

**Revista da Faculdade de**

ISSN 1519-1656

# Direito

**Padre Anchieta**



**Ano VIII - Nº 12 - Abril/2007**

**ISSN 1519-1656**

---

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

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta

il. 23cm.

Anual

Inclui bibliografia

**CDU 34(05)**

---

## **EDITORIAL**

É com muita alegria que apresentamos a edição 2007 da Revista da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiáí.

Neste número, como sempre, temos a oportunidade de contar com artigos de professores e juristas renomados, relativos a diversos temas jurídicos atuais e de grande interesse teórico e prático.

Em tempos de grandes mudanças legislativas e legais, os artigos da presente Revista representam um grande auxílio para os estudantes e aplicadores do Direito de uma forma geral.

No mundo de hoje, com grande evolução tecnológica e de informação, mostra-se imprescindível não só ao estudante, mas a todos os juristas de uma forma geral, a leitura de artigos e revistas jurídicas, além das obras clássicas.

Dessa forma, esperamos que todos tenham uma agradável e proveitosa leitura deste número de nossa Revista da Faculdade de Direito.

Até o próximo número.

Conselho Editorial.

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação anual aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores do Centro Universitário 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

Tel – 4527-3444

Caixa Postal 240

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

### **Editoração**

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Centro Universitário 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*

## **SUMÁRIO**

### ***As nulidades no Processo Penal***

Marcus Vinicius Ribeiro.....07

### ***O exercício abusivo de direitos processuais na justiça do trabalho***

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.....11

### **O sistema educacional. Um enfoque estrutural**

Fábio Nadal Pedro e Luís Renato Vedovato.....33

### **Reflexões sobre vigência, validade, eficácia e efetividade (a partir do pensamento garantista)**

Edihermes Marques Coelho.....51

### **Relações do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional**

Marcus Vinicius Ribeiro.....67

### **O regime constitucional das medidas provisórias no Brasil**

Jonathas Augusto Busanelli.....83

### **A liberdade religiosa e a sua amplitude na categoria dos direitos da personalidade**

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel.....91

### **Tolerância e direitos humanos**

João Carlos José Martinelli.....103

### **Crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar e a efetividade cível do princípio da dignidade da pessoa humana**

Clelia Gianna Ferrari.....109

**Normas para apresentação de originais.....123**



## **AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL**

Marcus Vinicius Ribeiro\*

O legislador previu uma série de fórmulas para os atos processuais a fim de evitar providências inúteis ou desviadas do objetivo maior do processo que é chegar à verdade. Com efeito, o Estado deve ser o primeiro a garantir a obediência a direitos e garantias individuais e não pode prestigiar atos realizados sem as formalidades legais.

Assim sendo, “somente aqueles atos realizados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados”.<sup>1</sup>

Neste caminho, de acordo com a intensidade da desconformidade do ato com o modelo legal do mesmo, as nulidades podem ser classificadas como absolutas ou relativas, havendo, ainda, atos inexistentes e meras irregularidades.

Conforme expõem Ada Pellegrini Grinover e outros <sup>2</sup>, “são *atos processuais inexistentes* aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais”. (grifo nosso)

Por seu turno, *a nulidade absoluta* “dá-se quando constatada a atipicidade do ato em relação a norma ou princípio processual de índole constitucional ou norma infraconstitucional garantidora de interesse público”.<sup>3</sup>

Nas nulidades absolutas o prejuízo para o processo é presumido, devendo, inclusive, ser decretadas de ofício pelo juiz. Uma nulidade absoluta não preclui, podendo ser alegada a qualquer tempo. A ofensa de garantias constitucionais implicará, sempre, nulidade de natureza absoluta.

Por sua vez, *nulidades relativas* ocorrem na hipótese de violação de exigência imposta no interesse das partes por norma infraconstitucional. Assim sendo, a parte deve demonstrar a ocorrência de prejuízo e argüi-la no momento oportuno, sob pena de convalidação do ato. Uma nulidade relativa não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, pois diz respeito tão-somente ao interesse das partes.

A respeito, diferenciando os casos de nulidade absoluta e relativa, Ada Pellegrini Grinover e outros<sup>4</sup> afirmam que “nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de

---

\*Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais do UniAnchieta. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal do UniAnchieta e da UMC.

<sup>1</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros, *As Nulidades no Processo Penal*, 1994, p.15.

<sup>2</sup> Op. cit., p. 16.

<sup>3</sup> Vitor E. Rios Gonçalves e outro, *Processo Penal: Procedimento, Nulidade e Recursos*, p. 85.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 17.

ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido”.

Por fim, sequer há de se falar em nulidade, não causando a invalidade do ato e não influenciando no desenvolvimento do processo, quando o vício consistente na observância de uma regra processual infraconstitucional não acarreta qualquer prejuízo ao processo ou às partes. Neste caso, diz-se que ocorreu uma *mera irregularidade*.

Enquanto os atos inexistentes independem de qualquer declaração judicial que os declare, o reconhecimento de uma nulidade não decorre automaticamente do texto legal, sendo mister uma declaração judicial neste sentido.

Desse modo, a própria legislação traz critérios para nortear o juiz no reconhecimento ou não de uma nulidade processual. Assim, a lei traz princípios a serem considerados pelo magistrado.

Neste passo, o primeiro a ser mencionado é o *princípio do prejuízo*, que vem estampado no artigo 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Nenhum ato será declarado nulo se a nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Entretanto, tal princípio diz respeito às nulidades relativas, pois nas nulidades absolutas não se exige a demonstração de prejuízo, “porque nelas o mesmo é evidente”.<sup>5</sup>

Além do supramencionado, o legislador, outrossim, nos trouxe o *princípio do interesse*, sendo que “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. Tal princípio está consagrado no artigo 565 do Código de Processo Penal. Este princípio aplica-se, igualmente, às hipóteses de nulidade relativa, porque nas absolutas o vício atinge o próprio interesse público.

O *princípio da instrumentalidade das formas* funda-se na idéia de que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, ou seja, o processo não é um fim em si mesmo, mas mero instrumento voltado para a apuração da verdade e a aplicação da lei ao caso concreto. Desse modo, não será reconhecida uma nulidade se o ato, embora praticado de forma diversa da prevista em lei, atingir sua finalidade. Porém, deve-se ter a cautela de verificar se a forma como foi praticado o ato processual veio a atingir um direito fundamental constitucionalmente assegurado, pois, não há que se falar no princípio em apreço, porque ocorre lesão a uma norma de ordem pública.

Há, ainda, o *princípio da convalidação*, pelo qual existe a possibilidade de aproveitar-se a atividade processual atípica, em certas situações, sendo sanada a irregularidade ou reparado o prejuízo. Tal princípio decorre de razões de economia

---

<sup>5</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros, op. cit. p. 24.

processual e da própria instrumentalidade das formas. Aplica-se, também, tal princípio somente às nulidades relativas, pois as absolutas não podem ser convalidadas. O artigo 572 do Código de Processo Penal admite que certas irregularidades estarão sanadas se não argüidas em tempo oportuno. Assim, a forma mais comum de convalidação do ato processual se dá com a preclusão.

Por fim, o *princípio da causalidade* consagra a regra de que a invalidade de um ato implica a nulidade daqueles que dele dependam ou sejam conseqüência. O parágrafo 1º do artigo 573, expressamente, estabelece que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”.

O Código de Processo Penal, no artigo 564, relacionou, expressamente, alguns casos em que ocorre nulidade. Assim, são casos de nulidade:

I - a incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - a ilegitimidade de parte;

III - a falta das fórmulas ou dos seguintes termos: a) a denúncia ou queixa e representação; b) exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígios; c) nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; d) intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal pública ou privada subsidiária da pública; e) citação do réu e prazos concedidos à acusação e defesa; f) decisão de pronúncia, libelo e respectiva cópia, nos processos do Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de Julgamento do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade do libelo; i) presença de pelo menos 15 jurados para a constituição do Conselho de Sentença do júri; j) sorteio dos jurados em número legal e sua incomunicabilidade; k) quesitos e respectivas respostas; l) acusação e defesa na sessão de julgamento; m) sentença; n) “recurso de ofício” nos casos estabelecidos em lei; o) intimação nas decisões estabelecidas pela lei; p) nos Tribunais o *quorum* legal para o julgamento.

