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito é utilizado como instrumento do governo para a realização de metas e projetos econômicos, predominando a ética da eficiência técnica, e não a da equidade e do bem-estar da coletividade” (WATANABE, 1988: 128).

Os processualistas modernos devem fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, em que não somente as cortes têm condições de para solucionar os conflitos de interesses. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se de outras ciências, de dados estatísticos, utilizando os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas, para que possa compreender as causas de expansão de litigiosidade e os modos de sua solução e acomodação. O operador do direito, por sua vez, tem o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista, já que falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, como diz Dinamarco, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas (DINAMARCO, 1999: 304).

Assim, o “acesso” não é apenas um direito social fundamental, é necessariamente também o ponto central da moderna processualística (CAPPELLETTI & GATH, 1988: 12-13). De fato, a garantia efetiva de acesso à justiça passou a ser considerada, como ainda hoje, requisito básico e fundamental dos direitos humanos, sendo assim tratado o problema, inclusive em sede constitucional (BOBBIO, 1992).

## **2 - O Movimento de Acesso à Justiça**

Por iniciativa de Mauro Cappelletti realizou-se uma ambiciosa e completa pesquisa sobre o problema do acesso à justiça: foi o Projeto Florença (The Florence Access-to-Justice Project), que contou com o apoio da Ford Foundation e do Conselho Nacional de Pesquisas da Itália. Trata-se de um grandioso Projeto Internacional do qual participaram uma centena de estudiosos de diversas áreas de conhecimento: jurídico, sociológico, político, econômico, psicológico, de mais de trinta países dos cinco continentes. Como resultado obteve-se uma ampla visão dos esforços e da evolução no sentido da efetividade do acesso à justiça.

Mauro Cappelletti, na obra escrita em co-autoria com Bryant Garth, descreve que o movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do moderno Estado Social, ou Welfare State; nos países ocidentais, esse movimento tem transparecido em três fases (ou ondas), iniciadas em 1965.

A primeira onda trata da assistência judiciária para os pobres; a segunda onda refere-se à representação dos novos interesses (difusos e coletivos, principalmente os que dizem respeito aos consumidores e ao meio ambiente); e a terceira onda refere-se ao momento das reformas que devem ser empreendidas nos Códigos existentes, com

o emprego de técnicas processuais diferenciadas, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias, tais como: Conciliação, Mediação, Arbitragem etc., a fim de tornar a Justiça mais célere e justa (CAPPELLETTI & GARTH, 1988).

### **3 - O Acesso à Justiça nas Constituições Brasileiras**

O direito constitucional brasileiro tratou do acesso à justiça apenas nas últimas Cartas.

A Constituição de 1824 não assegurou o direito à jurisdição, a qual era organizada em diversas formas, comportando, inclusive, vias administrativas para prestá-la.

As Constituições de 1891 e de 1934 também não trataram do tema. A Carta Magna de 1937, além de não discorrer sobre a questão, serviu também de fundamento legal a uma ditadura ilegítima, na qual não se admitia o reconhecimento ou declaração do direito à jurisdição.

Dessa maneira, a Constituição do Império (1824), a primeira Constituição Republicana de 1891, e as Constituições de 1934 e 1937 não fizeram sequer qualquer referência expressa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, embora nelas, segundo alguns doutrinadores, o mecanismo da tripartição dos poderes tornara-a implícita.

Somente com a Constituição de 1946 (art. 141, parágrafo 4º), esse princípio ingressou no ordenamento: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Conforme demonstra a história, a ditadura não convive nem se harmoniza com o direito à jurisdição. Assim, apesar dos termos expressos no art. 141, parágrafo 4º, da Constituição de 1946, adveio o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando da Revolução (de 1964) e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no mesmo Ato Institucional n.º 2 e nos seus atos complementares e nas resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, mediante as quais tivessem sido cassados mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores ou vereadores, a partir de 31 de março de 1964 (art. 19).

A Carta de 1967, imposta pelos militares que se estabeleceram no poder em 1964, manteve em seu art. 150, parágrafo 4º, a mesma redação da Constituição de 1946. A ditadura então vigente fez àquela o mesmo mal que fizera antes a esta. Por meio de outro Ato Institucional – o de n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 – subtraíram-se “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (art. 11).

Repetiu-se a frase normativa referente à vedação de excluir-se do Poder Judiciário no novo documento engendrado em 1969 e batizado de Emenda Constitucional n.º 1, em seu art. 153, parágrafo 4º. Assim, não havia jurisdição livre e nem os direitos fundamentais eram reconhecidos e assegurados.

A atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, ampliou consideravelmente o dispositivo ao incluir a proteção, também, às ameaças a direito e em não restringir a tutela apenas às situações que envolvam interesses individuais, inserindo no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXXV): “A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Assim, não será necessário que a lesão ao direito se consuma; a simples ameaça ao direito dá a pessoa a possibilidade de se socorrer ao Judiciário.

Criou-se de forma ampla e genérica o remédio preventivo contra a lesão ao direito. Não ficou apenas a busca ao expediente remediativo, mas também, ao preventivo.

A Carta Magna atual foi além da outorga de garantias à realização dos direitos, através da jurisdição, uma vez que a elevação de inúmeros princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos, na ordem constitucional, constitui manifestação inequívoca no sentido de uma opção política que visa a realização de uma ordem jurídica justa. Assim, conformam-se à garantia do acesso aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LVI); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); o Juiz natural (art. 5º, LIII); a assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitarem da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXIV); e os instrumentos processuais constitucionais do mandado de segurança (individual e coletivo); do habeas corpus; do habeas data; do mandado de injunção; a ação popular, além de outros direitos e garantias acolhidos por tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

O sistema assim posto, em que foram acrescentados inúmeros princípios processuais e instituídos instrumentos aptos ao asseguramento da liberdade individual e das garantias sociais, junto a outras prescrições da pessoa humana, na realidade, atende às exigências formais de realização da justiça.

#### **4 - Acesso à Justiça e Organização Judiciária**

A grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na medida em que cabe ao direito processual a sistematização do método estatal de solução de controvérsias, devem os estudiosos dessa ciência voltar a sua atenção para a criação de meios necessários à obtenção do resultado desejado.

A eficiência da função jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento em concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente pelos resultados obtidos. São necessários, portanto, mecanismos adequados às exigências das relações materiais.

Deve o sistema processual ser dotado de meios aptos a solucionar as diversas espécies de controvérsias, cada qual com suas especificidades.

Com efeito, mais relevante ainda para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional

do que as leis processuais é a adoção de uma boa organização judiciária, na qual o homem, auxiliado pela técnica, ocupe o centro de todas as preocupações. Daí a necessidade de se mudar o quadro atual, sobretudo quando se sabe das profundas deficiências da organização judiciária brasileira, que ainda se veste com o figurino do antigo direito luso-brasileiro. Assim, além do aprimoramento da técnica processual, adequando-a à realidade substancial, outras providências são igualmente imprescindíveis.

A priori, enquanto não se destinar ao Poder Judiciário percentual razoável do orçamento estatal, a fim de que ele possa fazer frente às suas necessidades, qualquer outra medida corre sérios riscos de não alcançar os objetivos almejados. Cabe ao Judiciário, sobretudo, lutar para que as verbas a que tem direito lhe sejam repassadas com regularidade pelo Executivo, aplicando-as adequadamente no atendimento das necessidades do serviço, imprimindo a este a efetividade e a qualidade exigidas pela sociedade.

Essa precariedade de recursos é agravada pela má distribuição de verbas orçamentárias destinadas ao Judiciário. Neste sentido, há a necessidade de uma reforma estrutural do Poder Judiciário, a fim de reduzir despesas, requerendo, assim, um maior controle dos gastos dos Poderes Públicos por parte do cidadão.

É preciso examinar dados estatísticos de países onde a Justiça se mostre eficiente, para verificar as causas da morosidade do processo brasileiro. Sálvio de Figueiredo Teixeira ressalta: “o número irrisório de juízes em um País de dimensões continentais como o nosso, de acentuada população, na proporção média de 1 (um) juiz para cada 25.000 (vinte e cinco mil) jurisdicionados. Na Europa, a média é de (um) juiz para 7.000 (sete mil) habitantes, sendo ainda de assinalar que, em face dos constantes planos econômicos governamentais, em nossa Justiça, não é raro o fato de Varas Federais contarem com mais de 20.000 (vinte mil) processos em curso, sendo alarmantes os números concernentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, sem similar no plano internacional” (TEIXEIRA, 1996: 904).

Também a implementação de uma política de investimento nos recursos humanos dos servidores do Poder Judiciário, objetivando a melhoria dos salários e a realização de cursos e treinamento para melhorar a eficiência, bem como a modernização das instalações da justiça e a aquisição de equipamentos modernos devem ser prioridade do Governo e dos administradores da justiça.

Os profissionais do direito são cidadãos qualificados de quem a sociedade espera uma maior participação política, visto que de sua experiência profissional poderão surgir propostas inovadoras para o aperfeiçoamento da técnica e do sistema. Sem a sua participação não conseguiremos as mudanças esperadas pela sociedade.

Assim sendo, é importante à efetividade do processo a mudança da mentalidade dos profissionais do direito. É fundamental se implantar um novo método de pensar, visando sempre o bem-comum, rompendo com as arcaicas posturas

introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade que passa fora do processo.

Seja como for, para sanar os males da Justiça não basta ampliar-lhe o número de magistrados e serventuários, reaparelhá-la e modernizá-la. É preciso, ainda, desburocratizá-la, simplificar seus ritos processuais.

### **5 - Acesso à Ordem Jurídica Justa**

Acesso à justiça, ou, mais precisamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o instrumento constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional.

As regras que compõem o devido processo constitucional, destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro, conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos os que necessitarem recorrer à atividade jurisdicional do Estado. O processo deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

Não se trata de direito ao resultado favorável, nem somente a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, e, sim, à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os instrumentos adequados para que tal ocorra.

O processo deve possibilitar que um maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); porém, para que o acesso à justiça seja integral, é necessário muito mais.

Nesse contexto, o direito constitucional de ação assume importante papel no sistema de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não somente ao mecanismo constitucionalmente assegurado, como também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, não será mais uma figura meramente formal e vazia de conteúdo.

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (efetividade subjetiva); terão a seu dispor meios adequados (efetividade técnica) para a obtenção de um resultado útil (efetividade qualitativa), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação de vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (efetividade objetiva).

Entretanto, acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona. Efetividade e eficiência não são sinônimos. Segundo Cappelletti,

existe diferença sutil mas profunda entre efetividade e eficiência: a efetividade diz respeito às partes, seu acesso à maquinaria de proteção; enquanto que a eficiência se refere à forma pela qual essa mesma maquinaria trabalha (apud MOREIRA, 1998; 388).

A partir da visão de processo como instrumento voltado a resultados externos, pretende-se revisitar alguns temas clássicos do direito processual. A volta ao interior do processo para reconstituir conceitos mostra-se imprescindível. Neste sentido temos as palavras de Carlos Barbosa Moreira: “o bom músico, exímio na interpretação dos mais avançados compositores de nossos dias, não hesita em retomar, de vez em quando, ao repertório tradicional e tocar uma peça de Mozart ou Beethoven. Apenas, provavelmente, sua execução já não será a mesma: ele há de ler a partitura com outros olhos. Assim também possamos nós, outros processualistas, revisitando lugares veneráveis, divisar na paisagem cores até então despercebidas, e escolher as tintas adequadas para revelar novas tonalidades” (Apud BEDAQUE, 1995: 44).

É preciso conciliar a técnica processual com seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Essa flexibilização começa pela necessidade de concessão, aos Estados-membros, de maior poder para criar normas procedimentais adequadas à realidade local. O problema ao atribuir competência concorrente aos Estados para legislar sobre Juizados de Pequenas Causas e procedimentos em matéria processual (art. 24, X e XI).

Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco descreve que “Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer dos grandes princípios” (DINAMARCO, 1999: 303-304).

A garantia do ingresso em juízo consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário com suas pretensões e defesas a serem apreciadas. Hoje se busca evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos e coletivos).

Essa garantia não é um fim em si mesma. A progressiva redução do rol dos conflitos não jurisdicionais e das pessoas sem acesso ao Judiciário seria coisa sem muito significado social e político se não existisse a garantia do devido processo legal. Constitui segurança para todos o sistema de limitações ao exercício de poder pelo juiz, de deveres deste perante as partes e de oportunidades definidas na lei e postas à disposição delas, para a atuação de cada uma no processo segundo seu próprio juízo de conveniência (regras sobre procedimento, prova, recursos etc.), conforme o art. 5º, LIV, da Carta Magna.

A garantia do contraditório processual é indispensável a todo o sistema de informe às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária. É importante também que entre as partes e o juiz se instale um processo, um diálogo construtivo. O princípio do contraditório envolve a tríplice garantia de conhecimento, diálogo e prova.

Assim sendo, a garantia do contraditório, mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes visam a um único fim, que é a síntese de todos os propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.

O que deve ser destacado é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos operadores à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas.

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos limites de acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas que é o povo, de sorte que o problema do acesso à justiça traz à tona não apenas um programa de reforma, mas também um método de pensamento.

Também devemos nos preocupar com o direito substancial, que, além de ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto.

O acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes. A população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa.

Direito à melhor organização da Justiça é dado elementar do direito à ordem jurídica justa. E uma melhor organização somente poderá ser alcançada com uma pesquisa interdisciplinar permanente sobre os conflitos, suas causas, seus modos de solução, a organização judiciária, sua estrutura, seu funcionamento, seu aparelhamento e sua modernização e adequação dos instrumentos processuais.

### **Conclusão**

O direito de acesso à justiça é, portanto, direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização da justiça.

Assim concebida a Justiça, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social, cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informações e orientação são alguns dos serviços que se prestam à remoção desses obstáculos.

O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Acesso à ordem jurídica justa (expressão formulada por Kazuo Watanabe) quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Enfim, acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação, à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos (MARINONI, 1996: 28-29).

### **Bibliografia**

ALTAVILA, Jaime. *Origem do Direito dos Povos*. 8. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BÍBLIA SAGRADA – Edição da Palavra Viva -Traduzida das línguas originais com uso crítico de todas as fontes antigas pelos Missionários Capuchinhos de Lisboa. São Paulo: Stampley Publicações, 1974.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* – Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época. *Revista de Processo* 61/144-160.

\_\_\_\_\_. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo* 74/82-97.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH Bryant. *Acesso à Justiça* – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Copola, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo. As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira ( coord. ), São Paulo: Saraiva, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a Participação do Juiz no Processo Civil. Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. *Revista de Processo* 37/121-137.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTR, 1998.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

## **A GÊNESE OBRIGACIONAL E O CTN**

*Alexandre Barros Castro\**

### **1 - Rubens Gomes de Sousa e a obrigação tributária no Código Tributário Nacional**

O CTN, como sabemos, foi instituído pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, sob a égide da Constituição Federal de 1946, regulando a partir de então o sistema tributário nacional.

Resultado, em sua maior parte, do trabalho incessante e da prodigiosa mente de Rubens Gomes de Sousa, o CTN é iniludivelmente um conjunto normativo de refinada elaboração.

Ainda que diversas críticas se imponham ao texto em vigor, por certo seus méritos superam em muito suas deficiências, devendo estas, entendemos nós, serem creditadas às inúmeras alterações constitucionais que se seguiram, ao escopo finalista do governo de então, mais preocupado com a arrecadação e o orçamento do que com a justiça fiscal, e por certo aos equívocos próprios do noviciado da codificação exacional. Creditar tais atecnias a Rubens Gomes de Sousa não nos parece justo à memória e ao legado inegável daquele professor.

Feito este imperioso registro histórico, adentremos ao tema aqui versado, qual seja, a obrigação tributária e seu efetivo surgimento para o Direito.

Assim, empreendemos exame à lição de Rubens, deitando olhos sobre a Lei nº 5.172/66, não perdendo de vista a lembrança de Descartes, quanto à embriogenia do pensamento humano mais brilhante, que agora acode à nossa mente: “...os espíritos mais elevados são capazes dos maiores erros e das maiores virtudes.”

Posto isso, atentemo-nos para o disposto na codificação aludida. O CTN dispensou ao vínculo em questão, apenas um artigo, assim redigido:

“Artigo 113. **A obrigação tributária** é principal ou acessória.

§ 1º **A obrigação principal** surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º **A obrigação acessória** decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

---

\***Alexandre Barros Castro** – Graduado em Direito e Administração de Empresas. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Universitário. Autor de diversas obras jurídicas. Presidente da 33ª Subseção da OAB – Jundiá. Advogado militante.

§ 3º A **obrigação acessória**, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”<sup>1</sup>

A proposta de Gomes de Sousa quanto à gênese obrigacional de natureza tributária faz-se notar no preceito alhures explicitado. De fato, o mestre paulista sempre se posicionou contra a corrente italiana, capitaneada por Antonio Berliri e Enrico Allorio, que vê no lançamento um claro efeito constitutivista, vale dizer, conferindo àquele ato administrativo o condão de constituir a obrigação tributária, que a partir dele, então, nasce para o universo jurídico.

Para Rubens Gomes de Sousa o lançamento não tem tamanho poder, ao revés, apenas goza de natureza declaratória, ou seja, para ele em verdade a obrigação tributária nasce juntamente com a realização do fato jurídico tipificado.

Importa observar, no entanto, que o legislador descuro da forma, deixando vicejar erro jurídico grosseiro, ao chamar de obrigação principal tanto os tributos quanto as sanções, vez que por força do artigo 3º do mesmo Diploma Legal <sup>2</sup> diferencia-se expressamente tributo de sanção.

Em parte, importa ressaltar que a nosso ver salta aos olhos a erronia esculpida no artigo 113 do CTN . Trata o dispositivo da relação obrigacional no campo tributário. Num primeiro momento, cabe destacar que ainda que esta obrigação derive de uma relação mais ampla, mais abrangente, temos que entendê-la como vínculo jurídico, pelo qual uma pessoa tem o direito legal de exigir de outra o cumprimento de uma prestação economicamente mensurável; devendo-se apenas ressaltar que por óbvio num dos pólos desta relação, deste liame jurídico, encontrar-se-á a Administração Pública, ou, em verdade, os entes tributantes, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A obrigação principal, diz o parágrafo primeiro, nasce com o fato gerador, tendo por finalidade o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, o que claramente denota o seu caráter patrimonial.

Já o parágrafo segundo versa acerca das obrigações acessórias, parecendo-nos necessário tecer algumas observações. Alinhamo-nos aos puristas da Ciência do Direito, que alegam que em verdade o legislador exacional quis aqui se referir aos deveres instrumentais, ou seja, à obrigação de escrituração, à obrigação de emitir nota fiscal etc. A obrigação é uma só, a de pagar tributo, e, por óbvio, possibilitar à Administração Pública meios de controlar e auferir tais registros, através da exigência legal afeta aos deveres instrumentais. Em decorrência, parece-nos um equívoco do legislador exacional referir-se às obrigações acessórias, dando a entender uma nova obrigação, quando em verdade o que há é uma integração daqueles deveres ao de pagar compondo a obrigação tributária. Reiteramos, portanto, que a obrigação impositiva é una, dela fazendo parte como escopo maior o pagamento tributário, e, como dever instrumental, reiteramos a escrituração contábil, por exemplo. Feitas estas observações, cumpre ressaltar que o que o legislador

---

<sup>1</sup> Destacamos.

<sup>2</sup> “Artigo 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não se constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Sublinhamos.

buscou aqui, por ocasião do §2º, foi exatamente distinguir estes deveres instrumentais da obrigação de pagar tributo, deixando claro ao intérprete legal que a obrigação tributária possui uma outra decorrência que não só aquela oriunda do pagamento da obrigação tributária ao qual ele, reiteramos, de forma equivocada, denominou obrigação acessória.