IV - a omissão de requisito que constitua elemento essencial do ato.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Temas Relevantes do Direito – Vol. 2*. São Paulo: Lúmem, 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.) . *Tratado Temático de Direito Processual Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. (4 volumes)

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

## **O EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITOS PROCESSUAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira \*

### **1. INTRODUÇÃO**

No dia-a-dia do exercício da magistratura temos nos deparado, infelizmente, cada dia mais, com o exercício abusivo de direitos processuais.

Iniciamos este artigo com o alerta de Eduardo Couture: “o processo é realização da justiça e nenhuma justiça se pode apoiar na mentira”.

É que alguns profissionais do Direito, na busca de um resultado a qualquer preço, passaram a usar de expedientes pouco ortodoxos visando retardar e, se possível, eternizar o andamento do processo, quando não têm razoável grau de certeza quanto ao seu sucesso na demanda.<sup>1</sup>

Acresça-se a isso o fato de que nosso sistema processual, mesmo na Justiça do Trabalho, que por sua natureza evidentemente alimentar deveria ser célere, se mostra cada dia mais lento.

Por outro lado, o atual sistema recursal trabalhista brasileiro e os recursos dele decorrentes são quase infinitos, favorecendo e permitindo esses expedientes protelatórios.

As manifestações de má-fé, a litigância sem freios e sem obediência aos preceitos da probidade e o abuso do direito de demandar vêm preocupando autoridades e o legislador.<sup>2</sup>

No Direito Processual do Trabalho os problemas se agravam.

Os princípios de celeridade e concentração que aprendemos na faculdade parecem ter sido esquecidos pelos legisladores quando elaboram leis trabalhistas. Recursos e mais recursos, inclusive na fase de execução, fazem com que seja motivo de comemoração a expedição de um alvará para levantamento de quantia objeto da condenação...

Conforme afirmou o magistrado e professor Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e Juiz da Corte Internacional de Haia, ao se referir ao processo civil e ao processo penal, “nosso sistema processual é bastante perverso, parece concebido para que o processo não chegue ao fim”.<sup>3</sup>

---

\* Juiz do Trabalho; Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; professor do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da FADIPA.

<sup>1</sup> STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: RT, 2002. p.12.

<sup>2</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.12.

<sup>3</sup> REZEK, Francisco. Informativo dos Juízes Federais do Brasil, Julho/2001, p. 6.

O que nos parece claro é que o processo não pode ser utilizado como instrumento de pressão para que a outra parte ceda aos interesses da primeira.

O processo é, sim, “um instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos da cidadania”, no dizer do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em julgado recente. (STJ, 4ª T. – REsp. 65.906 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 25.11.1997 – DJU 02.03.1998, p.93).

O colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido pelo Ministro Celso de Mello, acentuou:

“O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”. (STF – 2ª T. – ED 246.564-0 – Rel. Min. Celso de Mello – j. 19.10.1999 – RTJ 270/72).

## **2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

Há um princípio aplicável em todos os campos do direito, bem explicitado no artigo 422 do Novo Código Civil, segundo o qual todos os contraentes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé.

Conforme preleciona Plá Rodrigues,

“... a boa-fé não é uma norma - nem se reduz a uma ou mais obrigações - mas é um princípio jurídico fundamental, isto é, algo que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e aflora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita”.<sup>4</sup>

O princípio da boa-fé tem, no direito processual do trabalho, um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal existente no contrato de trabalho, que envolve interesses de empregado e empregador numa relação de caráter continuado.

A doutrina costuma dividir o princípio da boa-fé em duas diferentes acepções: a *boa-fé - crença*, que é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa,

---

<sup>4</sup> *Princípios de direito do trabalho*, p. 269.

portanto, que sua conduta é legítima e não causa prejuízos a ninguém, e a *boa-fé* - *lealdade*, que se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever.

A boa - fé - lealdade, que deve figurar como princípio de direito do trabalho e de direito processual, pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos nem desvirtuamentos.<sup>5</sup>

As relações de trabalho não consistem em um simples intercâmbio de prestações patrimoniais. Elas fazem o trabalhador entrar em uma comunidade de trabalho e obriga o empregador a conceder-lhe a necessária confiança. Impõe ao trabalhador uma obrigação de boa-fé particular, podendo-se falar de uma obrigação de fidelidade do trabalhador relativamente ao empregador.

Paul Durand, manifestando-se sobre a importância do princípio, assim exprime:

“Este dever de uma particular boa-fé impõe ao trabalhador a obrigação de se abster de todo ato que possa prejudicar o empregador e de efetuar aqueles que tendam à proteção dos interesses deste. Esta obrigação está amiúde determinada em seu conteúdo de trabalho. Ela será tanto mais imperiosa quanto mais estreitas sejam as relações pessoais entre as partes: menos estritas para os operários que para os empregados (mais intimamente associados aos serviços do empresário) e o pessoal do serviço doméstico que participa da vida familiar”.<sup>6</sup>

Qualquer das partes inseridas no contrato de trabalho e posteriormente envolvidas em litígio processual que pratique ato que cause ou que possa causar lesão à outra, seja patrimonial, seja pessoal, deverá indenizá-la pelos danos cometidos.

É correto afirmar, ao menos em tese, que toda demanda é o resultado de duas pessoas terem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma. Ocorre que tal leitura há que ser feita segundo critérios éticos, informada pela boa-fé, enquanto padrão de comportamento exigido de todos quantos aceitaram viver em sociedade, onde a igualdade e o respeito ao próximo constituem garantias constitucionais asseguradas ao cidadão.

O homem, porque dotado de inteligência e por viver socialmente entre seus pares e ter o poder do discernimento entre o bem e o mal, deve ser essencialmente ético, razão pela qual deve disciplinar sua vida em qualquer setor de atividade social, guiando-se pelos ditames da ética e da moral estabelecidos pelo estrato social em que vive.

---

<sup>5</sup> Américo PLÁ RODRIGUES, op. cit., p. 273.

<sup>6</sup> *Traité de droit du travail*, p. 586.

As disputas físicas, ao longo do tempo, foram sendo substituídas pela arbitragem, a conciliação e a intermediação e a solução dos conflitos pelo Estado-Juiz.<sup>7</sup>

Para tanto, colocou-se como premissa fundamental o exercício da jurisdição com honestidade, ética, boa-fé e igualdade.

Nas palavras de Rui Stoco, “estar de boa-fé e agir de boa-fé constituem estados inerentes ao ser humano. Ele nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade ou perversidade. Em sua gênese, vai se transformando segundo influência dele sobre si próprio e da sociedade em que vive sobre ele, podendo manter sua condição original ou assumir comportamentos decorrentes da influência e da sua conversão. Portanto, a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade.”<sup>8</sup>

Essa mesma boa-fé deve existir na conduta das partes e dos advogados quando procuram o poder judiciário buscando solução para um conflito de interesses.

Dessa forma, empregado e empregador devem pautar-se pelo princípio da boa-fé nas demandas judiciais que promovem perante todos os ramos do Judiciário, inclusive a Justiça do Trabalho.

### 3. A MÁ-FÉ

A má-fé, por outro lado, é, para a terminologia jurídica, tudo o que se faz com entendimento de maldade ou do mal que nele se contém. Decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é.

Se, pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, ou seja, estava ciente do engano ou da fraude contida no ato, e ainda assim praticou o ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo.<sup>9</sup>

O dever de dizer a verdade e de não mentir remonta aos primórdios da civilização. As ordenações do Reino, desde as Afonsinas de 1446, passando pelas Manuelinas de 1521 e culminando nas Filipinas, de 1603, assentaram que em qualquer feito, logo que a lide seja contestada, o juiz, de ofício e sem outro requerimento, dará juramento de calúnia, assim ao autor como ao réu. O autor jurará que não move a ação com intenção maliciosa e o réu que não alegará no processo coisa alguma por malícia ou engano.

Estes antecedentes históricos demonstram a preocupação do legislador português, ao longo dos séculos, de exigir que as partes digam a verdade no processo judicial, afastando, pois, a mentira, o dolo e a fraude.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 33-34.

<sup>8</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 37.

<sup>9</sup> SILVA, de Plácido e. *Dicionário Jurídico*. São Paulo, 1982, p. 123.

<sup>10</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 45.

O que vemos, nos dias de hoje, na prática da atuação profissional, é que cada vez mais os profissionais da área jurídica, em especial os da advocacia, deixam de lado a ética e a boa-fé processuais.

Resgatar a ética no processo é obrigação de todos os operadores do direito.

Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns com os outros, e esperar dos mesmos um comportamento ético serão a única saída para a crise do processo e para convertê-lo em instrumento e meio para a solução dos conflitos de forma rápida, eficiente e absolutamente satisfatória.

Para que isso aconteça, devemos nos preocupar com a ética profissional e com os deveres de lealdade e veracidade.

### **· ÉTICA PROFISSIONAL**

A ética profissional pode ser conceituada como a soma de deveres que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com que possa ter trato.<sup>11</sup>

O comportamento ético e a ética profissional são exigidos de todos os atores que compõem o relacionamento em juízo, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual.

Pela falta de comportamento ético em juízo esses mesmos atores poderão sofrer sanções de natureza administrativa, previstas em outros instrumentos legais, fora, portanto, da lei processual codificada. Os advogados, por exemplo, responderão segundo as disposições do seu Código de Ética e Disciplina do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94).

Os juízes e membros do Ministério Público, não se tratando de matéria de natureza jurisdicional, responderão segundo as disposições das respectivas leis orgânicas, cujo poder de censura, no plano administrativo-disciplinar, será exercido pelas respectivas corregedorias e as penas impostas pelas autoridades apontadas na lei ou nos respectivos regimentos internos, enquanto os demais representantes do Poder Público, quando ligados por vínculo de subordinação que os convertem em servidores, responderão segundo os respectivos estatutos.

### **· ÉTICA E DIREITO**

Nos dias de hoje, em vários ramos de atividade em nosso país, como a política, o direito e a economia, cresce o clamor pela ética.

Já se afirmou que a verdadeira crise do Poder Judiciário é a crise da confiança.

O que se vê atualmente é que os advogados não confiam integralmente na

---

<sup>11</sup> Plácido e Silva, 1982, p. 223. apud, STOCO, Rui. Op. cit., p. 50.

possibilidade de uma decisão justa por parte dos julgadores, enquanto estes não confiam que os defensores possam ter um comportamento ético e de absoluta lisura no processo, com lealdade, causando, assim, uma verdadeira crise de confiança no processo judicial.

Dessa forma, a aproximação dos operadores do direito no sentido de se alcançarem relações processuais mais éticas é fundamental e sem ela o ideal de justiça não será alcançado.

### **· O DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL**

No plano das relações em juízo, o comportamento ético é condição primeira, estabelecida no artigo 14 do CPC, ao enunciar que “compete às partes e aos seus procuradores: – I expor os fatos em juízo conforme a **verdade**; II – proceder com **lealdade e boa-fé**.”

Isso porque a lealdade é o nome da boa-fé. É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza penas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade com o dever de realizar o justo, com a pacificação social, com a harmonização, mesmo que isso, às vezes, possa não trazer vantagens profissionais ou materiais.<sup>12</sup>

Perceba-se que o dever de lealdade e de conduzir-se com boa-fé é exigido não só das partes em juízo, mas também dos seus procuradores, terceiros, Ministério Público e até dos juízes.

Para Ovídio Baptista da Silva, “o preceito contido no artigo 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral de boa-fé objetiva, de que já se disse constituir mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do direito seria impossível”.<sup>13</sup>

Para alguns processualistas, somente as hipóteses previstas no artigo 17 do CPC seriam passíveis de sanção, entendendo tais doutrinadores que as disposições do artigo 14 do CPC teriam apenas natureza programática.

Esse, porém, não é o nosso entendimento. Agindo a parte com evidente ofensa ao dever genérico de lealdade estabelecido no artigo 14 do CPC pode o juiz puni-la com a condenação em pagamento de indenização pela litigância de má-fé.

### **4. O ABUSO DO DIREITO**

Quando o agente atua dentro dos limites da lei, não há obrigação de reparar se da ação decorrer dano.

Todavia, pode ocorrer que o agente pratique irregularmente um ato no exercício do direito, cometendo ato ilícito. Assim agindo, incorre no que a doutrina denomina “abuso de direito”. Embora atue dentro das prerrogativas que o direito concede, não

---

<sup>12</sup> NALINI, 1997, p.16.

<sup>13</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. 2000, p.13.

considera a finalidade social do direito subjetivo e, assim agindo, causa dano a outrem.

A doutrina do abuso de direito data do século passado, embora suas origens sejam bem mais antigas, oriundas do direito romano.

O primeiro texto legislativo moderno que procurou coibir o abuso de direito foi o Código Civil da Prússia de 1794, que assim dispunha:

“O que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano (parágrafos 36 e 37)”.<sup>14</sup>

Somente a partir do Código Civil Alemão de 1900, alguns outros códigos passaram a admitir a inclusão da doutrina do abuso de direito, embora haja ainda grande diversidade de fórmulas adotadas.

Não havia no direito positivo brasileiro norma que aceitasse ou repudiasse expressamente a teoria do abuso de direito, mas existiam normas que eram contrárias ao exercício anormal de certos direitos, como ocorria, por exemplo, com o artigo 160 do Código Civil de 1916 que, ao arrolar as causas excludentes da ilicitude, dispunha, dentre outras, que “não constituem atos ilícitos... os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”, de forma que, *a contrario sensu*, seriam atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito.

A melhor definição para o tema em estudo é aquela constante do recém-proulgado Código Civil de 2002 que, em seu artigo 187, se refere expressamente ao abuso de direito, condenando o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo, ao estabelecer:

“Art.187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Alvino Lima assim analisa a questão em estudo:

“Mesmo no exercício daquelas prerrogativas, que a lei nos confere, a nossa ação pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir o desequilíbrio social. Esta lesão do direito de terceiro pode gerar a nossa responsabilidade, quando exercemos o nosso direito sem obedecer a certos ditames fundamentais da polícia jurídica, ordenados pela própria natureza das instituições jurídicas”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Id., *Ibidem*, p. 210.

<sup>15</sup> Id., *Ibidem*, p. 204-205.

O cerne da questão é que, mesmo que o indivíduo esteja exercendo seu direito legítimo, ainda assim pode causar dano a outra pessoa se o fizer abusivamente.

Conforme bem expõem Chironi e Abello a respeito do tema:

“Aquele, que age obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere o preceito legal viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, da sua destinação, produzindo o desequilíbrio entre os interesses individuais e da coletividade, abusa de seu direito.”<sup>16</sup>

O problema ligado ao limite do exercício do direito, além do qual poderá ser abusivo, constitui a essência da teoria do abuso de direito.

Caio Mário da Silva Pereira, comentando o tema em exame, afirma:

“(...) os direitos existem em razão de uma certa finalidade social e devem ser exercidos na conformidade deste objetivo. Todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. A contravenção a esse poder constitui abuso do direito. Abusa, pois, de seu direito, o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém sirva-se de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.”<sup>17</sup>

A consciência jurídica inclina-se no sentido de que isso deve efetivamente ocorrer, pois o ofensor poderia, sem prejuízo para ele, não fazer uso do direito, ou fazê-lo de forma a não prejudicar terceiro.

Martinho Garcez Neto, a respeito do assunto em análise, assim expõe:

“Os partidários da teoria do abuso de direito sustentam que a reparação é devida (1º) porque o direito não é um fim, e sim um meio, e, como tal, sob nenhum pretexto pode ser empregado de forma a causar prejuízo a outrem; (2º) porque a pessoa que tenha usado de uma prerrogativa legal para prejudicar consciente ou inconscientemente aos outros, não usou dessa prerrogativa como se impunha que o fizesse. Ao destinar o exercício de um direito a um fim que não era o legítimo fim que o direito previa, terá abusado desse direito.”<sup>18</sup>

Quando alguém se utiliza de um direito, dentro das prerrogativas que lhe são conferidas, estará *usando* o seu direito. Comete, porém, *abuso*, quem exceder tais prerrogativas.

Dessa forma, verifica-se que, mesmo no exercício do seu direito, uma pessoa pode causar dano a outrem, situação em que fica obrigada a efetuar a reparação devida.

---

<sup>16</sup> CHIRONI; ABELLO. *Tratado de diritto civile italiano*, vol. I, p. 520.

<sup>17</sup> *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*, p. 251.

<sup>18</sup> *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 161.

Há que se distinguirem porém, para uma melhor delimitação do tema, o ato ilícito e o ato abusivo:

“Distinguem-se as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas dos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.”<sup>19</sup>

Tanto em uma situação como em outra, ainda assim haverá a responsabilidade de indenizar o prejudicado, respeitando a função social do direito.

Como norma de convivência social, a ordem jurídica assegura ao indivíduo exercer o seu direito subjetivo, sem que tal exercício possa causar a alguém um mal desnecessário. O problema existe quando se procura estabelecer o limite da regularidade ou a linha demarcatória entre o uso do direito e o abuso do direito.