Já no parágrafo terceiro do art. 113, em comento, o legislador explicitou que esta obrigação acessória, por nós entendida como dever instrumental, em não sendo cumprida, transfigura-se em obrigação principal. Aqui também nos parece que a legislação trouxe uma redação imprópria, na medida em que além de confundir a ambas, mesclando-as de forma equivocada, parece transformar o dever instrumental em obrigação principal. Reiteramos uma vez mais que a obrigação é una, assim o que entendemos ter sido o intuito foi explicitar que este dever instrumental, quando não observado, receberá o mesmo tratamento dispensado ao não pagamento do tributo, o que por óbvio é um corolário, por exemplo, dentre outros, do princípio da economia e da celeridade processual. Em derradeiras linhas, importa ressaltar que resultou em grande pecado confundir o pagamento da obrigação tributária com as multas, contrastando com o disposto do artigo 3º do CTN, onde de forma clara explicita-se que tributo não é pena.

Muitos outros autores da mais elevada envergadura também externaram suas críticas à redação do artigo em apreço:

*“... nem poderia o legislador pátrio ter denominado os mesmos “deveres formais” de obrigação acessória, uma vez que tais deveres são independentes da obrigação principal, não seguem como ocorre no Direito Civil, ao contrário, a ela sobrevivem, quando extinta ou inexistente é a obrigação principal. Por isso, tais deveres deveriam ser denominados de “administrativos” ou de “instrumentais”, no dizer de Roque Carrazza, ou seriam de irredutível atecnia, como alerta Zelmo Denari”.*<sup>3</sup>

Este equivoquismo do CTN é esposado pelos vultos mais primaciais das letras jurídicas, motivo pelo qual entendemos despiendo palmilhar, ainda, por tal rumo.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Carrazza, Roque Antonio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 26, e Denari, Zelmo. *Elementos de Direito Tributário*. São Paulo: Juriscredi, p. 216 s/d. apud. Baleeiro, Alicemar, *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 698-9.

<sup>4</sup> Além dos doutrinadores, cujas lições têm pautado este estudo e que já foram por nós nomeados, veja-se a respeito: Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1986. Navarro Coelho, Sacha Calmon. *A obrigação tributária - Nascimento e morte — A transação como forma de extinção do crédito tributário*. Revista de Direito Tributário, v. 62, s/d, pp. 69-75, São Paulo; Machado, Hugo de Brito. *Obrigações tributárias e direito adquirido*. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 84, n. 302, s/d, pp. 245-253. Lapatza, José Juan Ferreiro. *Relación jurídico-tributária: La obligación tributária*. São Paulo, Revista de Direito Tributário, v. 11, n. 41, s/d, pp.7-35. Ferreira Sobrinho, José Wilson. *Obrigações tributárias acessórias*. São Paulo, Revista de Direito Tributário, v. 10, n. 36, s/d, pp. 191-204. Costa, José Antônio da Costa. *O princípio da legalidade em matéria tributária*. São Paulo, Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, v. 4, s/d, pp. 93-107. Fried, Roy Reis. *Do lançamento: Ato constitutivo ou declaratório*. Porto Alegre, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 20, n. 59, s/d, pp. 292-307. Orrutea, Rogério Moreira. *Obrigações tributárias*. São Paulo, Revista de Direito Tributário: v. 10, n. 37, s/d, pp. 89-98. Etchazul Villela, Gilberto.

Em discluso pensar, posto à calva, nos é lícito assertoar que desacorçoadamente esse não foi o único erro cometido no preceito em questão.

Com efeito, outra crítica que se ergue diz respeito à falsa impressão que o CTN confere como traço distintivo da obrigação principal e da acessória, notadamente quanto à gênese de uma e de outra.

No § 1º do preceito em comento alude-se ao surgimento do vínculo principal a partir da ocorrência do fato impositivo, distinguído-se o crédito daí decorrente. No § 2º prescreve-se que a obrigação acessória advém da legislação tributária.

Assim, a falsa impressão legal configura-se na medida em que parece desenhá-lo comando de que o fato impositivo bastaria para o nascimento da obrigação principal, enquanto a acessória resultaria de um dever imperativo e incondicional.

A reparar tal equívoco, parece-nos bastar espargir luzes sobre o artigo 115 do mesmo Diploma Legal, que assim dispõe:

“Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma de legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configura obrigação principal.”

Por tal dispositivo, resta iniludível que as chamadas obrigações acessórias, constituem, em verdade, deveres, como já prenotamos, e que nascem a partir da ocorrência de uma hipótese específica de um fato impositivo próprio.

Mas que sentidos teriam essas expressões “imperativo” e “incondicional” registradas no artigo 113?

Parece-nos que o que Rubens quis aqui assinalar de forma destacada é que o brocardo latino “*accessorium corrui sublató principalí*”, pelo qual o acessório segue o principal, não se aplica em relação às denominadas obrigações acessórias de natureza tributária. Por certo, pode inexistir a obrigação principal de pagar tributo, a persistir a exigibilidade da acessoriedade daquela, em decorrência, por exemplo, de isenção, imunidade ou até não incidência. Poderá também ser fulminada a obrigação principal através, por exemplo, do pagamento, e se manter a acessória, ante seu descumprimento, acarretando a imposição isolada de gravame pecuniário moratório.

Resta, portanto, que as obrigações acessórias do CTN têm vida própria, têm independência em face da principal, gerando-se a partir de hipótese própria e apenas se extinguindo nos casos expressamente regidos pela lei, daí o uso dos vocábulos “imperativo” e “condicional” aplicar-se-ia.

---

*A exigibilidade da obrigação tributária sujeita a lançamento por homologação.* Tributaçáo em Revista: Brasília, v. 4, n. 14, s/d, pp. 5-14. Zanini, Carlos Klein. *Considerações sobre o que pagar na obrigação tributária.* São Paulo, Lex Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 8, n. 79, s/d, pp. 34-39. Cretton, Ricardo Aziz. *A teoria da obrigação tributária e suas vicissitudes recentes no Brasil.* São Paulo, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas: v. 4, n. 16, s/d, pp. 14-22. Mendes Sobrinho, Antônio Amaral. *Extinção da obrigação tributária.* Rio de Janeiro, Revista de Ciência Política, v. 31, n.1, s/d, pp. 25-42. Rodón, Jorge. *El deber de información de las obligaciones tributárias.* Barcelona: Revista Jurídica de La Catalunya, v.9, n. 1, s/d, pp. 121-30.

Próprio da natureza doutrinária da Lei 5.172/66, a qual já aludimos em obra de nossa lavra<sup>5</sup>, aqueles “diferentes fatos geradores” da obrigação principal e da penalidade ilustram as fundadas críticas que parte da doutrina<sup>6</sup> credita a Rubens Gomes de Sousa, com as quais aquiescemos.

Chegados a este ponto, derradeiro apontamento faz-se imperioso, uma vez destacadas algumas das imprecisões acometidas no CTN: para Rubens Gomes de Sousa, a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador. Para ele, conforme refletiu na codificação em apreço a conjunção do imperativo normativo à hipótese, desencadeia na subsunção àquele comando prescritivo dos fatos concretizadores daquela hipótese. Assim, a prática de certa atividade resulta, em Rubens, no fato gerador da obrigação de pagar determinada quantia ao Estado a título de tributo.

Consubstanciadas as ablações expostas é o que se pode concluir dos ensinamentos de Rubens Gomes de Sousa, nos quais se antevê clara influência da corrente de pensamento behaviorista, para a qual, nas linhas de seu criador B.F.Skinner, “o ser humano atua sobre o mundo e o modifica, e o mundo modificado determina tal ação”.<sup>7</sup>

Na seqüência, vejamos o pensamento de Geraldo Ataliba, ímpar jurisconsulto do Direito pátrio.

## **2 - A gênese obrigacional e as lições de Geraldo Ataliba**

O insuplantável mestre Ataliba, extraordinário publicista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e precursor da famigerada “Escola Paulista de Direito Tributário”, tendo desafortunadamente partido tão cedo rumo ao Oriente Eterno, deixou-nos legado de refinada qualidade.

Nossa grande dificuldade aqui será não só sermos ser fidedignos ao seus ensinamentos, trazendo-os com clareza, mas sobretudo limitá-los a umas poucas linhas, quando em verdade mereceriam toda uma coletânea ante sua preciosidade. Enfrentemos, pois, de pronto, tamanho desafio.

A universalidade do pensamento científico de Ataliba solevantou-o como um dos maiores publicistas do Direito contemporâneo. Isto é, comprovado e enfatizado, de forma excelente, em sua magistral obra *Hipótese de Incidência Tributária*<sup>8</sup>, onde aquele mestre na mesma linha do pensamento de Becker parte dos princípios constitucionais para abarcar a obrigação tributária, definindo-a e precisando o real instante de seu nascimento.

---

<sup>5</sup> *Teoria e Prática do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>6</sup> Dentre estes merece relevo Luciano Amaro. Veja-se, de sua pena, *Direito Tributário Brasileiro*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 255 e ss.

<sup>7</sup> *Sobre o behaviorismo*. São Paulo: Atrix, s/d, p.13.

<sup>8</sup> *Hipótese de Incidência Tributária*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

A ciência normativa regula inter-relacionamentos, vale dizer, preocupa-se com as relações entre as pessoas, físicas ou jurídicas.

Essa ponderação enseja evidência de que o Direito, em verdade, tem sempre como objeto um comportamento. O comando normativo, ainda que se referindo às coisas (compra e venda de bens etc.), tem como objeto o regramento comportamental.

No Direito Tributário, o objeto de sua norma corresponde não ao dinheiro que se deve carrear aos cofres públicos, mas ao comportamento de encaminhar tais haveres àquelas burras. Esse montante em dinheiro é, quando muito, objeto material do comportamento, mas este, e somente este, é que se constitui como efetivo objeto do comando.

Essas determinações normativas exatamente por terem natureza legal revestem-se de objeto para o Direito. Outros comportamentos, por certo existem, são reais, observáveis, constatáveis empiricamente, mas não são objeto ante à falta de importância que a ciência jurídica lhes dispensa. São desprezíveis e irrelevantes.

Nesse sentido, o Direito exerce evidente função seletiva, optando por um ou outro comportamento. Da multiplicidade de comportamentos humanos e sociais, o Direito deita olhos sobre alguns, escolhendo-os e elevando-os, enquanto objetos de sua própria estruturação, como ciência. Eis a lógica da relação no Direito e a causalidade fenomênica tão bem explorada por Lourival Vilanova em sua extraordinária obra.

Por isso, podemos alardear que o único conteúdo possível ao Direito é a conduta humana, na medida em que os fatos concretos, da vida real, somente alcançam importância descortinando-se, submergindo da penumbra, quando e em função da conduta humana. Do contrário, na escuridão jurídica permanecem, gerando efeitos no mundo fenomênico, mas inertes no mundo das idéias jurídicas.

Geraldo Ataliba, nesse sentido, recorda pensamento formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, autorizado administrativista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que assim prelaçou:

“O Direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos, de um em relação a outro ou a outros. Eis porque todo direito pressupõe pelo menos duas pessoas. Eis porque na ilha de Robinson Crusóé não havia Direito. O Direito existe para regular relações entre as pessoas: comportamentos humanos relacionados mesmo quando parece que uma norma, jurídica está disciplinando uma relação entre uma pessoa e uma coisa, na verdade ela está regendo uma relação entre pessoas; estabelecendo que alguém deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa para outrem”.<sup>9</sup>

Essencialmente as categorias jurídicas e seus peculiares institutos só são válidos para o Direito. Eles só operarão efeitos para essa Ciência.

---

<sup>9</sup> *Apud* Ataliba, Geraldo. *Op. cit.* p., 20.

Na filosofia behaviorista, por exemplo, o campo de estudo igualmente é a natureza e os fenômenos que nela se operam tendo como agente as pessoas vistas em sua individualidade e em sua interação. Sua validação, no entanto, também se opera a partir de um critério de verdade, só que não normativo, mas sim consensual, do grupo. Nela o que se impõe, diferentemente da Ciência Normativa, não é uma concordância do grupamento social, quanto à aceitação jurídica ou não daquele comportamento. A inferência fenomenológica que se deve empreender numa e noutra é distinta, portanto.

O mesmo traço limítrofe pode ser depurado entre o Direito e a Psicologia, por exemplo. Para a Ciência do Comportamento, o estudo se dá na relação do homem e determinada realidade, vale dizer, seu estudo se estrutura para interpretar os fenômenos de consciência, como a percepção de um objeto, de uma dada realidade fática, e o modo como o sujeito em várias situações percebe aquela concretude fática.

Assim o Direito, como a Filosofia e a Psicologia, estuda também as relações do homem com o meio. Este, no entanto, ao agir sobre o indivíduo provoca reações, com as quais cada uma daquelas ciências de *per se* preocupar-se-ão. Para a normativa resultarão importantes apenas e tão somente aqueles comportamentos que expressamente o Direito inseriu no seu mundo, na sua realidade, no seu campo de estudo.

Da mesma forma, a fenomenologia tributária não diverge em nada daquela outra que tipifica o Direito em geral, em qualquer de suas multifacetárias manifestações. Daí o porquê de Ataliba expressar seu incormformismo com os que querem inserir na Ciência Jurídica, nuances econômicas, reduzindo-os a arautos e precursores do manicômio tributário<sup>10</sup> a que Becker se referiu:

“... daí o terrível engano dos que pensam que a Economia e o Direito podem estudar um mesmo objeto, o tributo, por exemplo, intercambiando informações, observações, princípios e técnicas de compreensão, operação e aplicação.”<sup>11</sup>

O objeto da norma é, em síntese, o comportamento e àquele comando este deve coadunar-se, enquanto conteúdo mandamental validado pelo sistema posto. Expressão desse pensar encontra sólido amparo, uma vez mais no mestre Ataliba:

“... meditemos sobre o que somos, sobre o que temos, e sobre o que fazemos. Somos capazes ou incapazes, eleitores ou não, funcionários ou simples administrados, maiores ou menores, etc., segundo a lei nos considere... pois a mesma norma que diz ser legítimo um recebimento (um aumento patrimonial), e que assim nos atribui a titularidade jurídica de um bem (dinheiro ou outra coisa), pode atribuir ao estado uma parcela deste bem”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> *Carnaval Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 26.

Ao prescrever determinado comportamento como modificador da realidade jurídica, o Direito essencialmente abstrato produz efeito concreto, palpável, pelo comportamento dos destinatários daquele mandamento. Daí o porquê de o Direito ter por finalidade possibilitar a vida em sociedade, atuando como meio para obrigar determinados comportamentos.

Por isso o insigne jusfilósofo Lourival Vilanova tece lições que se aplicam rigorosamente ao caso:

“A norma jurídica, geral e abstrata (generalidade e abstrateza, que não é de todas as normas), não se realiza, e não passa do nível conceptual para o domínio do real-social, sem o fato que lhe corresponde, como suporte fático de sua hipótese fática. Sem a fattispecie concreta correspondente à fattispecie abstrata. O fato, recortado de entre a multiplicidade heterogênea dos fatos sócio culturais (os fatos meramente físicos são qualificados valorativamente ao universo da cultura total), é, na medida em que corresponde ao esquema abstrato, o fato jurídico. O que excede ao esquema ou é juridicamente irrelevante, ou é relevante para outras hipóteses fáticas de normas do mesmo sistema jurídico-positivo. Ou para outros sistemas, os de outros Estados, ou o do sistema jurídico internacional público.

A norma, que é uma objetivação conceptual, passando para o campo dos fatos adquire a forma de objetivação social. Adquire algo da coisidade do social, no sentido durkheimiano. Assim sendo, a realização da norma é um processo de individuação. O fato é topicamente um aqui-e-agora. O fato típico, como classe (ou conjunto, em sentido matemático), inexistente como dado existencial: é uma construção conceptual, objetiva, sim, mas que não oferece a resistência das coisas e dos fatos que compõem o meu mundo circundante. A classe das coisas imóveis, no sentido jurídico, como classe, não é móvel nem imóvel (divisível ou indivisível, disponível ou indisponível).

O fato jurídico, pois, é uma concreção que se dá num ponto do tempo e num ponto do espaço. Mas o fato é jurídico porque alguma norma sobre ele incidu, ligando-lhe efeitos (pela relação de causalidade normativa). Suprimam-se normativamente efeitos e o fato jurídico fica tão-só como fato. O direito é um processo dinâmico de juridicização e de desjuridicização de fatos, consoante às valorações que o sistema imponha, ou recolha, como dado social (as valorações efetivas da comunidade que o legislador acolhe e as objetiva como normas impositivas).<sup>13</sup>

Permeado pelo acerto das constatações do professor pernambucano, Ataliba impõe a importância ao fato gerador (no dizer do CTN), ou ao fato impositivo (expressão preferida pelo mestre paulista, como já o expusemos), não como preconizador de sua glorificação, mas como instrumento a possibilitar ao exegeta os meios próprios de trilhar seguro caminho rumo à identificação da gênese obrigacional de cunho tributário. Dele são os prodigiosos ensinamentos:

---

<sup>13</sup> Op. cit., pp. 144-5.

“Em outras palavras: só interessam ao exegeta, no fato concreto subsumido à hipótese de incidência, os caracteres que tenham sido contemplados pela lei (h.i.). Os demais são desprezíveis, por irrelevantes. A multiplicidade de fatos concretos não é abrangida pelos conceitos legais (h.i.). Pelo contrário, só alguns fatos são objeto de conceitos legais, do que resulta que só um número muito reduzido constitui fato jurídico ou fato jurídico relevante”.<sup>14</sup>

Com base em tal extraordinária contribuição do celebrado mestre paulista, podemos assertoar que a hipótese de incidência contém uma descrição hipotética, dispondo abstratamente acerca de um fato. Constitui, então, em estreito apanhado, meio pelo qual o legislador institui um tributo, associando a tal descrição hipotética um “dar quantia em dinheiro”, vale dizer, conferindo àquela abstração um comando traduzido num: “pague”. Novamente nos valem das lições de Ataliba, sempre a nos socorrer ante a imensidão do horizonte jusfilosófico:

“... a criação de tributos - que se traduz na descrição hipotética dos fatos cuja ocorrência dá nascimento às obrigações tributárias concretas (h.i.) - é a mais solene e elevada manifestação da competência tributária de que são investidas as pessoas jurídicas. Esta manifestação precede lógica e cronologicamente à atividade concreta e efetiva de tributar. É a primeira, no sentido de que sem ela não pode haver ação tributária (tributação).”<sup>15</sup>

Claro, portanto escorados em tais ímpares ensinamentos, que nos é acertado afirmar que em havendo subsunção do fato à hipótese de incidência, haverá imposição. Não existindo aquele fenômeno<sup>16</sup>, nos depararemos com um fato irrelevante para o Direito Tributário.

De certo que para a doutrina formulada por Geraldo Ataliba, o vínculo obrigacional resultante no comando “pague”, enquanto ensejador da tributação, nasce, por força da lei, a partir da ocorrência do fato imponível. Em miúdo arrazoado é da concretização do fato imponível que nasce a obrigação tributária. Reside aí, pois, em última análise, a relevância de tal instituto e seu estudo para o Direito Tributário.

Cerremos portanto esta linha de pensamento, a fim de que possamos partir rumo ao destino a que nos propusemos no presente estudo, trazendo à baila as ponderações do saudoso mestre Ataliba, reproduzindo-lhe pensamento que, a nosso entender, esgota o assunto em lanço lapidar:

“... o vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força da lei, da ocorrência do fato imponível. A configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal) reunidos unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei:

---

<sup>14</sup> Op. cit., p. 60.

<sup>15</sup> Idem, p. 62.

<sup>16</sup> Aqui entendido como fenômeno que tem o poder de representar com rigor e por inteiro a previsão hipotética da lei.

criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso (...) Pontes de Miranda designa o fato imponible por suporte fático. Escreve excelentemente: 'a regra jurídica de tributação incide sobre suporte fático, com todas as regras jurídicas. Se ainda não existe o suporte fático, a regra jurídica de tributação não incide; se não se pode compor tal suporte fático, nunca incidirá. O crédito do tributo (imposto ou taxa) nasce do fato jurídico, que se produz com a entrada do suporte fático no mundo jurídico. Assim, nascem o débito, a pretensão e a obrigação de pagar o tributo, a ação e as exceções. O Direito Tributário é apenas ramo do Direito Público; integra-se, com os outros, na Teoria Geral do Direito' (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, tema II. p.366, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo). (...) é fato imponible um fato concreto que configura a descrição hipotética contida na lei. É a realização da previsão legal. O fato imponible está para a hipótese legal assim como, logicamente, o objeto está para o conceito.

A h.i. contém um arquétipo<sup>17</sup>, um protótipo bem circunstanciado. O fato imponible é a materialização deste arquétipo legal. Os escritores de Direito Penal, ao desenvolverem a teoria da tipicidade, nada mais fizeram do que enfatizar a necessidade da subsunção de um fato ao tipo legal, para que esse fato pudesse ser reputado crime".<sup>18</sup>

Após a categórica lição de Geraldo Ataliba, o silêncio se impõe.

---

<sup>17</sup> O signo "arquétipo", por certo, foi aqui empregado pelo professor da PUC/SP no sentido de forma substancial das coisas, como modelo original e exemplar pela qual se ergue uma obra, plano, idéia.

<sup>18</sup> Idem, pp. 65-7.

## **DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL**

*Márcio Vicente Faria Cozatti<sup>1</sup>*

### **Introdução**

Para emitir o provimento requerido pelas partes litigantes, o magistrado irá se valer dos fatos, alegados e provados. Portanto, a prova do alegado é, em nosso viso, tema central de todo processo de conhecimento. A ação judicial, processada, não obterá êxito se sua pretensão não restar provada. Para tanto, a observância das regras relativas à prova são de suma importância. *Alegatio et non probatio quase non alegatio*.

Nesta seara, surgem questões controversas, quais sejam: o que são meios moralmente legítimos aptos a produzir prova?; de quem é o ônus da prova?; a inversão do ônus probatório nos casos do Código de Defesa do Consumidor deverá ser requerida pela parte hipossuficiente ou poderá ser deferida *ex officio* pelo Magistrado? a inversão do ônus probatório depende da discricionariedade do Magistrado? qual o momento da inversão do ônus da prova? é possível a inversão do ônus da prova em qualquer procedimento regido pelo Código de Processo Civil?

Este trabalho visa tentar responder algumas dessas questões, não sem antes estabelecer os conceitos de ônus da prova e de prova propriamente dita.

Desde já podemos antecipar ser possível ao Magistrado a inversão do ônus probatório em qualquer processo civil, atendidos os requisitos legais, tendo em vista os poderes instrutórios do Juiz, norteando-se sempre pelo Princípio da Igualdade Processual.

### **Capítulo I – Conceito de prova**

Os direitos subjetivos que figuram nos litígios a serem solucionados pelo processo originam-se de fatos (*ex facto ius oritur*), segundo o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>2</sup>.

Destarte, o autor, ao propor a ação, e por sua vez o réu, ao ofertar sua resposta, ou mesmo terceiros intervenientes deverão invocar fatos que justifiquem a lide, vale dizer, o conflito de interesses - pretensão do autor -, qualificada por uma pretensão resistida.

---

<sup>1</sup> Advogado, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá, com especialização em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Professor Universitário, Presidente da Comissão Cultural da 33ª Subseção da OAB/SP, triênio 2001/2003.

<sup>2</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Ed. Forense, p. 415.

A sentença a ser proferida pelo magistrado será extraída do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo.

O processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens. O processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelas partes litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio.

Portanto, a mera alegação de fatos não é suficiente, há que se provar o alegado. Neste sentido, o escólio de JOÃO MONTEIRO:

*“Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado”<sup>3</sup>.*

Há, por isso, segundo o já citado mestre HUMBERTO THEODORO JUNIOR<sup>4</sup>, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

- a) objetivo - é o meio hábil para demonstrar a existência de um fato;
- b) subjetivo - é a certeza alcançada originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. É a convicção firmada pelo magistrado ante ao fato demonstrado.

Conclui o mestre arrimando-se em JOÃO MONTEIRO que, para o processo a prova não é somente um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência”<sup>5</sup>.

Portanto, a um só tempo, é a prova ação e efeito de provar. Segundo COUTURE: *“provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”<sup>6</sup>.*

Provar, na conceituação tradicional de MARCO ANTONIO BORGES, significa *“fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhes a certeza do modo de ser”<sup>7</sup>.*

Os fatos a serem provados deverão ser controvertidos, pertinentes e relevantes. Fato controvertido é a questão de fato debatida. O fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante, aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido, não for pertinente, ou se, apesar de pertinente, for irrelevante, inexistente a necessidade de produção de provas.

A prova deverá ser indicada pelo autor, com a inicial, nos termos do art.282,

---

<sup>3</sup> MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 3ª ed., v. II, § 122, nota 2, p. 93.

<sup>4</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 416.

<sup>5</sup> MONTEIRO, João, obra citada, p. 96.

<sup>6</sup> COUTURE, J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1974, nº 135, p. 215, apud THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 416.

<sup>7</sup> BORGES, Marco Antônio. *Teoria General de la Puebla em Direito Civil* - vol. I, p.3 - Enciclopédia Saraiva, vol.62, pp.355/356

inciso VI do Código de Processo Civil e pelo o réu, em sede de contestação, nos termos do art.300, do mesmo *codex*. A não observância desta regra, malgrado o despacho de “especificação de provas”, acarretará a perda dessa faculdade processual, operando-se a preclusão.

Para CHIOVENDA<sup>8</sup>, “o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por estes tidos como verdadeiros.” O réu, por seu turno, deve fornecer a prova de suas afirmações.

Portanto, parafraseando o mestre LEVENHAGEN<sup>9</sup>, o fato ou os fatos que fundamentam o pedido do autor, constantes da petição inicial, não podem limitar-se a simples alegações, mas, ao contrário, devem ser comprovados, para que possam ser levados em conta pelo juiz na sua decisão. O dever de produzir as provas necessárias à comprovação da existência e da veracidade desses fatos é que vem a ser o ônus da prova (do latim *onus probandi*, dever de provar) que, na Lei Processual brasileira, vem expressa no artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro - CPC, quando atribui ao autor o dever de produzir as provas quanto aos fatos que fundamentam o seu pedido. Ao autor, portanto, atribui-se o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos da ação. Nestes termos, trazemos à baila julgado da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTAS PROMISSÓRIAS - ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO - JUROS - ÔNUS DA PROVA.

*Embora admitida a discussão sobre a causa debendi dos títulos entre os intervenientes diretos, meras alegações não são hábeis a comprovar exorbitância na cobrança de juros, nem o pagamento do débito. É ônus do embargante a prova do fato extintivo da obrigação cambial, a qual prevalece ante a certeza traduzida pelas notas promissórias que embasam a execução. Embargos à execução improcedentes. Apelação improvida. Unânime.*

Decisão. Conhecer. Negar provimento. Unânime.

Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL APC4669497 DF

Registro do Acórdão Número : 110620

Data de Julgamento : 25/05/1998

Órgão Julgador : 2ª Turma Cível

Relator : MARIA BEATRIZ PARRILHA

Publicação no Diário da Justiça do DF : 09/12/1998, P. 70

Outrossim, não obstante caiba o ônus da prova (*onus probandi*), em regra, a quem alega, existe a possibilidade de sua inversão, quando prevista em lei. Portanto, em regra, cabe à parte e não ao juiz escolher/produzir a prova que lhe inte-

---

<sup>8</sup> CHIOVENDA, *apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, Ed. Saraiva, v. 2.

<sup>9</sup> LEVENHAGEN. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Atlas, p.110 e seguintes.

ressar. Porém, pode o magistrado assumir uma posição ativa, nos termos do art. 130 do CPC, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório<sup>10</sup>. Porém trata-se de “*exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com frequência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgador.*”<sup>11</sup>

## **Capítulo II - Características da prova**

Como asseverado alhures, a prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, suas pretensões. Esse é o entendimento do grande FRANCESCO CARNELUTTI, ao dizer que “*é justo reconhecer que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações: os fatos se provam, enquanto que se conhecem, para comprovar as afirmações*”<sup>12</sup>. Para tanto, o Código de Processo Civil Brasileiro estabeleceu os meios legais de prova, possibilitando que a prova dos fatos se faça também através de meios moralmente legítimos.

O direito, em regra, não se prova, pois *jura novit curia*. Excepcionalmente o direito deverá ser provado, como quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Nestes casos, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil.

Trataremos da regra. Os fatos poderão ser provados de forma direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção<sup>13</sup>.

Conforme alegado anteriormente, só os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes deverão ser provados. Por isso, cabe ao magistrado fixar, em audiência, os fatos a serem provados, nos termos do art. 451 do já citado *codex*. Aí está, pois, a discricionariedade do destinatário da prova ante o objeto da mesma.

Contudo, não são todos os fatos alegados pelas partes que devem ser provados. Como já afirmamos, somente os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes deverão ser provados. Há certos fatos que, embora alegado pelas partes, portanto controvertidos e relevantes para o processo, não precisam ser provados para serem tidos como demonstrados. Assim, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil,

---

<sup>10</sup> NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 439.

<sup>11</sup> Des. MALHEIROS, Antônio Carlos. in RT 714/158.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Editora Bookseller, Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 2001, p. 68.

<sup>13</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 417.

“não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

São notórios (*notoria non egent probatione*) os acontecimentos incontestáveis de conhecimento geral, como datas históricas, situações geográficas. A notoriedade de um fato deverá, contudo, ser observada com reservas, pois a mesma poderá ocorrer apenas num determinado círculo social ou profissional. Outrossim, o fato incontroverso não é objeto de prova. Sua prova é despicienda e inútil. Assim, a negativa, pela parte contrária, de fato incontroverso, deverá ser considerada litigância de má-fé, aplicando-se-lhe as penalidades legalmente previstas.

O destinatário da prova é o magistrado, que deverá ser convencido pelas partes da verdade dos fatos colocados em juízo para dar solução ao litígio. Portanto, a finalidade da prova é a formação da convicção do magistrado.

Para a realização das provas, há que se observar os meios legais previstos nos arts. 332 a 443 do CPC, bem como os meios “moralmente legítimos” (art. 332), pois constituem o método ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que formam o procedimento probatório e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja suficientemente eficaz para fundamentar e justificar a sentença.

### **Capítulo III - Meios de prova**

Segundo o art. 332 do CPC, são meios de prova não só os previstos em lei como os que, embora nela não arrolados, sejam hábeis para demonstrar a verdade dos fatos e se mostrem moralmente legítimos (indícios e presunções, prova emprestada, entre outras). Portanto o rol das provas é meramente exemplificativo. Tal dispositivo legal ganhou reforço da Constituição Federal de 1988, ao preconizar com garantia constitucional que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI). Portanto, *contrario sensu*, são admitidas, no processo, as provas obtidas por qualquer meio que não seja considerado ilícito.

A doutrina distingue prova ilegítima e prova ilícita: ilegítima é a que contraria norma processual; ilícita a que transgredir norma de direito material. Disso decorre que a ilegitimidade se apura no momento da proposição da prova, do requerimento de prova no processo, e a ilicitude ocorre no momento da colheita, da efetiva produção da prova, fato que, geralmente, se dá em fase pré-processual ou extraprocessual<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. in Riv. dir. proc., 1966, p. 448 e segs. apud ADA PELLEGRINI GRINOVER, op. cit., p. 61.

Portanto, todas as provas, a par da licitude procedimental, “*devem atender aos princípios da moralidade e lealdade*”<sup>15</sup>.

Verifica-se, pois, que o sistema de direito processual civil brasileiro busca a verdade real, caminho indispensável para a realização da Justiça, dentro dos padrões preconizados pelo Princípio do Devido Processo Legal, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal. Nesta oportunidade, socorremo-nos das sábias palavras do mestre FRANCESCO CARNELUTTI: “*A verdade é como a água; ou é pura, ou não é verdade*”<sup>16</sup>.

A respeito da prova emprestada, que é a extraída de um processo para ser utilizada em outro, entende-se que sua força probante fica na dependência de que sua obtenção tenha sido realizada em processo onde participou, regularmente, a pessoa contra quem se pretende utilizá-la na nova causa. Neste sentido:

“*É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar*” (RT 300/229, através de citação no ac. do STF, publicado na RTJ 56/285).

É conveniente lembrar que a prova emprestada não traz em si a indiscutibilidade, uma vez que, mesmo tendo servido de suporte a uma anterior sentença, não se investe o meio de convencimento da força de coisa julgada. A prova, como visto alhures, refere-se aos fatos alegados, e a verdade dos fatos não transita em julgado, nos termos do art. 469, inciso II do Código de Processo Civil. Por isso, a prova emprestada deverá ser objeto de reavaliação pelo magistrado, dentro do contexto da nova causa e das teses do novo contraditório, e não admitida como prova irrefutável, mas sim como mais um dos meios de se buscar a verdade real.

#### **Capítulo IV - Oportunidade da produção de prova**

Para que as provas sejam eficazes e não venham a ser consideradas ilegítimas, deverão seguir as formalidades previstas no Código de Processo Civil. Há, pois, um procedimento reservado à coleta das provas, denominado doutrinariamente procedimento probatório.

Como corolário do preceito constitucional, todas as provas deverão ser produzidas observado o princípio do contraditório. Deverão ser requeridas por uma parte (proposição), deferidas pelo Juiz (deferimento) e realizadas sob fiscalização da parte contrária (produção)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1984, SP, Saraiva, v. II, nº 43.4, p. 171.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco, *apud* LOPES DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Forense, v. III, p. 71.

<sup>17</sup> COUTURE, J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. ed. 1974, nº 162, p. 253, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 426.

Compreende o procedimento probatório, destarte, três estágios, que são:

- a) a proposição;
- b) o deferimento;
- c) a produção.

O autor na inicial se incumbe de especificar os fatos que fundamentam o pedido bem como indicar o meio de prova a ser utilizado. O réu, por sua vez, ao responder à ação do autor deverá fazer o mesmo. São estes os momentos processuais em que as partes, dentro da fase postulatória, propõem suas provas, sob pena de preclusão.

O deferimento e a produção das provas não são fases estanques. Em regra o magistrado, na fase do saneamento do processo, deferirá ou não os meios de prova propostos e especificados. Contudo, o deferimento de algumas provas será realizado em outro momento. A juntada de documentos é apreciada e deferida fora do momento próprio em que é realizado o saneamento do processo. Será realizada tão logo a parte requeira sua juntada aos autos, o que se faz ainda na fase postulatória. Ainda, a prova documental poderá ser proposta, deferida e produzida em outro momento processual que não a inicial e a contestação. Neste sentido, colacionamos os seguintes julgados:

*Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. O art. 397 do CPC permite juntar documentos novos em qualquer fase. O direito não deve ser sacrificado em nome do formalismo (STJ, 1ª T., REsp. 4.163, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, ac. 28.11.90, DJU, 04.02.91, p. 563).*

*Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo (TJSP, AI nº 184.687-2/5, Rel. Des. CLÍMACO GODOY, ac. 30.06.92, RT, 688/76. No mesmo sentido: RT, 599/106, 583/89, 484/93).*

A seguir, realiza-se a produção da prova, que consiste em diligência do juiz e seus auxiliares e das próprias partes, realizada para que a prova se incorpore materialmente aos autos.

A perda da oportunidade legal de produzir certa prova importa preclusão do direito da parte. Para o juiz, porém, não há preclusão, em tema de prova, como reiteradamente tem proclamado a jurisprudência:

*No direito pátrio, a preclusão não tem por objeto a própria atividade do juiz, somente recaindo sobre as faculdades dos litigantes ou sobre as questões dependentes, para serem conhecidas pelo juiz, da iniciativa das partes (CPC, arts. 128 e 471) (TARS, AI nº 191013200, Rel. Juiz ARAKEN DE ASSIS, ac. 17.04.91, "Julgs.*

TARS", 78/115).

Esse também é o pensamento da 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*O instituto da preclusão, em princípio, dirige-se às partes, como expresso no art. 437 do CPC, podendo o juiz de superior instância reexaminar decisões interlocutórias, máxime se pertinentes à prova (STJ, Embs. Decl. Resp. 2.340-SP, 4ª T., Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, ac. 23.10.90, DJU, 12.11.90, p. 12.872).*

De tal sorte, os poderes instrutórios do magistrado<sup>18</sup> estão alheios ao sistema de preclusões. Nesse sentido, decidiu o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que:

*O juiz pode, de ofício, em qualquer processo ou procedimento, mesmo após coleta da prova e debatida a causa, converter o julgamento em diligência, para ouvir pessoas, não arroladas pelas partes, não se limitando à prova então produzida. Em matéria de colheita de prova, vigora o princípio da livre investigação pelo juiz, observados os princípios da imparcialidade e da igualdade de tratamento às partes (TARS, AI nº 188.076.541, Rel. Juiz ALCEU DE MORAES, ac. 25.10.88, COAD/1988, nº 42.258).*

O que compete ao magistrado, em qualquer caso, é cercar o procedimento da prova ordenada de ofício de todas as cautelas inerentes ao contraditório e ampla defesa.

Portanto, o magistrado de qualquer instância detém, também, o poder de iniciativa da prova, que poderá usar, dentro das limitações já expostas. A busca da verdade real não condiz com o julgamento por magistrado que se encontre em estado de perplexidade frente aos fatos básicos da lide. Portanto, a conversão em diligência, para complementação da prova, nessa circunstância, é imperiosa e encontra perfeito respaldo na lei processual. Ousamos dizer, outrossim, aproveitando-nos destas conclusões acerca da conversão do julgamento em diligência, que os poderes instrutórios do magistrado poderão, também, inverter o ônus processual, tudo com vistas à busca da verdade real, norteando-se sempre pelo princípio constitucional da igualdade processual.

Ressalte-se que o processo civil está dentro de um sistema complexo. A harmonia e o equilíbrio das normas e princípios deverão ser buscados sempre, evitando-se exacerbação de um e aniquilamento de outros.

Assim, *a priori*, podemos dizer que em matéria de ônus da prova e iniciativa oficial da prova, a solução se encontra na conjugação dos princípios da isonomia entre as partes, da celeridade processual, da segurança das relações jurídicas e da imparcialidade do juiz.

---

<sup>18</sup> Expressão veiculada por BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. RT, 1994.

## Capítulo V - O ônus da prova

Ônus da prova é um encargo que consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz<sup>19</sup>. É a necessidade de provar para vencer a causa<sup>20</sup>. É, portanto, uma imposição e uma sanção de ordem processual. O ônus da prova é, pois, de quem cumpre provar os fatos constitutivos do seu direito ou de quem alegar fatos impeditivos modificativos ou extintivos do direito do autor.

*Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente<sup>21</sup>.*

O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda. O réu, por sua vez, tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Portanto, ônus significa que o descumprimento de uma determinada atitude gera conseqüências negativas que recairão sobre ele próprio. Ônus é o interesse da parte, sua necessidade em produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos por ele alegados. Difere da obrigação, que se verifica pela existência de uma conduta cujo cumprimento trará benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação; se houver descumprimento da obrigação haverá uma sanção jurídica.