Alvino Lima, expondo seu pensamento a respeito do abuso de direito, e citando De Page, esclarece:

“A teoria do abuso de direito veio alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade.”<sup>20</sup>

Comentando os critérios identificadores dos atos abusivos, Maria Helena Diniz afirma:

“Para assinalar os atos abusivos que possam acarretar responsabilidade civil, os autores concentram sua atenção em três critérios: a) intenção de lesar outrem, ou seja, no exercício de um direito com o intuito exclusivo de prejudicar, que deverá ser provado por quem alega; b) ausência de interesse sério e legítimo; c) exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social.”<sup>21</sup>

Quem age com abuso de direito responde pelos atos que praticar. Citando os casos de responsabilidade resultantes do exercício abusivo de direito, esclarece ainda Maria Helena Diniz:

“Caem na órbita do abuso de direito, ensejando, obviamente, a responsabilidade civil:

---

<sup>19</sup> Josserand LOUIS. *De l' esprit des droits et de leur relatifé*, 1927. Tradução livre.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 205-206.

<sup>21</sup> *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*, vol. 7, p. 398.

a) Os atos emulativos ou “*ad emulotionem*”, que são os praticados dolosamente pelo agente, no exercício formal de um direito, em regra o de propriedade, com a firme intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse de seu titular;

b) Os atos ofensivos aos *bons costumes ou contrários à boa-fé*, apesar de praticados no exercício formal de um direito, constituem abuso de direito;

c) Os atos praticados em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo. Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de ilicitude de seu titular, se ele o utilizar em desacordo com a finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente.”<sup>22</sup>

O abuso do direito não se circunscreve no âmbito do direito material.

A lei processual não dá condição de ação a quem não tem interesse processual. Se este consiste em ir a juízo quando há necessidade e utilidade que o provimento jurisdicional propicia, comete abuso de direito quem, sob o pretexto de ter em seu favor o direito constitucional de pleitear em juízo, o faz sem interesse, mas, apenas, por espírito de emulação ou vingança.

O indivíduo, para exercitar o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição, deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo.<sup>23</sup>

A matéria tem relevância no âmbito do direito processual do trabalho, em que escritórios de advocacia são contratados apenas para “atrasar” o processo, postergando o pagamento de direitos de pessoas que concretamente deles necessitam até para custear a própria sobrevivência e de sua família, ou em que advogados ajuízam ações absolutamente temerárias, pedindo muito mais que o devido, contando, talvez, com uma revelia.

Contudo, há uma forte timidez dos julgadores, em especial na Justiça do Trabalho, em reconhecer a atuação de má-fé e aplicar esse instrumento legal inibidor.

Essa forte inibição está permitindo a proliferação de ações temerárias, de recursos infundados, meramente protelatórios ou repetitivos, e o conseqüente desgaste do Poder Judiciário Trabalhista, que já não mais consegue distribuir justiça no tempo certo e desejável, não obstante os mecanismos de controle postos à disposição.

## **5. CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO DO DIREITO**

Ante o repúdio do Direito à ocorrência do ato abusivo, sua prática conduz à ilicitude.

---

<sup>22</sup> Idem, ibidem, p. 398.

<sup>23</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 59.

Sendo o abuso do direito um ato antijurídico ou contrário ao direito, suas conseqüências normativas serão as mesmas de todo e qualquer ato antijurídico em geral.

Caso o ato abusivo, praticado intencionalmente ou através de comportamento culposo, invada a esfera de direitos de outra pessoa, cabe indagar se esta suportou prejuízos de ordem material ou moral, hipótese em que se adentra no campo da responsabilidade civil e nasce a obrigação de reparar, seja indenizando o que se perdeu (dano emergente) ou se deixou de ganhar (lucro cessante), seja compensando a ofensa aos valores morais da pessoa com um *quantum* em dinheiro mais ou menos aleatório e que se paga de uma só vez.<sup>24</sup>

Antes de ofender o particular, o ato abusivo ofende a sociedade.

No campo do Direito Processual do Trabalho, o ato abusivo assume várias formas, vez que expressa e retrata a má-fé processual, o dolo e a fraude processual e o abuso de estar em juízo ou de utilizar os remédios jurídicos postos à disposição das partes.

Traz como conseqüência não só o dever de indenizar, em espécie, a parte contrária, mas também, em alguns casos, outros impedimentos ou restrições de direito, como a proibição de falar nos autos ou de apresentar novo recurso.

Portanto, aquele que transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar.

O valor da indenização deverá variar segundo a maior ou menor intenção do agente em causar o dano.

A qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever o dano surgem como relevantes, assim, não só para a determinação da responsabilidade, como para o estabelecimento do *quantum* indenizatório.

O parágrafo único do artigo 944 do Novo Código Civil já dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Segundo expõe Rui Stoco, cabe então concluir que “(...) em sede de abuso de direito, a culpa levíssima mostra-se irrelevante para efeito de responsabilização, ou seja, não é suficiente para induzir responsabilidade, sabido que, no conceito de culpa, em sentido amplo, o erro que ganha relevo será apenas aquele inescusável, que não pode ser relevado.”<sup>25</sup>

Também a simples imperícia, ou seja, a falta de domínio da técnica processual, não caracteriza a lide temerária.

Mas a imprudência grave, a imperícia fruto de erro grave, crasso e, portanto, indesculpável, não pode permitir hesitação do magistrado em considerar ter havido má-fé. Esse, aliás, o entendimento de Mortara (1923, p. 143).<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.67.

<sup>25</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.73.

<sup>26</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.74.

Dessa forma, o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. A partir desse momento torna-se antijurídico, convertendo-se em ato ilícito, passível de reparação.

## **6. O ABUSO DO DIREITO E A MÁ-FÉ PROCESSUAL**

O processo não é meio de enriquecimento ilícito de ninguém e tem como objetivo primordial dar a cada um o que é seu, na medida do que é seu.

E, como instrumento de paz social e distribuição de justiça, visando não só dar a cada um o que é seu, mas, ainda, dar a cada um o que deve ser seu e, também, tendo como objetivo precípua solucionar as pretensões resistidas em juízo, a teoria do abuso de direito faz-se presente no procedimento, uma vez que exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade.<sup>27</sup>

Assim, à medida que uma parte pede mais do que lhe é devido, tendo plena consciência do exagero que está cometendo, pratica abuso do direito de demandar, devendo responder pelo seu ato.

Conforme já advertia Mendonça Lima, citado por Rui Stoco,

“A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o “abuso do direito de demandar”. Tal direito não diz respeito apenas à atividade do autor ao propor a ação, mas, também, abrange o do réu em defender-se ou, na linguagem de nosso Código de Processo Civil, em responder (excepcionar, contestar ou reconvir).”

Resta claro, portanto, que existe grande diferença entre abuso do direito de demandar e a prática de atos de má-fé no curso do processo.

A má-fé no curso do processo pode constituir fato isolado que, em alguns casos, não contamina o processo como um todo, embora em algumas hipóteses isso possa, concretamente, ocorrer.

Contudo, o abuso do direito de demandar significa que a própria ação intentada é temerária, sem origem ou com suporte em fatos inexistentes ou diversos daqueles expostos.

O abuso do direito de demandar contamina a ação como um todo, enquanto o ato de má-fé praticado no processo, como acontecimento episódico ou isolado, pode, no máximo, conduzir à anulação do ato ou apenas ao reconhecimento do comportamento repudiado pela lei, com a conseqüente imposição de sanção pecuniária.

Também assume contornos de excesso a interposição de várias ações com o mesmo objeto ou a renovação de causa idêntica já decidida e com trânsito em julgado.

---

<sup>27</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 76.

Podemos citar como exemplo o caso de um advogado de São Paulo, onde na capital existem 79 Varas do Trabalho, que distribuiu, ao mesmo tempo, 79 ações trabalhistas idênticas, objetivando claramente “escolher” uma delas após a distribuição, vez que naquele universo a diferença de tempo entre uma e outra Vara do Trabalho pode chegar a dois anos.

É evidente que a solução encontrada por aquele profissional não logrou êxito, vez que, após o terceiro arquivamento, houve a perda do direito do exercício de ação pela preempção. Ainda assim, caberia condenação como litigante de má-fé em todas as demandas por ele distribuídas.

No mesmo sentido a utilização de um recurso para reiterá-lo indevidamente com o objetivo só de procrastinar, de não cumprir ou de não pagar.<sup>28</sup>

## **7. A MÁ-FÉ PROCESSUAL**

O homem é um ser essencialmente ético. Porque dotado de inteligência, tem o poder de discernimento entre o bem e o mal, razão pela qual deve disciplinar sua vida em qualquer setor da atividade social, guiando-se pelos ditames da ética e da moral estabelecida pelo estrato social em que vive.