A diferença entre ônus e dever é, pois, que o dever é uma relação jurídica entre dois indivíduos, um dos quais é o que deve, pode ser conversível em pecúnia e tem como característica básica a perpetuidade. Enquanto o ônus é uma relação consigo mesmo, não há relação entre sujeitos, satisfazê-la é do interesse do próprio onerado. Ele escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse. Ao contrário do dever, o ônus não tem característica de perpetuidade, pois se esgota com o seu cumprimento.

A doutrina relaciona espécies de ônus, quais sejam:

a) Ônus Perfeito - quando do descumprimento de uma atividade processual decorre uma conseqüência jurídica danosa. Exemplo claro é o recurso. Após a sentença, terá o sucumbente prazo para apresentar recurso. Se não o fizer, desencumbindo-se de seu ônus, far-se-á coisa julgada.

b) Ônus Imperfeito - quando a conseqüência danosa, oriunda do

---

<sup>19</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 423.

<sup>20</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed., V. II, nº 457, p. 187.

<sup>21</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, obra citada, p. 423.

descumprimento da atividade for possível, mas não necessária, como no caso, por exemplo, de a parte perder a oportunidade de especificar provas. É provável, não necessário, que o julgamento da demanda lhe seja desfavorável.

### **Capítulo VI - Da distribuição do ônus da prova**

De início, valho-me dos ensinamentos de CHIOVENDA<sup>22</sup> para asseverar que o ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo.

Normalmente, ao autor é atribuído o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito. A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido. A alegação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor pressupõe a admissão implícita ou explícita pelo réu do fato controvertido. Por esta razão incumbe ao réu provar o que alegou. Não provando, procedente será julgado o pedido.

É facultada às partes a prática de ato dispositivo bilateral (convenção processual) sobre distribuição do ônus da prova. Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR,

*“Como as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, se estipulem critérios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato”.*<sup>23</sup>

O ato dispositivo bilateral acerca da distribuição do ônus processual é limitado às hipóteses relacionadas no art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro, vale dizer: a) ser o direito indisponível; b) que a distribuição do ônus probatório não torne difícil a uma parte o exercício do direito.

A faculdade suso mencionada, dada pelo artigo 333 do CPC, contém autorização dada ao magistrado para negar homologação à convenção das partes que, distribuindo o ônus probatório diversamente ao disposto no *caput* o ônus probatório, torne impraticável a realização da prova por alguma delas.

Mais uma vez, vemos aqui que o magistrado, além dos poderes instrutórios que lhe confere o artigo 130 do Código de Processo Civil, tem o poder de inverter, em qualquer procedimento judicial civil, o ônus da prova.

Não é possível dizer que a distribuição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa. Assim sendo, caberá ao magistrado, ante o caso concreto, de ofício ou a requerimento da parte, amparado pelo Princípio da Persuasão Racional do Juiz ou princípio do livre convencimento, e, ainda, pelo Princípio da Livre Investiga-

---

<sup>22</sup> CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Saraiva, SP, 3ª Ed., 1969, v. 2, p. 375.

<sup>23</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto, *obra citada*, p. 424/425.

ção das Provas, determinar provas necessárias à instrução do processo, incluindo-se aí, também, em nosso sentir, a inversão do ônus probatório.

A razão determinante da divisão do ônus da prova no processo civil decorre, segundo CHIOVENDA, do princípio de justiça distributiva, o princípio da igualdade das partes<sup>24</sup>.

Contudo, como adverte o próprio CHIOVENDA, à medida que a evolução do processo vai admitindo a iniciativa do magistrado na produção da prova e na inversão do ônus probatório, reduz-se a importância do rigor quanto à divisão do mesmo.

*“A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos.*

*Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece, justamente, que, a passo com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à repartição legal do ônus da prova, do que encontramos vestígios já na doutrina e mesmo nas obras legislativas mais recentes.*

*Assim que, por exemplo, Kohler, Civilprozessrecht, § 55, reputa toda a doutrina sobre o ônus da prova como própria de um período já ultrapassado, como derivação do sistema da prova legal. Ele sustenta que às considerações de equidade aproximativa, que inspiram as normas gerais sobre o ônus da prova, devem substituir-se considerações precisas de equidade, no caso dado, por obra do juiz.”<sup>25</sup>*

Se o juiz decidir segundo rígido princípio de prévia divisão do ônus da prova, ele muitas vezes decidirá contra a equidade, o bom senso. Mas se ele decide não segundo a carga probatória, mas segundo a busca que fez da verdade real, da verdade provável, ele não estará sendo arbitrário, mas estará correspondendo, ao contrário, ao ideal de um direito mais perfeito.

Nosso Código de Processo Civil vigente quebrou, com relação à prova, o rígido princípio dispositivo, dando ao juiz a iniciativa de determinação da prova (art. 130). Portanto, não há como entender que seja rigorosa a divisão da carga probatória prevista no art. 333 do mesmo diploma legal.

Não pretendemos, com estas alegações, asseverar que o sistema de distribuição do ônus da prova apregoado no direito positivo brasileiro deva ser, em qualquer hipótese, subjugado pelo magistrado à seu bel prazer. Neste sentido, há que se registrar o brilhante escólio de JOÃO BATISTA LOPES:

*“Por outras palavras, o preceito do art. 130 não está isolado no Código, mas deve ser interpretado em combinação com o art. 333, que dispõe sobre as regras do ônus da prova”<sup>26</sup>.*

---

<sup>24</sup> CHIOVENDA, obra citada, p. 379.

<sup>25</sup> CHIOVENDA, obra citada, p. 388/381.

<sup>26</sup> LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. in Repró 35/36, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p.84.

No mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE assevera:

*“O art. 130 somente seria aplicado, portanto, quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou sem conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova”<sup>27</sup>.*

Forçoso concluir, pois, neste momento, que o sistema do ônus probatório vem sendo abrandado pela doutrina e jurisprudência, a partir da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil Brasileiro, possibilitando ao magistrado, depois de esgotada a atividade probatória das partes, bem como ante a hipossuficiência de uma delas - o que tornaria difícil ou impossível a prova em juízo -, determinar qual dos litigantes tenha o ônus da prova, atendendo obviamente ao princípio constitucional da isonomia.

## **Capítulo VII – Da inversão do ônus da prova**

### **1 - Requisitos para a inversão do ônus da prova**

No direito processual civil brasileiro, como regra, não há inversão do ônus da prova. Excepcionalmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz quando “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente”:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor  
(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”

Trata-se de norma que deverá nortear-nos para que seja possível considerar a inversão do ônus probatório no processo civil, não como gizada por legislação específica, mas como extração lógica do princípio da isonomia, devendo, pois, ser considerada regra.

Inicialmente devemos levantar a reflexão que permeia a doutrina acerca da conjunção “ou” presente na redação do dispositivo. Se for entendido como conjunção alternativa, os requisitos podem ocorrer separadamente. Já se o “ou” for lido como “e”, conjunção aditiva, haverá a necessidade da presença dos dois requisitos simultaneamente.

---

<sup>27</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p.85.

A maioria dos doutrinadores entende que a finalidade da norma em questão é a proteção ao consumidor. Assim sendo, entendem a necessidade de somente um dos requisitos para que seja realizável a inversão do ônus da prova. Contudo, em nosso entender, não são alternativos os requisitos, mas sim aditivos, vale dizer, ambos deverão estar presentes, além do requerimento, para que seja possível a concessão da inversão do ônus da prova.

A finalidade do dispositivo indicado é dar ao consumidor litigante em juízo a possibilidade de litigar em igualdade de condições com seu *ex adverso*. A relação de desigualdade não ocorre somente no âmbito das relações de consumo. Assim também há que ser entendida a “recomendação” da inversão do ônus da prova - recomendação, uma vez que não encerra um princípio processual - como regra geral no processo civil e não somente como regra do processo civil no âmbito das relações de consumo.

Basta, pois, para que se inverta o ônus da prova, a ocorrência da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência.

Quanto à verossimilhança da alegação é interessante a colocação de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. O mestre utiliza-se dos conceitos de verossimilhança fornecidos pelos estudos doutrinários realizados e firmados para a concessão da antecipação da tutela.

*“Os comentadores da nova lei processual sustentam que a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui”<sup>28</sup>.*

O conceito de “hipossuficiência” deverá ser entendido não só sob o aspecto econômico, mas também sob os aspectos jurídico, cultural e social, para abranger pessoa de “poucas luzes”, vale dizer, pessoa de discernimento pouco desenvolvido, ficando, é claro, ao critério do Juiz, segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova, pois, visa amparar o litigante hipossuficiente, cujas alegações possuam verossimilhança, quanto ao perigo de este não conseguir, em decorrência da sua fragilidade processual, provar o fato constitutivo de seu direito. Se assim não fosse, a não inversão do ônus da prova, em determinados casos, acarretaria a inviabilidade do acesso ao Poder Judiciário, constituindo-se em atentado à Lei Maior.

---

<sup>28</sup> CARREIRAALVIM, J.E. *Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey, 1995. p. 104 *apud* BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. in Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento) / coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Ada Pellegrini Grinover...[et al] - Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 131.

## 2 - Inversão do ônus da prova – requerimento ou ex officio

Atendidos os requisitos da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência do litigante, cabe indagar: é possível a aplicação da inversão do ônus da prova *ex officio* ou a mesma somente se operará se o hipossuficiente, ante a verossimilhança de suas alegações, assim o requerer ?

Mais uma vez, socorremo-nos do escólio do brilhante CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. Ensina-nos o mestre que a inversão do ônus da prova poderá ser aplicada nas duas hipóteses, justificando seu entendimento:

*“tratando-se de um dos direitos básicos do consumidor, e sendo o diploma composto de normas de ordem pública (art. 1º), deve-se entender que a medida independe da iniciativa do interessado em requerê-la.”*<sup>29</sup>

Portanto, pelo entendimento acima exposto, podemos extrair que o magistrado tem, desde que presentes os requisitos, o “poder discricionário” de inverter *ex officio* o ônus da prova em favor do hipossuficiente.

Todavia, esse entendimento não é unânime. A lei consumerista não assevera que fica “a critério do juiz” inverter o ônus da prova. O que fica “a critério do juiz” é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão dos fatos é verossímil. É somente este seu poder discricionário. Reconhecida a hipossuficiência bem como a verossimilhança da alegação, não mais lhe cabe decidir “a seu critério” se inverterá o ônus da prova ou não. O papel do magistrado é, pois, meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo *codex* consumerista. Neste sentido, colacionamos acórdão da Colenda 9ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do eminente Desembargador Aldo Magalhães:

PROVA - INVERSÃO DE ÔNUS - ADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE DE PROPAGANDA ENGANOSA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 38 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Inversão que não depende da discricionariedade do juiz. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido. O ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária cabe a quem os patrocina, sendo independente sua atribuição da discricionariedade do juiz. (TJSP - 9ª Câm. Civil; Ap. Cível. nº 255.461-2-6-São Paulo; Rel. Des. Aldo Magalhães; j. 06.04.1995; v.u.) BAASP 1911/222-j de 09.08.1995.*

Em nosso entender, pois, ainda que reconhecidos pelo magistrado os critérios da hipossuficiência e da verossimilhança do alegado, não poderá o mesmo inverter o ônus da prova sem que haja requerimento da parte, malgrado a interpreta-

---

<sup>29</sup> BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Obra citada.* p. 128.

ção analógica parta de uma norma de ordem pública que assevera competir ao juiz declarar de ofício, quando atendidos os pressupostos legais, a inversão do ônus da prova. Qualquer entendimento contrário macularia o princípio da imparcialidade do juiz.

### **3 - Efeitos da inversão do ônus da prova**

A inversão do ônus da prova vem facilitar o acesso do cidadão à justiça e tentar equilibrar uma balança que quase sempre pende para o lado do social, cultural e economicamente mais poderoso, fornecedor, locador, empregador, Poder Público. Portanto, entendemos que a inversão do ônus da prova não poderá ficar restrita aos casos previstos na legislação consumerista, mas deverá ser estendido, através de uma interpretação analógica, a todas as demandas processuais cíveis em que, após requerimento do litigante, se vislumbre a verossimilhança da alegação bem como se verifique sua hipossuficiência, vale dizer, sua dificuldade em provar determinado fato, estendendo-se, assim, o princípio constitucional da isonomia a todos os que apresentem e requeiram o reconhecimento de suas pretensões em juízo. A divisão do ônus da prova prevista no processo civil tem como premissa a igualdade das partes. Para que todos sejam iguais, processualmente falando, necessário é que se assegure a todos a possibilidade de provar o que alegaram. Se não puderem fazê-lo, necessário se faz a inversão do ônus probatório.

Mas, a inversão do ônus da prova deve, necessariamente, decorrer de expresso comando legal ?

Creemos que não. Como vimos alhures, não se pode falar em sistema rígido de distribuição do ônus probatório no processo civil. Nosso sistema processual civil admite a iniciativa do juiz na produção da prova, bem como preconiza o livre convencimento motivado do julgador. Portanto, é plenamente viável, interpretando-se analogicamente as normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicar a inversão do ônus da prova a outros casos no processo civil.

Transferir ao hipossuficiente a prova de alguns fatos é quase sempre lhe negar a justiça. Por tal razão, a seu prudente arbítrio, o magistrado pode quebrar este critério, considerando “as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, nos termos do disposto no art. 335 do CPC. Noutro giro verbal, na falta de normas jurídicas específicas ao caso concreto, o magistrado aplicará as regras de experiência comum. É conceito corrente, e base da isonomia, que os desiguais devem ser tratados desigualmente.

Preconizamos aqui a necessidade premente de uma flexibilização na distribuição do ônus da prova. E o fazemos por considerar as diversidades entre os vários litigantes. Entendemos ainda que o não reconhecimento de tal necessidade nos levará a caminhar a passos largos para a mais completa e nefasta injustiça, decorrente da aplicação da técnica pela técnica, que é a própria negação do processo.

### **Capítulo VIII - Oportunidade processual para o juiz declarar invertido o ônus da prova**

A parte deve ter o conhecimento prévio dos critérios de distribuição que serão utilizados pelo magistrado para o sentenciamento, sob pena de não ter a oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, bem como, por consequência, ser ao final surpreendido por um provimento favorável ao seu adversário. Nesse sentido, admitir que as partes somente possam ter conhecimento das regras de distribuição do ônus da prova após toda a instrução probatória ter sido realizada é uma afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, pois, não obstante, a parte já não mais poderá, na sistemática processual vigente, produzir novas provas, em razão da preclusão.

Há três posições doutrinárias acerca da inversão do ônus da prova. A primeira sustenta ser o despacho inicial o momento oportuno para a inversão do ônus da prova. Alega-se que, no momento em que o autor ingressa em juízo com sua pretensão, o magistrado diante das alegações carreadas dispõe, desde já, com a possibilidade de aplicar a inversão, quando preenchidos os requisitos legais, ou seja, verossimilhança da alegação, que exerce através de um juízo de probabilidade, e a hipossuficiência, facilmente constatada, pelas condições culturais, sociais e econômicas. A crítica que se faz é que nesta oportunidade não houve ainda o contraditório para que se declare invertido o ônus da prova.

A segunda posição sustenta que a inversão do ônus da prova se dê por ocasião do saneamento do processo. O magistrado, ao fixar os pontos controversos indica a quem compete a demonstração da veracidade dos fatos. A mesma crítica que será feita à terceira posição, guardadas as devidas proporções, aqui se faz. As regras do jogo não poderão ser alteradas ou fixadas pelo magistrado durante o processo, sob pena de, aí sim, ferir-se o princípio do contraditório e da isonomia.

A terceira posição sustenta que a inversão do ônus da prova deva ser reconhecida por ocasião do sentenciamento. Talvez a posição mais combatida, pois consideramos injusto desenvolver-se a atividade probatória para somente ao final do processo distribuir seus ônus. Destarte, permitir que seja aplicada a inversão somente na fase decisória constitui um verdadeiro atentado ao princípio da ampla defesa, já que para as partes, enquanto não se dispuser do contrário, competirá produzir as provas que lhes interessam, dentro da sistemática processual da regra geral prevista no artigo 333 do Código Processual Civil. A inversão do ônus da prova somente nesta oportunidade violará o princípio da ampla defesa, causando cerceamento de defesa.

Posicionamo-nos com a primeira corrente. Ao receber a inicial, o magistrado determina a citação do réu, oportunidade em que por intermédio de uma decisão interlocutória, concede a inversão sobre o ônus da prova. Assim, quando o réu é citado para defender-se, é também intimado da decisão que inverteu o ônus probante. Não sofrerá qualquer prejuízo, pois, neste mesmo momento em que se inicia o

prazo para a contestação, poderá o réu valer-se do recurso de agravo, na forma de instrumento ou retido, com a finalidade, de apresentando suas razões, modificar a decisão interlocutória. Nem se alegue, pois, que neste momento processual o juiz não conhece os argumentos da contestação e, dessa maneira, não conhece ainda quais são os pontos controvertidos do processo. Se tal consideração fosse relevada, em nenhuma hipótese seria possível a concessão das tutelas de emergência. O princípio constitucional do contraditório, ainda que diferido, está garantido. Da mesma forma, quando o hipossuficiente for réu, o requerimento de inversão do ônus probatório dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor deverá ser realizado em sede de contestação, e a decisão acerca de seu deferimento ou não deverá ser proferida na fase das providências preliminares, em momento imediatamente anterior ao da especificação das provas. Fundamentamos nossa posição. A decisão acerca da inversão do ônus probatório deverá ser realizada pelo magistrado no primeiro momento após o requerimento de inversão. A atividade instrutória não se realiza tão somente através de prova testemunhal, pericial, depoimento pessoal, inspeção judicial, confissão, exibição de documento ou coisa, mas também através de prova documental, que, a teor do art. 396 do CPC, deverá ser produzida na petição inicial ou na resposta do réu. Some-se a tal entendimento que a moderna doutrina processualista entende que a fase instrutória não é estanque, mas sim pulverizada em todo o procedimento.

Conclui-se, portanto, que o momento apropriado para que o magistrado declare invertido o ônus de prova é na primeira oportunidade que tenha de conhecer o requerimento de inversão do *onus probandi*, à luz dos requisitos legais de verossimilhança da alegação e hipossuficiência, bem como à luz do princípio da isonomia, seja do autor seja do réu. A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória propriamente dita. Do momento em que despacha a inicial até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes. Contudo, não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ideal para a declaração de inversão do ônus da prova, ao magistrado não mais cabe fazê-lo. Isso porque a verossimilhança, em alguns casos, somente se configura após um início de prova. Afinal, também a verossimilhança deve ser cabalmente demonstrada ao convencimento do magistrado, e esse ônus é exclusivamente do requerente da inversão do *onus probandi*. Não será porque a fase instrutória se encerrou que o magistrado não poderá, convencido da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova.

## Conclusão

Em momento algum pretendi esgotar o tema proposto: “*ad impossibilia nemo tenetur*”. Questionar a rotina dos procedimentos diários foi o objetivo aqui perseguido. Destarte, nos propusemos a tentativa de responder algumas questões acerca do controvertido tema “DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL”. Asseveramos, para tanto, que, para que se chegue ao sentenciamento, o magistrado deverá arrimar-se nos fatos alegados e provados pelas partes. Ao desenvolver os capítulos, nos foi possível o posicionamento acerca destas questões.

O moderno processo civil é visto como um dos principais instrumentos de realização e defesa das liberdades fundamentais. Mas essa função restará gravemente comprometida se, dentro dele, a atividade probatória não se inspirar nos grandes princípios que embasam o devido processo legal, com os consectários indispensáveis do contraditório e ampla defesa das partes, da imparcialidade do julgador e da isonomia, em busca da verdade real.

Todo fato alegado em juízo deverá ser provado. Todo e qualquer meio de prova permitido em direito pode ser utilizado nas ações propostas. A regra geral sobre o ônus da prova é prevista no art. 333 do CPC. A inversão do ônus da prova está prevista, de forma esparsa, em nosso ordenamento jurídico, notadamente no Código de Defesa do Consumidor.

Concluimos ser possível ao magistrado a inversão do ônus probatório em qualquer ação judicial civil, e não somente segundo a legislação consumerista, desde que atendidos os requisitos legais da hipossuficiência e verossimilhança do alegado, tendo em vista os poderes instrutórios do Juiz, norteado sempre pelo Princípio da Igualdade Processual. Deverá o juiz pautar-se pelas máximas de experiência para inverter ou não o ônus da prova.

A inversão do ônus da prova está ligada à idéia de “facilitação da defesa em juízo”, seja do consumidor ou de qualquer litigante hipossuficiente. A hipossuficiência diz respeito tanto à dificuldade econômica, social e cultural quanto à técnica do litigante em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Fundamentamos o entendimento de que a inversão do ônus da prova poderá ocorrer em qualquer processo civil, pois o rol das provas relacionado no Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, e o magistrado de qualquer instância detém o poder de iniciativa da prova. Arrimado neste poder, deverá ir em busca da verdade real. Assim, sendo possível a conversão do julgamento em diligência, podem os magistrados, também, inverter o ônus processual, tudo com vistas à busca da verdade real, norteando-se sempre pelo princípio constitucional da igualdade processual, bem como pelos princípios processuais da celeridade processual, da segurança das relações jurídicas e da imparcialidade do juiz.

A regra geral acerca do ônus da prova é: quem alega deve provar. Não é possível dizer que a distribuição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa. Portanto caberá ao magistrado, ante o caso concreto, de ofício ou a requeri-

mento da parte, amparado pelo Princípio da Persuasão Racional do Juiz ou princípio do livre convencimento, e ainda, pelo Princípio da Livre Investigação das Provas, determinar provas necessárias à instrução do processo, incluindo-se aí, também, a inversão do ônus probatório. Se o juiz decidir segundo o rígido princípio de prévia divisão do ônus da prova, ele muitas vezes decidirá contra a equidade, o bom senso. Mas se ele decide não segundo a carga probatória, mas segundo a busca que fez da verdade real, da verdade provável, ele não será arbitrário, mas estará correspondendo, ao contrário, ao ideal de um direito mais perfeito, próximo do ideal de Justiça. Nosso Código de Processo Civil vigente quebrou, com relação à prova, o rígido princípio dispositivo, dando ao juiz a iniciativa de determinação da prova (art. 130). Portanto, não há como entender que seja rigorosa a divisão da carga probatória prevista no art. 333 do mesmo diploma legal.

São requisitos para a inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, que deverá ser utilizado como paradigma para a analogia, a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do requerente, além de seu pedido expresso de inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova, pois, visa amparar o litigante hipossuficiente, cujas alegações possuam verossimilhança, quando houver perigo de este não conseguir, em decorrência da sua fragilidade processual, provar o fato constitutivo de seu direito. Se assim não fosse, a não inversão do ônus da prova, em determinados casos, acarretaria a inviabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Parece-nos, pois, que a inversão do ônus da prova é extração lógica do princípio da isonomia, para que as partes possam litigar em igualdade de condições.

O momento apropriado para o magistrado declarar invertido o ônus de prova é na primeira oportunidade que tenha de conhecer o requerimento de inversão do *onus probandi*, à luz dos requisitos legais e do princípio da isonomia do requerente, seja autor ou réu. A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória propriamente dita. Do momento em que despacha a inicial até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já se inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes. Contudo, não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ideal para a declaração de inversão do ônus da prova, ao magistrado não mais cabe fazê-lo. Isso porque a verossimilhança, em alguns casos, somente se configura após um início de prova. Afinal, também a verossimilhança deve ser cabalmente demonstrada ao convencimento do magistrado, e esse ônus é exclusivamente do requerente hipossuficiente. Não será porque a fase instrutória se encerrou que o magistrado não poderá, convencido da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova, pois para o magistrado, não há preclusão, seus poderes instrutórios<sup>30</sup> estão alheios ao sistema de preclusões.

---

<sup>30</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, Revista dos Tribunais

### **Bibliografia**

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2ª ed., 1952.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2000.

ARRUDA ALVIM, Teresa Celina. "Limites à chamada 'discricionariedade' judicial", in *Revista de Direito Público*, vol. 96, São Paulo, Ed. RT.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil", in *Temas de Direito Processual*, terceira série, São Paulo, Ed. Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. "Julgamento e ônus da prova", in *Temas de Direito Processual*, segunda série, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BORGES, Marco Antônio. *Teoria General de la Puebla em Direito Civil* - vol. I - Enciclopédia Saraiva, vol. 62.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Editora Bookseller, Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 2001.

\_\_\_\_\_. *apud* LOPES DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. III.

CARREIRAALVIM, J.E., *Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey, 1995, *apud* BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. in *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento) / coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Ada Pellegrini Grinover...[et al]* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

CHIOVENDA, *apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Ed. Saraiva, v. 2.

- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1969, v. 2.
- COUTURE, J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1974, nº 135, p. 215, apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª ed., V. II, nº 457.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1984, São Paulo, Saraiva, v. II, nº 43.4.
- LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. in Repro 35/36, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MALHEIROS, Des. Antônio Carlos. in RT 714/158
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à justiça e ao Ministério Público, *Justitia*, São Paulo, ano 51, abr./jun. 1989.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3ª ed., v. II, § 122, nota 2, apud THEODORO JUNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo –Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- NUVOLONE. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. in Riv. dir. proc., 1966, p. 448 e segs. apud ADA PELLEGRINI GRINOVER.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.



## **CARTÃO DE CRÉDITO E MANIPULAÇÃO DA ASSINATURA DIGITAL**

**CELESTE LEITE DOS SANTOS\***

### **1 - Introdução**

Há pouco mais de trinta anos a elaboração eletrônica de dados invadiu todos os setores da sociedade, provocando verdadeira revolução nos usos financeiros, comerciais e econômicos em geral.

O termo informática nasceu da fusão de informação e automática, entendendo-se como o conjunto de atividades e de noções que resguardam a representação, transmissão, transformação e elaboração automática das informações mediante cálculos eletrônicos. As transformações introduzidas pela informática resguardam hoje os diversos setores da sociedade pós-industrial.

O americano Donn B. Parker, um dos maiores especialistas em "computer crime", cogitou da possibilidade de uma "guerra informática" entre Estados, onde se pode visualizar a tentativa de danificar ou destruir os dados (arquivos ou banco de dados) nos sistemas informativos do inimigo.

As questões mais suscitadas na atualidade referem-se à segurança das informações, nas quais o tema assinatura digital e fraude dos cartões de crédito se insere, dado que o núcleo essencial é justamente a informação.

O grau de virtualidade operativa desses sistemas, ante a ausência de regulação legal, denota a necessidade de o Direito Penal intervir nos crimes informáticos, cumprindo a sua função de instrumento de defesa social que se circunscreve ao denominado "mínimo legal".

Do ponto de vista jurídico, há a necessidade de segurança técnica dos dados, havendo uma tendência à uniformização das legislações dos distintos Estados.

O pano de fundo dessa problemática é a segurança informática, dada a escassa propensão das empresas em investir nesse setor. Por segurança informática deve-se entender todas as medidas e técnicas necessárias para proteger o *hardware*, o *software* e os dados dos acessos não autorizados (intencionais ou não), para garantir a privacidade de eventuais usos ilícitos como a divulgação, modificação ou destruição. A segurança informática se estende à elaboração mesma dos programas de dados e dos arquivos.

Falar em segurança do sistema informativo implica necessariamente em três níveis:

---

\*Advogada, Doutora em Direito pela FADUSP, Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Professora das Faculdades Integradas Anchieta e do Curso de Extensão do COGEAE (PUC-SP).

- a ) *físico* – isto é, salvaguarda de destruição do centro EDP e de tudo o que interessa à elaboração dos dados;
- b ) *lógico* – realizada principalmente via *software*;
- c ) *legal* – ou pelo menos controle dos tipos legais.

## **2 - Direito Econômico**

Trata-se de concepção jurídica de caráter político, que subordina as instituições à organização econômica imposta pelo Estado.

O direito econômico não é um ramo do direito caracterizado por seu sujeito, objeto ou características especiais, senão uma transformação dos princípios inspiradores de todo o direito patrimonial a impulsos de um movimento que, frente à ideologia do último século, sobrepõe o coletivo ao individual e o público ao privado<sup>1</sup>.

O Direito Econômico é concebido hoje como o conceito normativo que tem por objeto delimitar, preservar e proteger a “ordem pública econômica”, as diretrizes fundamentais dentro das quais devem decorrer as relações e transações de caráter econômico<sup>2</sup>.

### **2.1. Ordem Pública Econômica**

É o conjunto de normas imperativas que se referem à organização econômica do Estado, devendo ser observadas pelas pessoas privadas no exercício de suas atividades econômicas.

Do conceito acima explicitado apreende-se que a organização econômica é a expressão jurídica da ordem econômica fundamental de uma sociedade determinada. No caso da República Federativa do Brasil, adotou-se o *modelo econômico constitucional*<sup>3</sup>. Desse modo, a Carta Magna disciplina a matéria no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, a matéria nos arts. 170/181.

A opção política do legislador brasileiro está inserta no art. 170 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;

---

<sup>1</sup> RUBIO. *Sobre el concepto de Derecho Mercantil*. vol. IV, p. 353.

<sup>2</sup> HERRERO, Cesar. *Los Delitos Economicos – Perspectiva Jurídica e Criminologica*, p. 33.

<sup>3</sup> Preleciona Herrero, C., op. cit., p. 34: “Nos Estados de Direito, estas diretrizes podem estar estabelecidas na Constituição. Nesse sentido, pois, o Direito Econômico teria por objeto o modelo econômico constitucional”.

III – função social da propriedade;  
IV – livre concorrência;  
V – defesa do consumidor;  
VI – defesa do meio ambiente;  
VII – redução das desigualdades regionais e sociais;  
VIII – busca do pleno emprego;  
IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração do país.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

## **2.2. Direito Penal Econômico**

As normas econômicas possuem natureza jurídica diversa, destacando-se:  
a ) as de caráter administrativo não sancionador – planificação imperativa da economia nacional (Novoa Monreal, 1978);

b ) as revestidas de obrigatoriedade em que sua não observância (ilícito administrativo) tem por conseqüência a imposição de sanções de índole administrativa;

c ) as que culminam ao seu descumprimento em efeitos puramente punitivos. Este grupo de dispositivos legais constitui o denominado Direito Penal Econômico.

O Direito Penal, entendido como instrumento de defesa social, possui relevância jurídica e social no caso de comprovada inutilidade ou insuficiência de outras sanções.

Desde esse ponto de vista fala-se no princípio da “mínima suficiência”, que se expressa na filosofia jurídica dizendo que o conteúdo da ordem é um fim essencial da comunidade, o que pode acarretar, para sua consecução, graves restrições da liberdade pessoal dos cidadãos; também, por isso, há de praticar-se, unicamente, nos limites do estritamente indispensável, porque a liberdade pessoal tem que ser tutelada como um bem jurídico em si<sup>4</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias esclarece:

O lugar da liberdade vem a cobrir-se com a mais radical e originária das realidades: o existir humano; com que se abre à sua investigação um novo campo de possibilidades (para onde, de resto, apontam já quase todas as considerações críticas anteriores): o de a essência da liberdade se cobrir com a peculiaridade irredutível do ser-homem, o de constituir ela, afinal, a originalidade de um modo de ser próprio que, como fundamento oculto, se exprime no homem e na sua obra<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> E. Fortuna. *Manuale di Diritto Penale dell'Economia*, p. 3.

<sup>5</sup> *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 136.

Nessa linha de raciocínio, Klaus Tiedmann preconiza:

É certo que, em muitos sistemas, é mais propriamente a legislação civil e administrativa que se encontram, e muito justamente, em primeiro plano na luta contra a delinquência econômica. Isto é particularmente certo no que afeta a proteção dos consumidores. O direito penal não cumpre, pois, nesta esfera, mais que uma função subsidiária em relação com o direito econômico, o direito comercial ou financeiro. Constitui tão somente a “ultima ratio” reservada aos atos mais graves contra a regulação da vida econômica. Ao mesmo tempo, devido a limitar-se a proteger os valores e interesses fundamentais de uma sociedade determinada, o direito penal reflete, de forma quase negativa, estes valores fundamentais e dirige a opinião pública até a finalidade de criar ou manter certas regras mínimas nas relações e transações econômicas<sup>6</sup>.

Apesar do número e da duração de esforços científicos no direito penal, na criminologia e na política criminal no âmbito das empresas e da vida econômica, os conceitos e os princípios essenciais do direito penal econômico e empresarial não são tão claros no direito comparado. Uma das razões poderia ser o fato de que a maior parte das recentes reuniões científicas sobre o tema tem dirigido seu interesse sobretudo aos problemas criminológicos, a causa de inegável importância atual desses problemas, olvidados durante muito tempo pela criminologia tradicional. (...) Não obstante essas divergências conceituais e terminológicas, o tema do colóquio não deverá em nenhum caso restringir-se aos delitos e contravenções cometidos com ajuda de uma empresa (“corporate crime”). Deverá compreender também os delitos cometidos por particulares contra a ordem econômica (incluindo-se a legislação financeira e social). E, assim mesmo, aqueles atos que pretendem desde sua origem uma finalidade delitiva de conteúdo econômico (“crime as business”). A existência de uma afinidade com o crime organizado não deve impedir o estudo desta parcela particularmente perigosa da criminalidade econômica<sup>7</sup>.

### **2.3. Conceito de crime econômico**

É a infração jurídico-penal que lesa ou põe em perigo a ordem econômica. O conceito de ordem econômica, conforme foi exposto acima, pode variar de acordo com a opção política adotada pelo legislador nos diversos ordenamentos jurídicos.

### **2.4. Crimes econômicos praticados através das novas tecnologias de informação<sup>8</sup>**

---

<sup>6</sup> *Concepto y principios del Derecho Penal Económico – incluida a protección aos consumidores*. Boletim de Informação do Ministério da Justiça da Espanha, n. 248-250 ( 1981 ), p. 119.

<sup>7</sup> Cfr. Klaus Tiedmann, op. cit., p. 118-119.

<sup>8</sup> Cfr. Carlos M. Romeo Casabona. *La reforma penal ante as novas tecnologias de información*. in: *Informática e Diritto*, 3 ( 1987 ), p. 115-118.

Poder-se-ia apontar como crimes econômicos dessa natureza:

a ) *fraude informática* – consiste na manipulação de dados informáticos que conduz, na realidade, a uma fraude;

A manipulação da assinatura digital se insere dentro dessa modalidade. Através desse expediente permite-se o conhecimento do número do cartão de crédito, identificação da pessoa signatária, obtenção do número do banco, etc.

b ) *espionagem informática* – trata-se de hipótese de “pirataria de programas”;

Apenas a título de ilustração, cumpre ressaltar que existem dois códigos básicos que compõem o programa:

1 ) *código fonte* – conjunto de fórmulas matemáticas compreensíveis pela mente humana;

2 ) *código máquina* ( ou código objeto ) – tradução da linguagem do código fonte para a “linguagem da máquina” de modo que essa se torne operativa.

A pirataria de programas implica na reprodução do código objeto (ou código máquina). Quando visa tão somente decifrar o código fonte, modificando-o, ou não, configura a espionagem informática.

c ) *sabotagem informática* – consiste na destruição de programas inteiros; Trata-se da atividade de “hacking” (penetração não autorizada nos sistemas informáticos) e sobretudo da difusão de vírus.

d ) *utilização espontânea de computadores alheios*.

Nesta seara, preocupante é a crescente infidelidade dos adeptos do sistema informativo.

Diante desses comportamentos ilícitos, a utilização de preceitos do direito penal tradicional (furto, roubo, fraude, falsificação documental, danos, etc.) é inadequada e objetada pelos doutrinadores, dada a incidência do princípio da legalidade ( *nullum crimen sine lege* ).

### **3 - Crimes informáticos e direito legislado**

Duas são as técnicas legislativas utilizadas na tipificação dos crimes informáticos: a) objetiva – baseia-se pelo critério do bem jurídico tutelado; b) subjetiva – norteia-se pelo critério da conduta do agente.

#### **3.1. Dinamarca**

A Lei nº 284 de 6 de junho de 1984 sobre cartões de crédito, disciplina os sistemas de pagamento com cartão, assim como sistemas de pagamento análogos.

O referido diploma legal determina a aplicação do princípio da subsidiariedade

expressa de seus preceitos. Apreende-se a referida peculiaridade a partir da dicção do legislador, que incluiu normas penais que prevêm penas e interdições nos casos de utilização fraudulenta, porém ressalvando a possibilidade de sua aplicação se outra lei possuir sanção maior.

A Lei nº 229 de 6 de junho de 1985 modificou os arts. 193, 263 e 279 do seu Código Penal, prevendo a hipótese de impedimento ao bom funcionamento dos computadores, o acesso ilegal às informações e aos programas informáticos.

### **3.2. Estados Unidos da América**

a ) A primeira lei penal sobre informática foi a *Counterfeit Access Device And Computer Fraud and Abuse*, sendo integrada e substituída em 1996 pela *Computer Fraud and Abuse Act*, publicada em 6 de outubro de 1996 ( *Public law 99-474* );

b ) Lei federal sobre fraude em cartões de crédito, de 12 de outubro de 1984<sup>9</sup>. Estabelece penas severas no tocante a utilização fraudulenta e falsificação de cartões;

Após a adoção da *Credit Card Fraud Act*, houve uma redução de 50% concretamente entre 1985 e 1986, relativa a perdas por fraude nos cartões de crédito.

c ) Lei federal sobre veracidade nas operações de empréstimo<sup>10</sup> - entrou em vigor em 1969 e foi modificada em 1970, 1974 e 1976. Tem por objeto proteger os consumidores nas operações de crédito. Nas seções 12 e 14 regula a emissão e utilização dos cartões de crédito, e também sanciona a utilização ilegal ou fraudulenta de cartões.

### **3.3. Portugal**

A Lei nº. 109 de 17 de agosto de 1991 disciplinou o falso informático, a sabotagem informática, o acesso não autorizado, a interceptação ilegal das comunicações no âmbito dos sistemas informáticos.

### **3.3. França**

A Lei nº 19/88 estabelece o crime de falsificação de documentos informatizados. Todavia, no tocante aos desvios na utilização dos cartões de créditos, nada dispôs.

Em sede de criminalidade informática, a Lei nº 6619 de 5 de fevereiro de 1988 introduziu o novo Capítulo III do Título II do Livro IV do código penal, intitulado

---

<sup>9</sup> *Credit Card Fraud Act of 1984 ( 18 USCS § 1029 [1996 ] )*.

<sup>10</sup> *Truth in Lending Act or Consumer Credit Protection Act of 1968*.

“Algumas infrações em matéria informática”. Assim, foram introduzidos os arts. 462.7 e 462.8 no referido diploma legal.

O primeiro se reveste de particular importância ao punir a *tentativa* para os delitos informáticos previstos nos arts. 462.1, 462.3, 462.4, 462.5 e 462.6 com as mesmas penas previstas para o crime consumado.