O ideal de justiça se traduz como o maior anseio do ordenamento jurídico e nada mais é do que a revelação e expressão de um valor moral.

Portanto, no Estado Social e Democrático de Direito as garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, como individualidade protegida, e à sociedade, impõem a edição de regras de comportamento, regras de relacionamento e regras de contenção, prevenção, repressão e punição.

O implemento, a obtenção e a satisfação de uma pretensão que seu titular entende legítima, mas resistida por outrem, se conseguem através do processo.

Nosso Código de Processo Civil dá especial ênfase ao comportamento das partes em juízo, exigindo honestidade na condução da demanda, chegando a consagrar o princípio de que o litigante de má-fé deve indenizar os danos que a outra parte vier a suportar em razão do abuso do direito de estar em juízo.<sup>29</sup>

Ada Pellegrini Grinover, em manifestação sobre o tema, também ressaltou:

“Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais

---

<sup>28</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 77.

<sup>29</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 79.

aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores.”<sup>30</sup>

Há que se atender, também, ao princípio da lealdade processual. Escrevendo sobre o dever de lealdade, Milhomens assim explanou:

“Todos os sujeitos do processo – partes, juízes, serventuários, auxiliares – devem agir no sentido da consecução de um fim estrito: a realização do direito, ou como diz Pontes de Miranda, o “prevalhecimento da verdade sobre a situação de direito deduzida em juízo”. O processo é meio, posto a serviço do homem, para esse fim social. O estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Pratiquem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes, entre si, e deveres de uma para com outra parte. Os Códigos não são sistemas perfeitos. O direito não se contém todo nos textos legais. Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, nos quais o jurista descobre nas máximas gerais os princípios fundamentais”.<sup>31</sup>

Nosso Código de Processo Civil atual repudia a má-fé com a sanção de multa pecuniária, sem prejuízo da obrigação de indenizar os danos causados à parte contrária.

## **8. CONCEITO DE LITIGANTE DE MÁ-FÉ**

O litigante de má-fé é, no conceito de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, a parte que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É aquele que se utiliza de procedimentos escusos com objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.<sup>32</sup>

## **9. CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA MÁ-FÉ**

A ocorrência de má-fé pode ser verificada de diversas formas.

Age de má-fé, inequivocamente, aquele que age com intenção deliberada de

---

<sup>30</sup> *Código de Direito Processual Civil*, 2000, p. 63.

<sup>31</sup> *Da Presunção da Boa-Fé no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 33-34.

<sup>32</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

causar prejuízo a terceiros.

Também o faz, porém, aquele que tem como intenção retardar o andamento do processo, sendo que para alguns essa protelação do julgamento, da execução ou pagamento do quantum devido surge como verdadeira vitória.

As condutas que comprometem a atuação da parte em juízo e que induzem má-fé estão contidas, de forma taxativa, no artigo 17 do CPC, mas os critérios para verificação da má-fé impõem e obrigam que se faça um juízo de valor para verificar se o agente ingressou no campo da culpabilidade.

Dessa forma, verificado o agir doloso ou culposo do agente ou a vontade dirigida ao objetivo de protelar ou de prejudicar a parte contrária, haverá litigância de má-fé.

### **10. QUEM PODE SOFRER SANÇÕES POR MÁ-FÉ PROCESSUAL**

O artigo 16 do CPC afirma responder por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Destarte, tanto aquele que se posta no pólo ativo, como aquele que se coloca no pólo passivo, como, de resto, aqueles que aderem às partes ou as substituem, como os litisconsortes, assistentes, oponentes, denunciados ou nomeados à lide, são considerados para os efeitos do artigo 16 do CPC.

Segundo entende a maioria da doutrina e da jurisprudência civil e trabalhista, o advogado das partes em juízo não responde pessoalmente por má-fé processual.

Particularmente, contudo, não concordamos com tal pensamento.

A questão é que todos os que atuam no processo, seja na condição de partes, seja como procuradores, terceiros e até o juiz, podem ser responsabilizados pelos atos que cometerem.

A própria Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) prevê, em seu artigo 32, parágrafo único, a responsabilização do advogado, ao dispor:

**Art.32.** O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

**Parágrafo único.** Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O artigo 6º do Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado no DJU de 01.03.1995, dispõe: “É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”.

Na Justiça do Trabalho, em que as lides envolvem, na maioria das vezes, pessoas simples, sem conhecimentos técnico-jurídicos, é inquestionável a possibilidade de responsabilização solidária do advogado diretamente.

Nesse sentido, concordamos com o entendimento do juiz e professor Jorge Luiz Souto Maior, no sentido de que o advogado pode ser condenado solidariamen-

te com a parte em processo trabalhista quando restar configurada a ocorrência de litigância de má-fé, e os elementos constantes dos autos demonstrarem, de forma cabal, que a parte jamais teria condição técnica de elaborar pedido inidôneo, por exemplo.

### 11. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA MÁ-FÉ PROCESSUAL

Conforme bem expõem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, em seus comentários ao CPC, “o destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e indenizar os danos processuais que causar à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte”.<sup>33</sup>

Dessa forma, tem hoje o julgador, com a nova redação do artigo 18 do CPC, elementos mais que suficientes para coibir os abusos e a fraude processual, impondo desde logo a reprimenda necessária para que o processo volte aos trilhos, na consideração de que a litigância de má-fé ofende mais o Estado-Juiz e a dignidade da justiça do que a outra parte litigante.

Há, contudo, evidente desarmonia do *caput* do artigo 18 do CPC com a limitação estabelecida em seu parágrafo segundo no tocante à limitação do valor da indenização. Ao afirmar o dever de “indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu” consagrou, portanto, o entendimento universal do dever de reparar.

E reparar é compor, em toda a sua extensão, o prejuízo suportado pela vítima.

Contudo, no parágrafo 2º limitou o valor da indenização em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Ora, se no corpo principal, onde a norma traz a parte mais significativa da regra, que é o seu comando emergente, o Código de Processo Civil determinou que se indeniza a outra parte “dos prejuízos que ela sofreu”, tem-se que o montante da indenização deverá ser exatamente o prejuízo sofrido e não 20% (vinte por cento) ou menos”.<sup>34</sup>

O conceito de dano à luz da Constituição Federal de 1988 não mais se limita ao dano patrimonial, podendo ser alargado para o dano moral ou à imagem, nos termos do disposto no artigo 5º, incisos V e X.

O dano patrimonial e o moral podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e isoladamente.

Em qualquer das situações, porém, indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente.

---

<sup>33</sup> *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427.

<sup>34</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.102.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 18, adotou, exclusivamente, o sistema de reparação em dinheiro, com caráter indenizatório.

Conforme assevera Rui Stoco, “importante notar, porém, que a sanção prevista até 20% do valor da causa será imposta “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”<sup>35</sup>.

Significa que o preceito não afasta a hipótese de, nos próprios autos, a mesma parte ser sancionada por litigante de má-fé, com supedâneo no artigo 17 do CPC, em decorrência do mesmo fato, se comprovado o elemento intencional.

Mais ainda, sugere que o descumprimento à determinação judicial, que caracterize ato atentatório ao exercício da jurisdição, poderá, em tese, configurar também o crime de desobediência, se praticado pelas partes ou seus procuradores e até mesmo por agentes do Estado e, ainda, em determinadas circunstâncias, prevaricação, se oriundo de servidor público que negligencia o seu *múnus*, sem descartar, também, a caracterização, em tese, de improbidade administrativa, com sanções de natureza política, civil e administrativa.<sup>36</sup>

## 12. MOMENTO PROCESSUAL DA AFERIÇÃO DA MÁ-FÉ

A verificação da ocorrência do abuso do direito de demandar, como regra, é feita no momento em que o juiz profere a sentença de mérito.

Pode também ocorrer essa verificação quando, sem condição de se ferir o mérito da causa, se profira sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito.<sup>37</sup>

Agiu bem o legislador ao não estabelecer regras “a priori”, vez que, como o procedimento é dinâmico a má-fé pode se configurar em diversos momentos diferentes, quando então o juiz deverá tomar as medidas que forem cabíveis.

### · A EXPERIÊNCIA PRÁTICA

Nos últimos tempos temos nos deparado com situações típicas de exercício abusivo de direito processual, as quais passo a relatar. São as famosas “casadinhas”, ou seja, lides simuladas através das quais a empresa “simula” um processo para efetuar o pagamento de verbas rescisórias, inexoravelmente a menor ao empregado, sob o pretexto de conseguir uma **quitação total** de seus direitos, com força de coisa julgada.

Temos consciência de que nosso sistema de quitação de verbas trabalhistas não oferece muita segurança ao empregador, de sorte que mesmo aquele que se propõe a pagar corretamente as verbas rescisórias ao empregado, perdendo tempo

---

<sup>35</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.104.

<sup>36</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.116.

<sup>37</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p.106.

e dinheiro nas longas filas da Delegacia Regional do Trabalho ou do Sindicato, pode sofrer, posteriormente, ação trabalhista pleiteando pagamento de eventuais diferenças.

Enquanto isso, de outro lado, o mau empregador, aquele que simplesmente diz ao empregado na extinção do contrato de trabalho “vá procurar seus direitos”, não perde tempo se dirigindo à DRT, não é maltratado no Sindicato, e pode sofrer a mesma reclamação trabalhista do caso anterior, pleiteando o pagamento das verbas rescisórias devidas.

Em ambas as situações, o acordo efetuado na ação trabalhista outorga ao empregador quitação total das verbas objeto daquela demanda e do contrato de trabalho extinto, para mais nada reclamar, seja a que título for.

O terrível, porém, é que, inexoravelmente, o acordo efetuado na ação trabalhista envolve o pagamento das verbas rescisórias de forma parcelada, o que geralmente não é admitido na DRT ou no Sindicato, ou, ainda pior, prevê o pagamento de valor menor que o das verbas rescisórias. E há juízes do trabalho que homologam tais “acordos”.

Toda essa sorte de situações faz com que alguns empregadores, julgando-se “espertos” e contando com a ignorância do empregado que quer apenas receber suas parcas verbas rescisórias e com a “pressa incontida”, ainda que implícita, de alguns juízes que querem apenas homologar acordos para se “livrar” de mais um processo, promovam ações trabalhistas simuladas, para pagar apenas parte das verbas rescisórias ao empregado, com a “chancela” do Poder Judiciário e obtendo a certeza de quitação total do extinto contrato de trabalho.

Infelizmente, o número de lides nesses termos em São Paulo cresce a cada dia, tornando o Poder Judiciário Trabalhista em órgão de homologação de rescisões contratuais.

Mas é esse o papel da Justiça do Trabalho?

Procurando coibir tal prática e penalizar os maus empregadores e também os advogados que se sujeitam a tais práticas, temos procurado sempre colher o interrogatório do autor da demanda quando o acordo é efetuado antes da audiência inicial designada.

Em duas situações ocorridas no ano de 2003 (para não mencionar as anteriores), o autor confessou que não sabia o que estava fazendo ali, que jamais pretendeu mover processo contra a empresa, que não contratou advogado nenhum, que o advogado que o acompanhava havia sido fornecido pela empresa e, em um dos casos, que a procuração para o advogado que o acompanhava tinha sido assinada no escritório do advogado da reclamada!!!!

Ao nos depararmos com tais situações, passado o espanto inicial, tomamos as atitudes que nos pareceram mais corretas:

1. Condenamos a reclamada a pagar ao reclamante uma indenização pela litigância de má-fé em valor igual ao do pedido (R\$ 10.000,00 em ambos os casos, por coincidência), concedendo a tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC

para determinar o pagamento no prazo de 48 horas da audiência, sob pena de pagamento de multa pecuniária diária de R\$ 1.500,00, em caso de descumprimento da obrigação de fazer;

2. Determinamos a expedição de ofícios para o Ministério Público do Trabalho para verificação da prática do crime de patrocínio simultâneo por parte dos advogados e para a OAB, e ainda entregamos cópias das atas a um Conselheiro do Conselho de Ética da OAB que, por coincidência, assistia à segunda audiência; e

3. Por fim, julgamos o processo extinto, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI do CPC por falta de interesse de agir por parte do autor.

Precisamos urgentemente todos nós, juízes, membros do Ministério Público do Trabalho e advogados, lutar contra tais práticas, com o sentido único de tornar o processo o mais ético possível.

Caso contrário, “corremos o risco de banalizar e inviabilizar o processo, e ver o Judiciário desacreditado, enquanto instituição e poder moderador, controlador e pacificador das tensões sociais”.<sup>38</sup>

Tais atitudes, se tomadas por todos os juízes, terminariam rapidamente com tais práticas e tornariam inexoravelmente menores as pautas de audiências.

A lição de Ada Pellegrini Grinover nesse ponto é exemplar:

“Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como um instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual (...). É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irreparável às partes e a seus procuradores.”

### **13. OUTRAS HIPÓTESES DE SANÇÕES PREVISTAS NO CPC**

#### **13.1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO SANÇÃO**

O artigo 273 do Código de Processo Civil assim dispõe a respeito da antecipação de tutela:

---

<sup>38</sup> STOCO, Rui, Op. cit., p.13.

**Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

II – fique caracterizado o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A disposição supra pode ser utilizada como fundamento para punição daquele que cometeu “abuso do direito de defesa” ou tenha manifestado propósito protelatório.

Dessa forma, a concessão da tutela antecipada não deixa de constituir uma sanção, como punição ao abuso do direito de defesa, interferindo no próprio desfecho da causa, ainda que em caráter provisório.

E foi exatamente com a utilização de tal dispositivo que agimos com relação às situações narradas acima.

### **13.2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS**

O parágrafo único do artigo 538 do CPC também estabelece a hipótese de abuso do direito de recorrer, quando houver a interposição de embargos de declaração protelatórios.

A norma ora referida, na verdade, é mera repetição do disposto no inciso VII do artigo 17 do CPC. Dessa forma, a interposição de embargos declaratórios com cunho meramente protelatório, visando apenas um ganho de tempo para melhor preparar outros recursos, constitui prática condenável e inadmissível, caracterizando o abuso do direito de recorrer e evidente má-fé processual passível de sanção.

Além disso, na ocorrência de interposição de embargos de declaração ou qualquer outro recurso com finalidade protelatória, caberá, também, a condenação a pagamento de indenização à parte contrária, na forma estabelecida pelo artigo 18 do CPC, vez que esta tem natureza diversa da multa.

### **13.3 ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

No processo de execução, o art. 600 do CPC considera atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: a) frauda a execução; b) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; c) resiste injustificadamente às ordens judiciais.

São condutas que empenham e exigem o dolo ou a culpa grave, ou seja, vontade dirigida ao fim de se opor à execução ou resistir às ordens judiciais.

O comportamento de má-fé por parte do executado implica sanção, conforme

prevista no artigo 601 do CPC, "in verbis":

**Art. 601.** Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

#### **14. CONCLUSÕES**

De tudo o que foi exposto, podemos concluir no sentido de que a lei processual obriga à observância dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, igualmente, todos os envolvidos no processo, juízes, membros do Ministério Público, advogados, partes, funcionários e até terceiros, sob pena de configurarem-se o abuso de direito e a litigância de má-fé.

Além da obrigação legal, existe também uma obrigação moral de todos no sentido de que o processo possa atingir a finalidade máxima de sua existência, ou seja, dar a cada um o que é seu, na medida do que é seu.

Dessa forma, o ajuizamento de lides temerárias, o conluio entre as partes para prejudicar terceiros, a prática de atos que tenham por objetivo apenas retardar a solução final do processo, além de outras práticas igualmente nocivas, devem ser exemplarmente punidas pelo juiz, com os meios que a lei processual lhe assegura, no sentido de que o ato não volte a se repetir.

Tais punições, que vão desde a simples repreensão até a indenização por perdas e danos, inclusive com a concessão de tutela antecipada para pagamento imediato, devem ser proporcionais ao abuso cometido pela parte ou por seu patrono.

Agindo dessa forma, poderemos impedir a utilização do Poder Judiciário Trabalhista como mero órgão homologador de acordos fraudulentos e evitar a utilização de práticas nocivas às partes, como a formulação de pedidos indevidos ou a apresentação de defesas fundadas em mentiras, possibilitando a existência de um poder judiciário trabalhista mais respeitado e que outorgue às partes a justiça tão ansiada por todos.



## **O SISTEMA EDUCACIONAL. UM ENFOQUE ESTRUTURAL**

Fábio Nadal Pedro<sup>1</sup>  
Luís Renato Vedovato<sup>2</sup>

### **1. INTRODUÇÃO**

De início, o que se nota é que todos os países cada vez mais se interessam pela educação, dada a extrema importância desse evento em termos humanos e sociais. E mais, a importância da educação se mede pelo número de pessoas envolvidas e pelos vultosos gastos exigidos para a manutenção do ensino em seus diferentes graus.