O art. 462.8 prevê a participação de uma “associação” formada (ou um acordo estabelecido) com a finalidade de preparar e concretizar um ou mais falsos materiais, de uma ou mais das infrações previstas nos artigos precedentes, e pune com a mesma pena prevista para a infração mesma, ou, no caso de concurso de crimes, com a pena estabelecida para a mais grave das infrações.

### **3.4. Alemanha**

O parágrafo 263 do Código Penal, introduzido pela Lei de 15 de maio de 1986, prevê a figura da “manipulação de computadores”. A referida figura delitiva integra a “utilização não autorizada de dados”, concebida como “modalidade autônoma da ação, destinada a influenciar o resultado de um processo de elaboração eletrônica de dados”.

Hipóteses como reprodução ilícita da senha do cartão de crédito ou outros abusos levados a cabo com cartão magnético roubado ou falsificado encontrariam adequação típica no referido dispositivo.

No tocante aos crimes informáticos em geral, existe uma normativa detalhada e completa. Trata-se, em particular, de uma seção da Segunda Lei relativa à criminalidade econômica, aprovada em 15 de maio de 1996.

A lei em questão prevê hipóteses de espionagem de dados, da falsificação de dados dotados de valor probatório, da alteração dos dados e da sabotagem informática.

### **3.5. Reino Unido**

No tocante ao uso fraudulento de cartões de pagamento se aplica a lei sobre falsificações de 27 de julho de 1981<sup>11</sup>.

Aplica-se, ainda, a lei sobre prova penal de 1984<sup>12</sup>.

Na Inglaterra, o *Computer Misuse Act*, aprovado em 20 de junho de 1990, prevê o acesso não autorizado puro e simples ao material informático com o fim de cometer ou agilizar o cometimento de um futuro crime e a modificação não autorizada no conteúdo de um computador. Com base nesse diploma legal um médico inglês difamado na *Internet* foi ressarcido pelo provedor com a soma de 600 milhões de libras.

---

<sup>11</sup> *The 1981 Forgery and Counterfeiting Act of 1981.*

<sup>12</sup> *The Police and Criminal Evidence Act of 1984.*

### **3.6. Itália**

Em 1990 é publicada a Lei 23 de dezembro de 1993. Possui seu antecedente histórico na Comissão denominada do ministro Vassali de 1989, que adotou o modelo “evolutivo” no tocante aos crimes informáticos. Por esse modelo, modificam-se as normas já existentes no código penal, estendendo o significado de modo a incluir novos crimes informáticos.

### **3.7. Suíça**

Introduziu em 1996 modificações no seu sistema penal com a finalidade de assegurar uma proteção contra atos encontrados no âmbito da criminalidade informática. Esta lei entrou em vigor em 10 de julho de 1996, modificando-se também dois artigos do Código Penal. Em particular, o crime de fraude informática, estabelecendo : *quem, fornecendo informações não corretas ou incompletas, alterando um programa ou um registro ou modificando, de qualquer outro modo e sem autorização, o resultado de um processo de informação autorizado, de tal modo obtém uma vantagem para si ou ocasiona uma perda para outros sujeitos* (norma inserta na seção 1 do capítulo 9 do Código Penal suíço).

### **3.8. Grécia**

A Lei nº 1800 de 30 de agosto de 1988 introduziu algumas modificações no Código Penal, ao equipar os documentos escritos aos dados contidos na elaboração de documentos eletrônicos, dispondo sobre a “fraude informática”. O tipo penal refere-se à divulgação ilícita dos dados ou programas que contêm dados estatais, científicos ou profissionais ou sigilosos. O referido diploma normativo considera como dados sigilosos aqueles retidos por um sujeito por motivo justificado.

#### **3.9.1. Conselho da Europa**

Em 1989 foram elaborada uma lista mínima e uma lista facultativa a serem adotadas pelos países membros da Comunidade Européia na prevenção e repressão dos crimes informáticos:

##### **A ) Lista mínima**

- a ) fraude informática;
- b ) falso informático;
- c ) dano dos dados ou programas informáticos;

d ) acesso abusivo a um sistema ou rede informática;  
e ) interceptação abusiva de comunicações;  
f ) reprodução abusiva de programas informáticos protegidos pela lei;  
g ) reprodução não autorizada de uma topografia ( isto é, do circuito de um microprocessador n. d. r. ).

B ) Lista facultativa

a ) alteração dos dados ou programas informáticos;  
b ) espionagem informática;  
c ) utilização não autorizada de um computador;  
d ) utilização não autorizada de programas informáticos protegidos pela lei.

#### **4 - Cartão de crédito**

##### **4.1. Conceito**

O cartão de crédito é um documento nominativo legitimante, intransferível, cuja finalidade é permitir ao usuário beneficiar-se com as finalidades de pagamento pactuadas com o emissor e as resultantes do contrato celebrado entre este e o provedor do bem ou serviço requerido por aquele<sup>13</sup>.

O cartão de crédito é emitido em favor do usuário, e é o documento indispensável para executar o rol de direitos que surgem da relação trilateral conformadora sobre a base da celebração dos contratos: a ) entre a emissora com a pessoa a quem se lhe entrega; b ) entre a emissora e o comerciante<sup>14</sup>.

##### **4.2. Uso criminoso do cartão de crédito**

Geralmente, o uso delitivo do cartão de crédito é efetuado por terceiros não intervenientes na relação jurídica. Sem embargo, existem hipóteses de convivência tanto de titulares como de proprietários de estabelecimentos aceitantes e/ou empregados dos mesmos, como dos próprios emissores, não pessoalmente, senão sempre em virtude da infidelidade de seus empregados ou colaboradores.

A ) Hipóteses de uso abusivo pelo titular<sup>15</sup>:

a ) configura-se o delito de fraude a obtenção de cartão de crédito com o propósito de realizar compras por um montante que excederia a possibilidade de

---

<sup>13</sup> FARINA, Juan M. *Contratos Comerciais Modernos*, p. 601.

<sup>14</sup> Idem, *ibidem*, p. 601.

<sup>15</sup> Amadeo, CNCRimCorr, sala VI, 31/7/85, *in*: *Tarjeta de Crédito*. JA, 1987-IV-1059 e ss.

pagamento;

b ) existe um ardil inicial, que permite a realização do aproveitamento patrimonial mediante a utilização do cartão de crédito muito acima do permitido, se o certificado apresentado era o suficiente equívoco como a induzir a um decisivo erro sobre o saldo regular e de um bom nível;

c ) a adulteração do cartão de crédito, para ocultar sua caducidade aos comerciantes do local em que se adquire mercadoria, configura uso de documento privado adulterado em concurso ideal com fraude.

### *B ) Conduta do comerciante<sup>16</sup>*

Comete o crime de fraude mediante uso de documento privado falso ( arts. 172 e 292, Código Penal Espanhol ) o comerciante que falsifica formulários de crédito fazendo figurar uma compra inexistente e inserindo os dados dos titulares de cartões de crédito, e os negocia por um preço inferior ao que figura neles<sup>17</sup>.

### *C ) Conduta de terceiros*

O cartão pode funcionar como forma de realização direta do crime ou como meio para a realização da atividade delitiva. Em qualquer caso estaremos diante de delitos patrimoniais.

Poder-se-iam apontar como hipóteses de uso criminoso do cartão de crédito, independentemente da qualificação penal dos mesmos:

a ) meio de pagamento de coisas ou serviços em estabelecimentos públicos;

b ) sacar dinheiro da conta vinculada ao cartão, através de caixas automáticos, etc.

O apoderamento de fato do cartão de crédito pode ser considerado pelo direito penal tradicional como furto, fraude ou apropriação indébita, segundo a modalidade comissiva. A regra do concurso de crimes (art. 69 a 71 do Código Penal Brasileiro) pode ser aplicada quando essa atividade punível por si só encerra outra ação constitutiva do crime, como a extração de dinheiro de um caixa automático, com cartão indevidamente possuído pelo sujeito.

A diversidade de funções que hoje se assinalam aos cartões nas relações normais do comércio (instrumentos de pagamento, instrumentos de crédito, instrumentos de garantia, instrumentos de acreditação, etc.) dá idéia do complexo elen-

---

<sup>16</sup> Idem ibidem, pp. 1059 e ss.

<sup>17</sup> No Brasil, a conduta configura o crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal) em concurso com o crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal). Todavia o crime-meio (falsificação) restaria absorvido pelo crime-fim (uso de documento falso), porém há entendimentos doutrinários divergentes a respeito. Cumpre ressaltar que as condutas supra-citadas estão dispostas no Título X – “ Dos Crimes Contra a Fé Pública” de nosso diploma punitivo.

co de possíveis condutas ilícitas e abusivas relacionadas com as mesmas.

Todavia, o uso do cartão de crédito com **manipulação do sistema ou rede de comunicações** escapa do mero uso do mesmo. O cartão é utilizado fraudulentamente, porém neste caso não é o objeto principal do delito, mas apenas um meio posterior ou anterior àquele, idôneo para desfrutar do ato delitivo.

Trata-se de hipótese de **fraude informática**, segundo qualificação da doutrina penal moderna.

### **5 - Assinatura digital**

A assinatura digital é elemento desconhecido no Direito: firma fotostática, mecânica. Trata-se de evolução dos meios através dos quais se emitem vontade e promessas.

Cumpra a mesma função das firmas (assinaturas) manuais. É de se ressaltar que nos ordenamentos jurídicos, os Códigos Civis ou Comerciais, via de regra, não possuem um capítulo dedicado à firma manual. De outra parte, o art. 225 do Novo Código Civil atribui valor probatório pleno à assinatura digital, na hipótese de ausência de impugnação pela parte a quem for exibido o documento.

A assinatura digital vem sendo utilizada há vinte anos sem expressa previsão legislativa. A esse respeito preleciona José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto:

Concluindo, não restam dúvidas que ainda que sem um disciplinamento específico, como ocorre com os cartões de crédito, o meio eletrônico vem legitimado por um uso reiterado. O emprego do meio eletrônico em atividades comerciais, por exemplo, através de práticas repetidas, deverá transformá-lo em verdadeiro uso comercial.<sup>18</sup>

A firma digital pode ser utilizada em entornos fechados ou abertos (*internet*). No primeiro caso, a mensagem de dados circula por um entorno que utiliza os sistemas SWIFT, BOLERO, EDI. No segundo caso, embora atribua-se as mesmas funções, esta possui faces distintas, podendo ser inserir no contexto de um negócio jurídico celebrado entre empresários ( B2B ) ou entre empresário e consumidor ( B2C ).

Quando a firma digital é utilizada entre empresários, o objeto jurídico protegido não é propriamente o conteúdo, mas a segurança de que a mensagem não se perca nem se altere durante o percurso, pois as partes são previamente conhecidas (EDI).

A principal função da assinatura é a atribuição da mensagem de dados de quem está celebrando o contrato, pois as pessoas não se conhecem. A relevância

---

<sup>18</sup> José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, *Aspectos jurídicos do documento eletrônico*, p. 8. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1780>. Acesso em 18 de março de 2003.

da identificação e atribuição no comércio eletrônico é dada por uma função de segurança. Busca-se em primeiro lugar a identificação das partes (essa ênfase não é necessária no entorno fechado, pois as partes já se conhecem). Na hipótese de relações de consumo, o uso do cartão de crédito com sua senha satisfaz a segurança da mensagem durante o trajeto. A assinatura serve para assegurar as partes que estão celebrando o contrato, pois estas não se conhecem (v. g., um cliente que compra uma máquina fotográfica busca qual o vendedor eletrônico que oferece o melhor preço).

A assinatura eletrônica equivale funcionalmente à assinatura manual, sendo largamente utilizada no comércio eletrônico.

Cerca de quinze países já disciplinaram a firma eletrônica, excluindo do princípio da equivalência funcional: negócios jurídicos de imóveis; família e filiação; a atividade do notário (a assinatura eletrônica nunca equivale funcionalmente à assinatura manual do notário).

A segurança que a assinatura digital pretende proporcionar é antes de tudo jurídica, visando ao seu reconhecimento nos tribunais. Todavia, para a obtenção desse efeito deve ser efetuada através de uma tecnologia compatível, ou seja, aquela que não seja facilmente “burlável” ou “pirateável”.

Destarte, sempre existe um elemento de insegurança jurídica presente nessa relação dada a possibilidade de ser interceptada, lida, modificada no mundo da *internet*. *Mutatis mutandis*, a assinatura manual pode ser falsificada. Nesse ínterim, resta ao Direito Penal, no exercício de sua função de mínimo vital, tipificar a matéria.

O próximo passo desses instrumentos é a utilização da senha ( número de identificação pessoal, PIN ). Trata-se de instrumento que oferece maior segurança em relação à mensagem de dados firmada eletronicamente. Porém, é facilmente vulnerável, embora seja mais segura que a assinatura digital ou e-mail. Pode ser utilizado através do sistema da chave única ou dupla chave ( do emissor da mensagem e do destinatário da mensagem, podendo ser pública ou privada ).

Na chave única (sistema simétrico) o destinatário aplica a chave do signatário e a mensagem é decifrada. O referido mecanismo é composto por cerca de 120 dígitos, sendo que uma máquina mais potente leva dias para decifrá-los. O inconveniente é a necessidade do envio da mesma de forma separada para cada destinatário. A possibilidade de um terceiro não autorizado ter acesso à mesma é considerável.

A tecnologia dominante é a da chave dupla (sistema assimétrico). Há uma chave para fechar a mensagem e outra para abri-la. A chave da assinatura é privada do signatário. A chave pública é transmitida ao destinatário da mensagem de dados.

A chave pública ampara-se em um certificado de assinatura pelos prestadores de serviço de certificação (ou autoridade de certificação – nos países em que a matéria foi disciplinada; porém não são autoridades públicas).

O prestador de serviço de certificação administra a chave pública e a chave privada, ou seja, possui um repertório público das chaves públicas de seus clientes. Caso a chave pública não coincida com a chave privada, a mensagem não se abre.

Desse modo, a assinatura não é uma identificação aposta no final do documento, mas uma combinação de dígitos única e irrepetível.

Pode-se apontar ainda as hipóteses de biometria ou assinatura biométrica: se baseia em caracteres biológicos do destinatário, suscetível de identificação (v. g. , íris do olho, impressão digital, odor, etc). A assinatura biométrica significa aplicar os caracteres biométricos a mensagem de dados. O único inconveniente desse método é o de que não é passível de reposição, como se faz com outras chaves.

### **5.1. Formas de acesso ao PIN contra a vontade do titular**

a ) obtenção do escrito onde o titular o tenha anotado, seja por roubo, furto do mesmo, cópia, etc.;

b ) comunicação oral mediante engano do agente do crime, que chama o titular fazendo-se passar por empregado do emissor, que precisa do PIN para confeccionar um novo cartão para o titular, a quem acaba de subtrair o cartão;

c ) manipulação do sistema, especialmente da memória do computador ao qual está conectado o próprio caixa automático, por exemplo, obtendo mediante analisadores a decodificação dos dados durante a sua transmissão pela rede;

d ) comunicação a um empregado do emissor para que colabore com o ato criminoso, etc.

### **5.2. Funções da assinatura eletrônica**

a ) *autenticação* – consiste na identificação e atribuição da mensagem de dados, bem como a informação contida nela.

Implica na identificação do destinatário e atribuição do conteúdo da mensagem, de forma que não possa ser repudiada pelo signatário.

É o mesmo efeito que cumpre a firma autógrafa.

Trata-se de função relativa, pois é feita por semelhança.

b ) *privacidade*

A assinatura digital permite decodificar a mensagem, o nome e outros dados do assinante.

Através desse expediente impede-se o conhecimento dos dados que circulam decodificados ( criptografados ) no entorno aberto, impossibilitando o acesso ao número do cartão de crédito, à identificação da pessoa e do banco.

c ) *integridade*

A tecnologia utilizada pela assinatura digital deve explicitar qualquer abertura ou alteração na mensagem de dados firmados entre signatário e destinatário.

A lei européia exige que as três condições acima sejam satisfeitas pelas assinaturas avançadas.

### **5.3. Manipulação da assinatura eletrônica**

Ao obter uma determinada assinatura digital através da manipulação do sistema ou rede de comunicações, o agente obtém todas as informações necessárias para a consecução de posteriores fraudes de cartão de crédito. Desse modo, o cartão de crédito utilizado fraudulentamente não é o objeto principal do delito, mas apenas um meio posterior àquele.

É de se ressaltar que o acesso aos dados que compõem a assinatura digital não é um acesso físico, mas eletrônico ou telemático.

Procurou-se fazer uma descrição hipotética do crime de manipulação de firma eletrônica<sup>19</sup>.

#### **5.3.1. Sujeito ativo**

a ) entornos fechados ( EDI ) – parte interveniente na relação jurídica.

b ) entornos abertos ( *internet* ) – qualquer pessoa.

#### **5.3.2. Sujeito passivo**

a ) entornos fechados ( EDI ) – parte interveniente na relação jurídica.

Em outros termos, o empresário que tenha relações comerciais com outro empresário conhecido ( sistema B2B ).

b ) entornos abertos ( *internet* ) – qualquer pessoa.

#### **5.3.3. Objeto material**

O objeto material dos crimes informáticos *latu sensu* é o denominado bem informático. Trata-se de bem incorpóreo com características de direito real, ou seja, de inerência do direito bem que representa o objeto, de *jus in re propria*. Apresenta-

---

<sup>19</sup> Já que não se encontra tipificação legal específica em nossa legislação pátria. Já se ressaltou a inadequação do uso das figuras penais tradicionais, dado que o mesmo ofende o princípio da legalidade ( *nullum crimen, nulla poena sine lege* ).

se também como defesa dos direitos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O tema está inserto na Constituição portuguesa de 1976 de forma expressa no art. 35 e na Constituição espanhola de 1978 nos arts. 18 e 105.

No crime de fraude de firma eletrônica aposta na utilização de um cartão de crédito na formação de um contrato, o objeto material não é o cartão de crédito (cartão de plástico ou dinheiro de plástico como denominam os autores), mas a **informação** contida nele. Em outros termos, o objeto material do delito são os dados que se traduzem na denominada firma digital, qualquer que seja a tecnologia empregada.

#### **5.3.4. Objeto jurídico**

O objeto jurídico é a segurança das informações nas relações econômicas.

### **6 - Conclusão**

A proteção das informações que circulam no meio eletrônico é um bem digno de tutela penal, no exercício de sua função de “mínimo vital”.

A inadequação dos dispositivos penais vigentes frente a essa nova forma de criminalidade ( “computer crime” ) conduz à reflexão. Uma suposta adequação típica do crime de assinatura eletrônica com os crimes de falsificação previstos no Título X – “Dos Crimes Contra A Fé Pública” do Código Penal Brasileiro implicaria em uma afronta ao princípio da legalidade.

### **7 - Bibliografia**

ANIYAR DE CASTRO, L. *Criminología de la reacción social*. Maracaibo, Instit. de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, 1977.

BARCELÓ, Rosa Julia. *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico ( EDI )*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

BERISTAIN, A. & NEUMAN, E. *Criminología y dignidad humana ( Diálogos )*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1989.

CALARA, María del Carmen Geta-Alonso y. *El pago mediante tarjetas de credito*. Madrid, Lasuy, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora LTDA, 2ª ed., s/d.

DOLAN, John F. *Secured Transactions and Payment Systems*. Boston, Little Company, 1995.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciais modernos*. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

FORTUNA, E. *Manuale di Diritto Penale dell'Economia*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2000.

GAWALDA, Cristian. *Les Cartes De Paiment Et De Crédit*. Paris, Éditions Dalloz, 1994.