O relatório FAURE, da UNESCO<sup>3</sup>, apresentado no “longínquo” maio de 1972, estimou os gastos com educação “em mais de duzentos bilhões de dólares anuais para todo mundo”. Logo, tirante o aspecto social da educação, não podemos perder de vista que se trata de uma “mercadoria” que move bilhões e bilhões de dólares anualmente.

O que se quer dizer com isto é que a educação interessa a todas as vertentes ideológicas – seja para promover a expropriação e acumulação de riquezas (modelo de dominação da fração hegemônica), seja para alcançar um “ideal utópico” de sublimação da humanidade. É dentro deste espectro “contextualizado” que devemos avaliar e buscar uma “significação de base” da educação.

Visando alcançar tal desiderato, buscamos, inicialmente, uma análise teleológica da educação, valendo-nos da conclusão estabelecida no relatório elaborado pela Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI da UNESCO: “...a educação deve contribuir para o desenvolvimento total da pessoa – espírito e corpo, inteligência, sensibilidade, sentido estético, responsabilidade pessoal, espiritualidade. Todo ser humano deve ser preparado, especialmente graças à educação que recebe na juventude, para elaborar pensamentos autônomos e críticos e para formular os seus próprios juízos de valor, de modo a poder decidir, por si mesmo, como agir nas seguintes circunstâncias da vida.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogado. Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Jundiá (licenciado). Professor assistente (voluntário) na cadeira de Direito Constitucional na PUC/SP (pós-graduação). Professor na cadeira de Direito Tributário no UNIANCHIETA. Professor na cadeira de Processo Administrativo na FACAMP. Professor nas cadeiras de Direito Constitucional e Direito Administrativo na UNIP. Professor convidado da Faculdade de Direito do Sul de Minas (pós-graduação em Direito Público).

<sup>2</sup> Mestre em Direito Internacional pela USP. Advogado. Assessor Jurídico da DAE S/A - Água e Esgoto de Jundiá. Professor nas cadeiras de Direito Internacional e Constitucional na UNIP. Professor na cadeira de Direito Constitucional na FAJ.

<sup>3</sup> Edgard Faure e outros – *Aprender a ser – La educación del futuro* - UNESCO – versão espanhola Alianza/UNESCO, 1974, p. 96-97.

<sup>4</sup> Jacques Delors e outros – *Educação. Um tesouro a descobrir*. (Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI). 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 99.

E como a educação pode alcançar/atender a “sua” finalidade (*telos*)?

Logicamente que a partir de um aparato estrutural que lhe dê organicidade, vale dizer, a partir da visão da educação como um sistema (o **sistema educacional**).

E qual a implicação desta abordagem ?

É a partir do enfoque da educação como um **sistema** que poderemos “atomizá-lo” na busca de seus aspectos *estrutural* (elementos que o compõem/diferenciam) e *funcional* (em suas relações internas e com o meio circundante destinadas a um fim).

Depois de analisar a *estrutura* do **sistema educacional**, basicamente orientada por uma **prática pedagógica normatizadora** (um paradigma interpretativo-educacional), poderemos apontar sua *finalidade* – como modelo (re)produtor do “homem ideal”.

E essa finalidade da educação somente se alcançará (como ideário utópico), através do contínuo debate transdisciplinar sobre educação, no sentido de se estabelecer/manter o *consenso* sobre o modelo administrativo-didático-pedagógico e suas subseqüentes adaptações frente às novas contingências da sociedade.

## 2. ANÁLISE ETIMOLÓGICA E PRAGMÁTICA DO VOCÁBULO “SISTEMA”

Etimologicamente, a palavra vem do grego – *systema*, que significa conjunto, composição. Todavia, os dicionários de definições etimológicas traduzem vários sentidos para o referido vocábulo. Por se tratar de vocábulo plurívoco, procuraremos trazer à colação significados mais próximos ao tema abordado – **o sistema educacional**.

O Dicionário Houaiss traz a seguinte definição:

“(…) **2** *estrutura que se organiza com base em conjuntos de unidades inter-relacionáveis por dois eixos básicos: o eixo das que podem ser agrupadas e classificadas pelas características semelhantes que possuem, e o eixo das que se distribuem em dependência hierárquica ou arranjo funcional <simplicadamente, no s. escolar a classe dos alunos que subordina-se à dos professores, e ambas as classes subordinam-se à direção> (...) 2.2 p. ext. arrolamento de unidades e combinação de meios e processos que visem à produção de certos resultados <s. eleitoral> <s. curricular> <s. educacional> <s. financeiro> (...)”<sup>5</sup>*

Francisco da Silveira Bueno define sistema como:

“Complexo de princípios coordenados entre si; corpo de doutrinas cujas partes estão dirigidas para um mesmo fim. Plano, método, construção, seriação bem ordenada de princípios, práticas ou idéias, etc. (...)”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Instituto Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2585.

<sup>6</sup> Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 3775.

Caldas Aulete diz que sistema significa:

*“conjunto de partes coordenadas entre si; reunião de proposições, de princípios coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina. // Reunião, combinação de partes reunidas para concorrerem para um certo resultado ou para um fim especulativo ou prático. // Método, combinação de meios de processo destinados a produzirem um certo resultado; plano (...)”*<sup>7</sup>

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define sistema como:

*“2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada; (...) 4. O conjunto de instituições políticas e/ou sociais, e dos métodos por elas adotados, encarados quer do ponto de vista teórico, quer do de sua aplicação prática: sistema parlamentar, sistema de ensino. (...)”*<sup>8</sup>

Outrossim, o vocábulo **sistema** foi inicialmente empregado por Sexto Empírico (filósofo, médico e astrônomo natural de Mitilene, que viveu por volta dos séculos II e III d.C.) para indicar o **conjunto formado apenas por premissas ou por estas e conclusões**.

Depois a palavra assumiu diversas acepções, por exemplo, conjunto de idéias, junção de princípios, classificação ordenada, e, principalmente, a de totalidade ou todo organizado, no sentido em que se utilizam as expressões **sistema solar**, **sistema nervoso**, etc. (significado mais comum modernamente).

André Lalande, no seu *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, conceitua sistema como *“Um conjunto de elementos, materiais ou não, que dependem reciprocamente uns dos outros de maneira a formar um todo organizado.”*<sup>9</sup>

Reduzindo complexidades, todo sistema pressupõe basicamente: a) uma pluralidade de elementos; b) inter-relação entre os elementos que o compõem; c) coordenação dos elementos do sistema para um fim específico.

Procedida uma primeira aproximação do tema, chegamos à seguinte conceituação de **sistema educacional: conjunto de medidas organizadas, tendentes ao atendimento das necessidades educacionais de um povo**<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, revisto e atualizado por Hamílcar de Garcia. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta SA, 1964, p. 3763. Idêntica definição é trazida por Laudelino Freire com a colaboração técnica do Prof. J. L. de Campos, *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: A Noite, p. 4697.

<sup>8</sup> *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1594.

<sup>9</sup> Op. cit., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1034.

<sup>10</sup> O vocábulo “povo” está sendo utilizado como **destinatário da prestação educacional formal**.

## 2.1 O SISTEMA EDUCACIONAL COMO UM “SISTEMA ADAPTATIVO COMPLEXO”

A idéia de sistema implica a possibilidade de se estabelecerem diversos tipos de classificações<sup>11</sup>. Para o tema abordado, interessa inicialmente a classificação dicotômica dada por Ludwig von Bertalanffy, que distinguiu os sistemas em *abertos* e *fechados*. Esta classificação se funda, basicamente, sobre a possibilidade de intercâmbio/inter-relação funcional/operativo do sistema com o meio circundante.

Valéria Álvares Cruz sintetiza a classificação de Bertalanffy da seguinte forma: “Assim sendo, sistemas abertos, grosso modo, são aqueles que trocam material com o meio ambiente, afastando-se do equilíbrio em estado estacionário, por assim dizer, caracterizado por fluxo e mudança contínuos, diferentemente dos sistemas fechados, que se estabelecem em um estado mais próximo do equilíbrio, e são descritos como isolados em relação ao meio ambiente.”<sup>12</sup>

Com efeito, não basta apenas a assertiva da “sistematização da educação”; é necessário, para melhor enfrentamento/desvelamento do tema, analisar se o **sistema educacional** caracteriza-se por ser operativamente aberto ou fechado.