HERRERO, Cesar Herrero. *Los Delitos Economicos – Perspectiva Juridica e Criminologica*. Madrid, Secretaria General Técnica. Ministerio do Interior. Subdirección General de Estudios, 1992.

LAURET, B. Y. Gauthier. *Droit Pénal des affaires*. Paris, Ed. Económica, 1990.

LOZANO, Pablo Luiz Nuñez. *La Tarjeta De Credito*. Madrid, Consejo Economico e Social, 1997.

ZAGAMI, Raimondo. *Firma Digitale E Sicurezza Giuridica*. Verona, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.

## **TEORIAS DA CONDUTA NO DIREITO PENAL**

*Jovanessa Ribeiro da Silva\**

### **1. Introdução**

O conceito de crime varia a depender da teoria que se adote em relação a um dos elementos do fato típico, qual seja, a conduta. Independentemente da espécie de crime, seja dolosa ou culposa, a sua exteriorização no mundo natural somente é possível através da ação. Visando à sua conceituação, destacam-se na doutrina penal três importantes teorias, a saber: Teoria Naturalista, Teoria Finalista e Teoria Social.

Inúmeros autores alemães contribuíram para a evolução dessas teorias. Franz von Liszt e Beling foram os precursores da teoria naturalista<sup>1</sup>; Hans Welzel<sup>2</sup>, divergindo dos conceitos adotados pela teoria clássica, fundamenta a teoria finalista; Johannes Wessels acrescentou a essas teorias o conceito de relevância social, criando a teoria social da ação<sup>3</sup>.

### **2. Teoria naturalista**

Para a teoria naturalista, também denominada clássica, causal ou mecanicista, a conduta representa um puro fator de causalidade (“teoria causal”), ou seja, um comportamento humano voluntário, consistente em um fazer ou não fazer, modificativo do mundo exterior. Assim, a conduta é tratada como uma simples movimentação ou abstenção de movimento desprovida de qualquer finalidade. Como esclarece Damásio de Jesus<sup>4</sup>, trata-se de uma relação unicamente de causa e efeito, sem a necessidade de se avaliar o conteúdo da vontade, seja o volitivo (dolo), seja o normativo (culpa).

O conceito gira em torno do nexa de causalidade, elo de ligação entre a conduta, fruto da vontade (mas sem a análise de seu conteúdo), e o resultado. Essa relação de causalidade é feita de acordo com as leis da natureza (“teoria naturalista”), sem qualquer apreciação normativa ou social. No dizer de Aníbal Bru-

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

<sup>1</sup> Direito Penal, Parte Geral, Damásio E. de Jesus, São Paulo, Saraiva, 1995, v. I, p. 201 e 202.

<sup>2</sup> “Una introducción a la doctrina de la acción finalista”, Hans Welzel, trad. Luiz Regis Prado, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 27-46.

<sup>3</sup> Direito Penal, Parte Geral, Johannes Wessels, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Fabris, 1976, p. 20-22.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 202.

no, “Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo”<sup>5</sup>. Assim, se, por exemplo, um sujeito estivesse conduzindo seu veículo prudentemente em via pública e, sem que pudesse esperar ou prever, um suicida se precipitasse sob as rodas de seu carro, vindo, conseqüentemente, a falecer, para a teoria mecanicista, o motorista, que não quis matar a vítima, nem teve culpa nessa morte, cometeu um homicídio. A aferição dos elementos subjetivos, como explica Julio Fabbrini Mirabete<sup>6</sup>, dolo ou culpa, fica para um momento posterior, quando da análise da culpabilidade. Assim, complementa José Frederico Marques: “O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação”<sup>7</sup>.

Os defensores dessa teoria dividem o delito em dois aspectos: um externo e o outro interno. Ao primeiro atribuem a ação típica e antijurídica, ao passo que ao segundo, o vínculo psicológico que une o agente ao fato por ele praticado, ou seja, a culpabilidade. O delito é, pois, conceituado como a ação típica, antijurídica e culpável.

A antijuridicidade, assim como a conduta, é analisada objetivamente, sem a necessidade de se indagar sobre o elemento subjetivo do agente, limitando-se à constatação de que a conduta do agente contraria o ordenamento penal. Assim, as causas de exclusão de ilicitude também são analisadas objetivamente.

O dolo ou a culpa, assim, apenas serão observados posteriormente, quando da análise da culpabilidade. Em não sendo constatados, o fato não será culpável, não tendo, pois, o agente cometido crime, embora seja o fato considerado típico. O dolo, por sua vez, é normativo, trazendo em sua essência a potencial consciência da antijuridicidade, agregada à vontade de realizar a conduta e produzir o resultado e à consciência da conduta, do resultado e do nexo de causalidade.

A teoria clássica era adotada pela antiga Parte Geral do Código Penal.

Severas críticas sofre essa teoria. O conceito naturalístico da ação não consegue explicar a essência da omissão, uma vez que se importa somente com o aspecto causal da questão. Ademais, não se consegue explicar adequadamente a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivos, como no crime de rapto. Ainda, a adoção dessa teoria não explica os crimes de mera conduta, nos quais não há o resultado natural no mundo exterior. Por fim, a teoria causal deixa a desejar na doutrina da tentativa. Para que um crime seja considerado tentado é preciso que tenha havido uma conduta tendente a um certo resultado quisto pelo agente, mas não obtido por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, na conduta da tentativa existe o conteúdo da vontade. Se este está presente na tentativa, seguirá sendo assim quando se produz o resultado.

O crime, para essa teoria, tem a seguinte estrutura:

---

<sup>5</sup> Direito Penal, Parte Geral, Aníbal Bruno, Rio de Janeiro, Forense, 1959, Tomo 1º, p. 299.

<sup>6</sup> Manual de Direito Penal, Parte Geral, Julio F. Mirabete, São Paulo, Atlas, 2003, v. I, p. 102-104.

<sup>7</sup> Tratado de Direito Penal, José Frederico Marques, São Paulo, Bookseller, 1997, v. II, p. 66.

1. Fato típico, possuindo os seguintes elementos:

- a) Conduta (não sendo analisada a finalidade do agente);
- b) Resultado;
- c) Nexo causal;
- d) Tipicidade.

2. Antijuricidade: salvo se presente uma das causas excludentes de ilicitude, a prática de um fato típico leva à presunção de antijuricidade (teoria da “ratio cognoscendi”).

3. Culpabilidade, composta dos seguintes elementos:

- a) Imputabilidade;
- b) Exigibilidade de conduta diversa;
- c) Dolo e culpa – possuindo o dolo o requisito da potencial consciência da ilicitude.

### **3. Teoria finalista**

A partir das críticas dirigidas à teoria mecanicista, Hans Welzel, no ano de 1931, ao publicar “Causalidade e ação” na Revista para a Ciência Penal Conjunta nº 51, na Alemanha, repeliu a idéia de que a conduta era um mero acontecimento causal e a ela acrescentou uma finalidade.

Welzel analisa o delito tendo como pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana, preconizando:

“A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”<sup>8</sup>.

A ação é vista como um acontecimento final, não somente causal. Em suma, a conduta passa a ser entendida como a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade.

A teoria finalista trouxe grande modificação para o sistema clássico. Os elementos subjetivos deslocaram-se da culpabilidade, vindo a compor a conduta, que é o primeiro elemento do fato típico. Assim, para os seguidores dessa teoria, crime é um fato típico e antijurídico. O dolo, antes normativo, passa a ser natural, ou seja, prescinde da potencial consciência da ilicitude. Esta permanece junto aos demais elementos da culpabilidade, como a imputabilidade e a exigência de con-

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 27.

duta diversa.

A preocupação não se ateve apenas ao conteúdo da vontade, o dolo, mas também à culpa. Tanto os tipos dolosos, como os culposos, estão compreendidos na ação final. No entanto, devem ser analisados sob dois distintos pontos de vista. Nos tipos dolosos a ação visa ao resultado repudiado socialmente, ou seja, à concretização de um fato ilícito, ao passo que nos delitos culposos o autor ou confia que o resultado não será produzido (culpa consciente) ou sequer vislumbra a sua produção, embora seja objetiva e subjetivamente previsível (culpa inconsciente), agindo com inobservância do dever objetivo de cuidado.

Os tipos penais, sob a concepção finalista, passaram a ser considerados complexos, na medida em que compreendem elementos de natureza objetiva e subjetiva (dolo e culpa). Conseqüentemente, a antijuridicidade deixa de ser analisada objetivamente para também ser impregnada do mesmo elemento subjetivo da ação típica.

O crime, para essa teoria, tem a seguinte estrutura:

1. Fato típico, possuindo os seguintes elementos:

a) Conduta dolosa ou culposa – sendo o dolo natural (consciência da conduta e do resultado, consciência do nexo causal e vontade de realizar a conduta e provocar o resultado);

b) Resultado;

c) Nexo causal;

d) Tipicidade.

2. Antijuridicidade.

3. Culpabilidade, composta dos seguintes elementos:

a) Imputabilidade;

b) Exigibilidade de conduta diversa;

c) Potencial consciência da ilicitude.

Críticos, dentre eles Jimenez de Asua<sup>9</sup> e Magalhães Noronha<sup>10</sup>, contestam essa teoria, afirmando o último que o juízo valorativo da ação é feito em momento inoportuno, sendo que deveria ser realizado quando da análise do aspecto interno do delito. Por fim, a teoria finalista encontra dificuldades em explicar de forma convincente os crimes culposos ou os atos chamados automáticos, nos quais não se pode apontar qualquer raciocínio prévio do agente.

---

<sup>9</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Luis Jimenez de Asua, Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1992, p. 367-380.

<sup>10</sup> *Direito Penal*, E. Magalhães Noronha, São Paulo, Saraiva, 2001, v. I, p. 99.

#### **4. Teoria social da ação**

Ainda que essa teoria não tenha sido adotada pela legislação pátria, merece ser estudada.

Trata-se de uma teoria pós-finalista que, ao contrário do que possa parecer ao estudioso mais incauto, incorpora conceitos de ambas as teorias anteriores, acrescentando a estas o de relevância social. Conceitua a ação como a conduta que somente deve ser considerada para efeitos penais quando atingir o meio social em que vive o agente de forma relevante. Conduta socialmente relevante é aquela socialmente danosa. Assim, se um comportamento, embora objetiva e subjetivamente típico, não afronta o sentimento de justiça, o senso de normalidade, sendo adequado à realidade social do povo, não se pode considerá-lo relevante para o direito penal.

Como defende Wessels:

“A preferência deve recair sobre a *teoria social da ação*, que expõe uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa. Ação no sentido do Direito Penal é, de acordo com esta construção aqui representada, a *conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana*”<sup>11</sup>.

A teoria social da ação vem sofrendo críticas pela maior parte dos doutrinadores, diante do conceito teórico vago e impreciso de “comportamento socialmente adequado”, o que gera no plano prático situações de perigo e instabilidade, avessas à base do direito penal.

#### **5. Considerações finais**

Após a reforma do Código Penal, em 1984, cuja Parte Geral foi alterada substancialmente, parte da doutrina inclina-se pela adoção da teoria finalista por nosso ordenamento. No entanto, a pura adoção dessa teoria faz com que fiquem sem explicação as condutas que não se direcionam para um fim previamente deliberado na mente do agente.

Por outro lado, se pensássemos na pura adoção da teoria clássica, também não encontraríamos guarida aos crimes de mera conduta.

Ante o exposto, podemos inferir que não houve filiação exclusiva do legislador pátrio a uma ou outra teoria. Assim, mesmo sendo preponderante a teoria finalista em nosso ordenamento, devemos reconhecer que há pontos em que é vislumbrada a presença da teoria clássica.

---

<sup>11</sup> Op. cit., p. 22.

***Bibliografia***

ASUA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 3.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. 3ª ed. Rio: Forense, 1967. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas/SP:

Bookseller, 1997. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal (aspectos fundamentais)*. Parte Geral. Trad.

Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

## **TRABALHO EDUCATIVO**

*Oris de Oliveira<sup>(1)</sup>*

### ***I- Trabalho educativo. Trabalho e educação.***

Trabalho e educação foram historicamente, no mundo grego, por exemplo, tidos como termos dicotômicos. Seria relativamente fácil demonstrar que há, em nossos dias, resquícios culturais desta dicotomia presentes em textos legais brasileiros.

O termo “trabalho educativo” é polissêmico. “Os múltiplos significados que um determinado termo possa ter enquanto categoria de análise do trabalho educativo e também enquanto categoria orientadora desse trabalho pode ser tantas quantas forem as concepções teóricas adotadas. Isso quer dizer que não há somente um único significado que possa ser válido ou verdadeiro”.<sup>(2)</sup>

A multiplicidade de significados não implica um relativismo estéril porque “a utilização coerente do termo dentro de cada concepção teórica, é indispensável que aquele que o adote tenha claro não só o referencial teórico, que embasa mais diretamente os procedimentos metodológicos que utiliza, mas também e indispensavelmente tenha muito bem claro os valores para os quais tais princípios servem, sem o que não terá condições de prever as implicações das soluções propostas”.<sup>(3)</sup>

Entre seus múltiplos significados “trabalho educativo” pode referir-se às ações consistentes em educar, quando “a educação concebida como a atividade mediadora no seio da prática social global serve ao objetivo de promover o homem (...); a educação é sempre uma mediação valorativa, isto é, dirigida por valores, uma mediação que indica um determinado posicionamento. Não é, portanto, neutra”.<sup>(4)</sup>

“Trabalho Educativo” significa, também, uma inter-relação entre educação (esta tomada em todas as suas dimensões como processo que visa promover o desenvolvimento da pessoa com as todas suas potencialidades) e o trabalho (este visto não somente como realização do indivíduo, mas também em sua dimensão social em dado momento histórico dentro do processo produtivo em que está concretamente inserido).

---

(1) Juiz do Trabalho (aposentado), Professor de direito do Trabalho das Faculdades de Direito USP, UNESP e UNIFRAN.

(2) Oliveira, Betty, O Trabalho Educativo: Reflexões sobre Paradigmas e Problemas do Pensamento Pedagógico Brasileiro, Campinas, S.P. Autores Associados, 1996. (Coleção Polêmicas de Nosso Tempo), p. 67.

(3) Idem, ibidem, p. 68.

(4) Idem, ibidem, p. 21.

Quando se fala trabalho educativo é impossível deixar de fazer a indagação:- Falar em educação pelo trabalho passa necessariamente por perguntar, se estamos colocando o trabalho como meio educativo, o trabalho é educar para que? (...) Educar para que, ou, que tipo de homem se quer educar em qual sociedade? A questão crucial aqui é que espécie de consciência pretendemos educar. Que idéias queremos inculcar em nossas “crianças e adolescentes”.<sup>(5)</sup>

Costa responde a indagação:- A essência do homem é, efetivamente, o trabalho desalienado, isto é, o trabalho do qual o homem seja sujeito e não objeto, um executor cego de ordens, separado da consciência dos fins, da organização dos meios e do produto de seu esforço, como ocorre com o trabalho encerrado no círculo de ferro da alienação. O trabalho educativo é aquele em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa. Isto quer dizer que neste tipo de trabalho o produto mais importante é o trabalhador consciente do seu papel de agente da sua história e da história da classe social e do povo-nação a que pertence. Nesse sentido, o trabalho para ser educativo tem, necessariamente, de ser um trabalho desalienado. Acreditamos que pela vivência concreta de formas desalienadas de trabalho o educando poderá ascender à condição de membro consciente da classe trabalhadora, empenhado na luta pela sua emancipação e comprometido com a sua superior destinação histórica”.<sup>(6)</sup>

O mesmo autor esclarece:- “Nesta concepção do processo educativo, o produtivo e o formativo co-habitam o mesmo espaço, mas não o fazem em relação de igualdade. Devido à natureza pedagógica desse espaço, ele implica na subordinação do produtivo ao formativo. Subordinar, aqui, não significa renegar nem subestimar. O processo produtivo é encarado em toda a sua complexidade e dinamismo. A subordinação da produção à formação significa que o produto principal é o processo para compreender e enfrentar o mundo do trabalho. Os bens e serviços gerados são também um produto importante, apenas que secundário em relação ao trabalhador que se forma”.<sup>(7)</sup>

A subordinação exige uma pedagogia estruturada sobre o “princípio das três participações”:- a) participação do educando na gestão do trabalho (co-gestão da atividade por parte do educador e seus educandos); b) participação do educando no conhecimento relativo ao trabalho realizado (o processo educativo não separa o produtor de seu trabalho); c) participação do educando no produto de seu trabalho (educação e produção não se opõem e sem uma produção eficiente e organizada o processo educativo assume aspecto de um oásis pedagógico, desvinculado da realidade concreta do mundo do trabalho.”<sup>(8)</sup>

Um aspeto relevante é apontado por Pedro Demo:- a relação educação e trabalho e cidadania:- A visão política do trabalho é uma exigência da cidadania.

---

(5) Campos, etc. (localizar citação)

(6) Costa, Antonio Carlos Gomes da, FEBEM - MG e a proposta da Educação pelo Trabalho em Menor e Sociedade Brasileira, mimeo, 1988, p.5.

(7) Idem, ibidem, p.12.

(8) Ibidem, p. 9.

Por isto dizemos que é derivado dela. Por sermos cidadãos, temos o direito ao trabalho. Por ser direito, está definitivamente ligado à realização da dignidade e da decência social. Não quer dizer secundarização porque cidadão que não trabalha é parasita, ou seja, não é cidadão. No entanto, é muito diferente enfocar o trabalho como componente da cidadania, ou como exclusiva realização profissional. A educação tem a ver essencialmente com a primeira visão. Engloba a segunda, como decorrência, e será sempre um dos frutos da dignidade profissional. É função, pois, do processo produtivo, mesmo quando chamado a profissionalizar, não relegar a cidadania a segundo plano.” (9)

## ***II- Educação para o trabalho e pelo trabalho.***

Na interpretação entre trabalho e educação costuma-se distinguir, com razão, “educação para o trabalho” de “educação pelo trabalho”. Nesta formulação o trabalho é visto “como principio educativo, no sentido de que ele é o organizador das atividades educacionais que visam fins mais amplos do que a formação técnica, mas que também não a descartam, porque a tomam como elemento importante na constituição do homem capaz de viver numa sociedade industrial, de acompanhar suas transformações históricas e de se pôr como parte fundamental desse processo de transformação. Trata-se, portanto, da proposição de uma educação para e pelo trabalho.(...) Cabe (portanto) pensar uma educação que incorpore os ganhos presentes da proposta neoliberal, mas que também a ultrapasse, não por mero acréscimo, mas por se gerar na perspectiva do trabalhador, ao invés de sê-lo a partir de interesses do capital. Uma educação dessa natureza não pode colocar apenas a preparação para o trabalho, mas também pelo trabalho, tendo por horizonte o desenvolvimento omnilateral do sujeito que é seu objeto.”(10)

Ideal seria que educação para e pelo trabalho estivessem sempre associadas. Quando, porém, a entidade educadora só repassa conhecimentos teóricos (o que é, por exemplo, muito comum em entidades de ensino de terceiro grau) há apenas educação para o trabalho. Neste caso o educando primeiro aprende para depois trabalhar. Quando há, apenas, educação para o trabalho, oportuna a observação de Antonio Gomes da Costa:- “A educação para o trabalho corresponde à dissociação dos processos formativos dos produtivos, ou seja, o educando vai, primeiro, aprender, para depois trabalhar. Na educação para o trabalho a noção de tarefa-modelo, a simulação do processo produtivo real é que informa as atividades laborais dos educandos. Aqui não há preocupação, por exemplo, com o valor de mercado daquilo que, eventualmente, for produzido”. (11)

---

(9) Pedro Demo, Educação Básica e Trabalho do Menor, Mimeo, 1985.

(10) Celso João Ferretti, Educação para o Trabalho em O Trabalho no Brasil no Limiar do Século XXI, São Paulo, ed. LTr., 1995, p. 63 e 80.

(11) (1988, II, p. 11)

A educação pelo trabalho se caracteriza quando o próprio trabalho é um dos instrumentos do processo educativo como um todo. Portanto, para que o trabalho seja educativo é indispensável:

a) que ele se associe à educação do cidadão contribuindo para o desenvolvimento do educando com vistas a realizar suas potencialidades intrínsecas e à formação e desenvolvimento de sua personalidade;

b) que no aspecto biopsicológico “extraia” (educere) do adolescente o que ele tem de “próprio” e “original”. Deve, pois, o trabalho contribuir para suprir as necessidades individuais:- respeito pelo desenvolvimento harmônico do corpo e do espírito; promover desenvolvimento emocional; incentivar a formação de um espírito crítico; promover desenvolvimento de valores morais e culturais de todo tipo;

c) no aspecto social promova o desenvolvimento do senso de responsabilidade social; instrumentalização para participação nas transformações e no progresso sociais; desenvolver formação política para exercício da cidadania.

É obvio afirmar que o trabalho educativo envolve, também, em sua dinâmica uma inter-relação com a escola, colaborando para que o educando tenha acesso (ou regresso), sucesso e permanência na escola não somente do ensino fundamental, mas também propiciando acesso a níveis mais elevados.

É importante, todavia, sublinhar que inexistente trabalho educativo com a simples exigência de freqüência à escola paralelamente a “qualquer trabalho”. O acoplamento trabalho-escola não pode ser extrínseco, havendo necessidade de uma participação ativa da escola.

Há milhões de pessoas, maiores e menores de idade, que estudam e trabalham sem que se possa afirmar que essa concomitância transforme seus trabalhos em educativos. O que se observa na realidade (as estatísticas e seus estudos analíticos mais conservadores estão aí para confirmar) é que trabalho e educação conflitam freqüentemente a ponto de o trabalho acabar por sufocar ou tornar precária não somente a educação escolar, mas toda educação.

### **III- O trabalho educativo no ECA.**

Os parágrafos 1º e 2º do art. 68 do ECA conceituam como educativo o trabalho:

a) em que há exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando;

b) do qual resulta produção;

c) em que as exigências pedagógicas (a) prevalecem sobre as da produção (b);

d) do qual se auferir remuneração, cujo recebimento não desfigura nem descaracteriza o caráter educativo do trabalho.

Não uma atividade laborativa qualquer, mas a que se insere, como parte, em

projeto pedagógico em que se vise ao desenvolvimento pessoal e social do educando. Portanto o ritmo, o desenrolar das atividades, deverá ser ditado, sob pena de inversão de meios e fins, por um programa preestabelecido.

Não uma produção qualquer, mas aquela cujo produto possa ser vendido dentro das exigências de qualidade e competitividade. Uma produção, pois, que implique custo e benefício, capaz de remunerar quem a executa.

Remuneração cuja modalidade fica em aberto, como fruto imediato do trabalho executado.

Uma leitura puramente “gramatical” do termo “trabalho educativo” pode induzir em erro porque “trabalho” apareceria como “substantivo”, algo, portanto, “substantival”, “principal” ao qual a educação se acoplaria como simples “adjetivo”, como “acessório”. Já se afirmou, com razão:- substancial é a educação que na sua dinâmica global pode e deve envolver a dimensão trabalho, porém sem dicotomia, ambos se qualificando mutuamente.

A conceituação dos supracitados parágrafos é genérica mas rica em seu conteúdo e ampla na sua abrangência, nela compreendendo todas as espécies de modalidades de trabalho educativo compreendidas em sua formulação, respeitada a natureza jurídica das espécies, apontando-se, sem maiores detalhes, algumas delas:

a) o trabalho no clássico contrato de aprendizagem, que se executa numa relação de emprego;

b) o estágio profissionalizante;

c) as atividades profissionalizantes de uma cooperativa-escola, que tem entre seus objetivos educar os alunos dentro dos princípios do cooperativismo e servir de instrumento operacional dos processos de aprendizagem <sup>(12)</sup>.

d) as atividades de um processo de reciclagem ou de uma re-qualificação profissional.

Com efeito, as modalidades apontadas se descaracterizam se forem realizadas fora de uma ótica de trabalho educativo.

Vê-se, assim, que o trabalho educativo não se circunscreve em determinada relação jurídica uma vez que, conforme a modalidades que assumam, pode efetuar-se dentro ou fora de uma relação de emprego, numa relação jurídica de escola-aluno, numa relação associativa de que a cooperativa é um dos exemplos.

Constata-se, também, nesta breve enumeração de modalidades, que elas não se restringem a uma determinada faixa etária de quem as executa. As reciclagens e as re-qualificações, por exemplo, costumam realizar-se em idade mais avançada por motivos óbvios.

No art. 68 do ECA, lido (sistematicamente em consonância com o art. 62),

---

(12) A cooperativa-escola foi regulada pela Resolução nº 23 de 1982 do Conselho Nacional de Cooperativismo. Nem sempre é fácil estabelecer um equilíbrio entre as injunções da lucratividade exigidas por uma cooperativa e a progressividade curricular, como assinalam Marques, Pedro V. e Harold G. Love, Cooperativa-Escola nas Escolas Técnicas Agrícolas, mimeo, Piracicaba, 1992, p.13.

educação (via formação técnico-profissional), produção, remuneração ou geração de renda são elementos que não se contrapõem nem se anulam, mas que se integram no trabalho educativo.

Em síntese:- “Trabalho educativo” é termo genérico que evoca a complexa e não dicotômica relação trabalho – educação. Sem distorcer os fins próprios da educação, inclusive evidentemente a escolar, há possibilidade de uma educação para o trabalho e pelo trabalho.

#### ***IV - Trabalho educativo. Formação técnico-profissional. Formação profissional.***

Na formação técnico-profissional ou na formação profissional há uma correlação privilegiada entre educação e trabalho porque em ambas, quando corretamente aplicadas, há educação para o trabalho e pelo trabalho.<sup>(13)</sup> Em todo processo de profissionalização deve haver alternância de teoria (educa-se para o trabalho) e da prática (educa-se pelo trabalho), sem que a preposição “pelo” indique ser o trabalho o único meio de se educar e sem que o “para” aponte o trabalho como valor supremo e impedindo uma posição crítica (positiva ou negativa) sobre todo trabalho em suas condições concretas, sobretudo quando é fator de exploração ou aviltante.

É relevante sublinhar que a formação técnico-profissional e a formação profissional se inserem, como bem sublinham documentos da UNESCO, num processo educacional, situando-se, conseqüentemente, no campo da educação permanente que é caracterizada pela UNESCO como relacionada “a uma filosofia segundo a qual a educação é concebida como um processo de longa duração que começa no nascimento e prossegue por toda a vida. Educação permanente é um termo que cobre, pois, toda e qualquer forma de educação pré-escolar, todo tipo ou nível de educação formal, toda espécie de formação contínua e de educação não formal. A educação permanente situa-se em um quadro conceitual no qual se pode ir ao encontro das necessidades educativas de cada pessoa, seja qual for sua idade, suas capacidades, seu nível de conhecimento ou profissional, educação devendo ser entendida como processo contínuo e não como aquisição obtida em determinado período da vida por meios específicos.”<sup>(14)</sup>

Não sem razão o ECA conceitua a aprendizagem como integrando a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da educação em vigor, ou, mais precisamente, a aprendizagem é uma das etapas da formação técnico-profissional. Em outras palavras, a formação técnico-profissional se descaracteriza

---

(13) Não é por acaso que as Convenções 33 (1932) e 60 (revisão) (1937) da OIT sobre idade mínima para admissão em trabalhos não industriais dão ao trabalho educativo, quando executado em processo de profissionalização, um tratamento diferenciado.

(14) J.M Luttringer, *Le Droit de la Formation Continue*, Dalloz, Paris, 1986, p.2) (Cf. Glossário da UNESCO, “ad verbum” “educação permanente”).

fora de um contexto educacional. Ou melhor, todas as etapas da formação técnico profissional são uma “aprendizagem” durante toda a vida, que em todas as suas etapas é um “aprender continuado”.

O processo profissional compreende várias etapas:

- a) a orientação profissional;
- b) a pré-aprendizagem;
- c) a aprendizagem;
- d) reciclagens e/ou re-qualificações.

Estas fases são didaticamente apresentadas em uma seqüência temporal, mas podem em certos casos repetir-se. Na re-qualificação, por exemplo, nova orientação profissional se impõe.

O trabalho educativo poderá realizar-se em escola de ensino profissional, em instituições especializadas em profissionalização ou no ambiente de trabalho, neste último caso, por exemplo, na modalidade de contrato de aprendizagem ou de estágio.

Em síntese:- formação técnico-profissional (em todas as suas etapas) e trabalho educativo não são termos dicotômicos.

### ***V - Trabalho educativo e iniciação profissional ou pré-aprendizagem ou préformação profissional.***

A relação que tem sido feita entre o trabalho educativo e a pré-aprendizagem como uma de suas modalidades merece breve explicitação.

O Glossário da Formação Profissional - Termos de Uso Corrente“, (BIT, Genebra, 1987) assim conceitua a “formação pré-profissional”:

“Formação, organizada fundamentalmente visando preparar os jovens para a escolha de um ofício ou de um ramo de formação familiarizando-os com os materiais, os utensílios e normas de trabalho próprias a um conjunto de atividades profissionais”.

Na verdade, corresponde ao que o mesmo Glossário conceitua como “Iniciação Profissional Prática”, como tal entendido o “conjunto de breves períodos passados no exercício uma observação de diferentes atividades profissionais. Sua finalidade é dar a pessoas desprovidas de experiência profissional a possibilidade de ter uma idéia mais precisa das condições de trabalho, de ofícios ou profissões que lhes interessam e de lhes permitir assim escolher sua profissão com conhecimento de causa”

A Recomendação 117 sobre Formação Profissional, 1962, da OIT, abre espaço para a Preparação pré-profissional:-

“15. 1) A preparação pré-profissional deveria proporcionar aos jovens que ainda não tenham exercido uma atividade profissional uma iniciação a uma variedade de tipos de trabalho, nunca, porém, efetuar-se em detrimento da educação geral

nem como substituto da primeira fase de formação profissional propriamente dita.

2) A preparação pré-profissional deveria incluir uma instrução geral e prática, apropriada à idade dos jovens para:

- a) continuar e completar a educação recebida anteriormente;
- b) dar uma idéia do trabalho prático e desenvolver o gosto e estima por ele, assim como o interesse pela formação;
- c) *revelar interesses e aptidões profissionais, facilitando assim a orientação profissional;*
- d) favorecer a aptidão profissional ulterior.

3. A preparação pré-profissional deveria compreender, na medida do possível, a familiarização do educando com o equipamento e os materiais comuns a certo número de ocupações". (15)

## **VI - O adolescente e o trabalho educativo.**

A literatura sobre trabalho educativo costuma, geralmente, enfocá-lo quando realizado por adolescentes, ênfase que se compreende, mas que pode levar a uma concepção equivocada sobre o mesmo. Como já se assinalou acima, o trabalho educativo não se restringe a determinada faixa etária.

Inquestionavelmente, um adolescente pode realizar bem um trabalho comum. O ideal seria que todo trabalho desenvolvido pelo adolescente fosse educativo implicando qualificação para que ele, no futuro, ocupe lugar definido no mercado de trabalho seja bem remunerado.

Enquanto, porém, este ideal não puder ser historicamente alcançado, as linhas divisórias entre o trabalho comum e as diversas modalidades de educativo devem ser muito bem nítidas nas normas jurídicas que o regulam. É deturpação etiquetar velhas práticas como trabalhos educativos só porque, por exemplo, se exigem do adolescente trabalho e escolaridade, como se a exigência do ensino fundamental não fosse hoje, historicamente, um direito e um dever de cidadania. Se, por um lado, é equívoco depreciar um trabalho comum que o adolescente pode dignamente realizar, não é menos desastroso deturpar o trabalho educativo, via um nominalismo tão em moda, equiparando trabalho comum e educativo, fazendo um nivelamento inaceitável.

Há de se reconhecer que o trabalho educativo, quando realizado por um adolescente, merece especial cuidado porque se trata de uma personalidade em desenvolvimento, que exige, concomitantemente, proteções especiais e prioridade

---

(15)A lei francesa (Royer) de 1973 (art. 57; 3º alínea) contempla "período de pré-aprendizagem" :- "Os alunos que seguem um ensino alternado podem fazer estágios de iniciação ou de adaptação em um meio profissional durante os dois últimos anos da escolaridade obrigatória" ( Code du Travail, art. 211-1 ) Neste período o aluno se beneficia do estatuto escolar e de condições idênticas àquelas oferecidas por etapas que permitem a preparação de um diploma de ensino técnico do nível de operário qualificado "(Cf. G. Friedel, Encyclopédie Dalloz, Repertoire de Droit du Travail, 1976, ad verbum Apprentissage")

absoluta. Na elaboração jurídica do trabalho educativo do adolescente, sejam quais forem as suas modalidades, seja qual for a natureza jurídica da relação, devem ser respeitadas as denominadas “normas genéricas de proteção”:- respeito da idade mínima, proibição de trabalhos insalubres, perigosos, penosos, noturnos, prejudiciais ao desenvolvimento físico, moral e social, compatibilidade escola-trabalho. Esta última merece especial consideração porque com uma jornada de oito horas, precedida e seguida de deslocamentos casa - local de trabalho e vice-versa, interrompida pelo intervalo da refeição, dificilmente se consegue esta compatibilidade não só de horários, mas sobretudo com a escolaridade diurna (os efeitos precários do aproveitamento do estudo noturno são notórios), com uma escolaridade que permita acesso, (ou regresso), permanência e sucesso na escola.

Os programas sociais que cuidam de adolescentes devem incentivá-los para que se eduquem profissionalmente começando pela “educação profissional de nível básico”, não a tomando, porém, como etapa final, mas como patamar para níveis ulteriores (médio, superior).<sup>(16)</sup>

### ***VIII - Trabalho educativo e programas sociais.***

No Brasil de hoje há uma infinidade de programas sociais governamentais e não governamentais que promovem a inserção de adolescentes no mercado de trabalho muitas vezes precedida de um “treinamento”. Executada a inserção, faz-se, freqüentemente, um “acompanhamento” para ajudar o adolescente a superar os percalços que depara, mas o trabalho executado é “comum”, ou seja, fora de um programa de qualificação profissional.

O art. 68 do ECA deixa claro que programas sociais governamentais e não governamentais podem cuidar do trabalho do adolescente em uma nova perspectiva em que a preocupação não se centraliza em, apenas, inserir o adolescente no mercado de trabalho para a execução de “qualquer trabalho”, mas envolvê-lo em um “trabalho educativo”, visando assegurar-lhe condições de capacitação para o exercício de futura atividade regular remunerada.

Se a opção for, inicialmente, por um programa de trabalho educativo na modalidade de pré-profissionalização ou de pré-aprendizagem, ele só atingirá seus objetivos se tiver as seguintes características:-

- a) ser elaborado pedagogicamente ;
- b) propiciar educação para o trabalho e pelo trabalho dando condições ao adolescente, entre 14 e 18 anos, para ativar suas potencialidades com vista à formação e ao desenvolvimento de sua personalidade;
- c) exigir freqüência obrigatória ao ensino fundamental e propiciar o acesso a

---

(16) O Decreto 2203/97 que regulamenta os artigos 36 e 39/42 da LDB (lei 9.394/96) concernentes à educação profissional distingue os três graus:- básico, médio e superior.

níveis mais elevados de ensino;

d) implicar participação ativa da escola no programa;

e) dar orientação profissional levando em conta as aptidões pessoais do adolescente e as possibilidades do mercado de trabalho;

f) implicar não qualquer iniciação ao trabalho, mas formação pré-profissional ou de pré-aprendizagem visando à preparação do adolescente para a escolha de um ofício ou de um ramo de formação, familiarizando-o com os materiais, os utensílios e normas de trabalho próprias de um conjunto de atividades articuladas e programadas partindo das menos para as mais complexas com possibilidade de acesso a níveis mais elevados de polivalente qualificação profissional.

### ***IX- Outras modalidades de trabalho educativo.***

Há grande diversidade entre a) afirmar que o ECA criou no art. 68 uma modalidade *específica* de trabalho, portanto, distinta das outras (o que não parece ser correto); e b) asseverar que sendo genérica a conceituação, outras modalidades podem ser criadas pelo legislador, entre elas uma, por exemplo, ao nível de pré-profissionalização ou de pré-aprendizagem com as características acima apontadas.

A bem da verdade já houve esta tentativa na Câmara dos Deputados tomando como referência vários anteprojetos preexistentes sobre temas diversos, e, apesar da inserção de emendas que conseguiram dar uma feição parecida com trabalho educativo ao nível de pré-aprendizagem, finalmente foi aprovado um texto híbrido pleno de ambigüidades, felizmente não aprovado pelo Senado.

## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS**

1. A Revista da Faculdade de Direito tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes à Jurídica, conforme apreciação de seu Conselho Editorial. Os conceitos, informações e pontos de vista contidos nos trabalhos são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

2. Os trabalhos poderão ser elaborados na forma de artigos (inéditos), relatos de pesquisa ou experiência, pontos de vista, resenhas bibliográficas ou entrevistas. Quando se tratar de relato de pesquisa, deverá obedecer à seguinte organização: introdução, metodologia (sujeitos, material e procedimento), resultados, discussão, referências bibliográficas e anexos.

3. Os trabalhos deverão ser redigidos em programa Word for Windows 7.0, espaço duplo, fonte *Arial Normal*, tamanho 12, folha A4, com 2,5cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). **Deverão ter, no máximo, 20 páginas.**

4. Um disquete 3,5" e duas cópias impressas (com conteúdo e formato idênticos) devem ser enviados à Secretaria da Faculdade de Direito Padre Anchieta, à Av. Dr. Adoniro Ladeira, 94 - Jundiaí - SP (Km 55,5 da Via Anhanguera)

5. A capa deverá conter, na seguinte seqüência, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, em parágrafo centralizado, o tipo de publicação (artigo, relato de pesquisa, resenha etc.). Abaixo, em parágrafo justificado, deverá vir o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), seguido do nome completo (separados por vírgulas), sua mais alta titulação acadêmica e atuação profissional, endereço completo, telefone e, se tiver, o endereço eletrônico. Para trabalhos com mais de um autor, os sobrenomes devem ser colocados em ordem alfabética ou apresentados, primeiro, aqueles que mais contribuíram para a execução do trabalho e, em seguida, os colaboradores.

6. A primeira página deverá conter, como cabeçalho, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional do autor deverão vir em forma de nota de rodapé, inserida após o sobrenome. No caso de múltiplos autores, a ordem deve ser idêntica à da capa. Abaixo do cabeçalho, apresentar o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), 5 palavras-chave, *abstract* e *key words*.

7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificadas com numeração, títulos e legendas.

8. As citações, no texto, deverão ser seguidas da respectiva referência, entre parênteses, contendo o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e o ano da publicação. Exemplo: (BOSSA, 1994).

9. As citações literais, no texto, deverão ser apresentadas entre aspas e seguidas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994:32).

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 1cm de recuo esquerdo e direito, letra tipo *Arial Normal*, fonte 10.

11. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo, preferencialmente, ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, ano da publicação (entre parênteses), título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora.

Exemplo:

STORER, I.T., USINGER, L.R., STEBBINS, C,R & NYBAKKEN, W.J. (1998). *Zoologia Geral*. São Paulo: Cia. Editora Nacional.