Creemos que o **sistema educacional**, numa sociedade que se encaminha para a pós-modernidade<sup>13</sup>, constitua a síntese desta classificação, caracterizando-se pelo fato de ser um *sistema adaptativo complexo*, em que a noção de clausura e abertura do sistema é relativizada.

Valéria Álvares Cruz, ao comentar sobre o entendimento de Edgar Morin, assim se manifesta sobre a relativização da dicotomia entre abertura e fecho de um sistema e sobre a noção de *sistemas adaptativos complexos*:

“Aduz que abertura e fecho, considerados organizacionalmente, não estão em oposição absoluta. Um sistema dito fechado não é uma entidade hermética num espaço neutro, não estando isolado nem sendo isolado. Por exemplo, sua massa

---

<sup>11</sup> Classificar, segundo Luiz Alberto Warat, “é efetuar um processo teórico visando a estruturar coisas, fatos, objetos ou dados, levando em consideração certas propriedades comuns (e que são consideradas relevantes para o propósito de classificação - **critério de referibilidade do classificador**), formando classes e subclasses.” (In *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, vol. I). Logo, cabe alertar para o fato de que não existem classificações “certas/erradas”, “válidas/inválidas, mas, sim, classificações **úteis/inúteis**.”

<sup>12</sup> *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001, p. 27.

<sup>13</sup> Pós-modernidade que traz insita a idéia de complexidade (no sentido “luhmanniano” de que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” - *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45) de toda organização social e que impõe a necessidade de redução de complexidades através de um processo de “estabilização das condutas”. Cabe aqui reiterarmos o alerta feito por Willis Santiago Guerra Filho (*Autopoieses do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 24-28) quanto à utilização da expressão “pós-modernidade”, que, nos dizeres do referido jurista, “mobiliza emoções as mais diversas e contraditórias, bem como extremadas, tanto no sentido de uma adesão como no de uma rejeição do pós-moderno, como se tratasse de uma nova crença”. Cumpre observar, outrossim, que a discussão da “pós-modernidade” da sociedade mundial não se confunde com as reflexões relativas à **modernidade do ensino**, por exemplo, abordada pela Comissão de Qualidade do Ensino (criada pelo Conselho Federal da Educação, em 1991), no III Seminário Nacional, que tratou de estabelecer reflexões gerais acerca do tema “**Modernidade e Ensino Básico**” (Cf. Arnaldo Niskie, *LDB – A nova lei da educação*. Rio de Janeiro: Edições Consultor, 1996, p. 141-145).

só pode ser definida em função das interações gravitacionais que o ligam ao corpo que constitui o seu meio. Quer dizer que se não é verdadeiramente aberto, não é totalmente fechado.

Em contrapartida, todo sistema aberto comporta o seu fecho. Toda organização, no sentido em que impede a hemorragia do sistema no meio, bem como a invasão do meio no sistema, configura um fenómeno de fecho, lacrando a organização sobre si mesma. Assim, a organização viva abre-se para fechar-se (garantir sua autonomia, preservar sua complexidade), e fecha-se para abrir-se (trocar, comunicar, existir).

Sintetizando, as duas noções de fecho e abertura devem ser combinadas dando ensejo a uma visão de natureza mais abarcante e menos dicotômica.

Factualmente, com o passar do tempo, os sistemas abertos e fechados foram cedendo espaço a um conceito mais recente, dentro de um pano de fundo que supõe a complexidade, e que se intitulou de sistemas adaptativos complexos.

Estes podem ser definidos como sistemas que aprendem ou evoluem utilizando informação adquirida, os quais podem incluir desde uma criança aprendendo sua língua materna, até uma bactéria que se torna resistente a um antibiótico ou um artista executando algo criativo.

*Então, não só os sistemas imunológicos, a evolução biológica e química, como a cultural, social e econômica, podem se enquadrar dentro do amplo bojo dos sistemas adaptativos complexos...*<sup>14</sup> (g.n.)

O **sistema educacional**, portanto, caracteriza-se por ser *adaptativo*, à medida que tem a capacidade de aprender (apreender) e evoluir (transmudar), valendo-se das informações hauridas do próprio meio ambiente (sociedade). Isto, em nosso viso, explica, por exemplo, a sucessão (não excludente) dos paradigmas<sup>15</sup> pedagógicos que informaram (e informam) o sistema educacional, mais detidamente, a partir da segunda metade do século passado (do paradigma **liberal-tecnicista** do anos 60/70 para o paradigma **marxista** dos anos 70/80, e deste para o paradigma **interacional**).

### 3. A ESTRUTURA DO SISTEMA EDUCACIONAL

O sistema educacional é multifacetário, podendo ser analisado, estruturalmente, sob o enfoque das normas que lhe dão ossatura<sup>16</sup>, à luz da filosofia aplicada à

---

<sup>14</sup> Op. cit., p. 30.

<sup>15</sup> O vocábulo "paradigma" está sendo utilizado na mesma acepção dada por Thomas S. Kuhn, qual seja, como "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência." In: *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Perspectiva, 1998, p. 13.

<sup>16</sup> O sistema educacional pátrio encontra seu arcabouço jurídico (normas jurídicas) na CRB (art. 205 *usque* 214), bem como na Lei Federal n. 9.394, 20.12.1996, DOU 23.12.1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e na Lei Federal n. 8.948, de 08.12.1994, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Educação Tecnológica.

educação<sup>17</sup>, das práticas pedagógicas<sup>18</sup>, das aquisições histórico-evolutivas<sup>19</sup>.

Porém, mesmo esta análise estrutural e estanque de um dado sistema educacional não constitui tarefa singela, porquanto o mesmo pode estar informado/colmatado: a) por diversos paradigmas pedagógicos; b) por uma “mescla” de filosofias educacionais.

De qualquer sorte, cientes da amplitude e complexidade do objeto, analisaremos (não de forma exaustiva) aspectos estruturais do sistema educacional (redução de complexidades).

### 3.1 AS NORMAS QUE COMPÕEM O SISTEMA EDUCACIONAL

A idéia de “sistematização” e “racionalização”, exacerbada com o positivismo, induz à necessidade do estabelecimento de normas (estabilizadoras de condutas, direcionadoras de condutas), dispostas coerentemente numa relação de supra-infra-ordenação para efeito de “regular” determinado objeto.

Logo, a normatização da educação é um pressuposto lógico (*prius*) para o estabelecimento de sua organicidade/sistematização (*posterius*). Noutra giro verbal, não há como se falar em **sistema educacional** sem pressupor sua organicidade, tendente/orientada para um fim específico e que promove sua **diferenciação estrutural** de outros (sub)sistemas.

Destarte, um **sistema educacional** é estruturado por **normas**<sup>20</sup> que são materializadas através de um procedimento de seleção (inserido na hipercomplexidade e contingência do meio circundante). E todo este *iter* de sistematização é orientado teleologicamente por uma **ideologia dominante** que, através de um discurso retórico, tenta promover a justificação, implementação e manutenção da seleção/estruturação alvitada.

#### 3.1.1 DA (IN)CAPACIDADE DA NORMA JURÍDICA EM PROMOVER, POR SI SÓ, A MUDANÇA (PEDAGÓGICA) DO SISTEMA EDUCACIONAL

A eficácia social de uma norma jurídica, em matéria de educação (*sistema adaptativo complexo*), **na promoção de alterações pedagógicas**, demanda a necessidade de uma perfeita adequação entre aspectos (pré-jurídicos) **subjéctivos**

---

<sup>17</sup> As principais correntes da atualidade são: o **idealismo pedagógico** (Kant e Hegel), o **pragmatismo pedagógico** (William James), o **existencialismo pedagógico** (Heidegger e Sartre) e a **fenomenologia pedagógica** (Husserl). (Cf. Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, “Tópicos especiais em filosofia da educação”, apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 7).

<sup>18</sup> Hodiernamente, os principais paradigmas pedagógicos são o **liberal-tecnicista**, o **marxista** e o **interaccional**.

<sup>19</sup> Materializado através da análise histórica de um dado sistema educacional.

<sup>20</sup> Entendemos que o **sistema educacional** é composto de normas “não jurisdicizadas” (na acepção estrita do termo), como aquelas que impõem a observância a determinado paradigma pedagógico, a observância a um modelo didático, etc.

(vontade de mudar) e aspectos **objetivos** (condições materiais para o cumprimento da norma) de uma determinada sociedade, num determinado momento histórico.

Essa foi a conclusão estabelecida no Fórum de Pró-Reitores de Graduação das Universidades Brasileiras (ForGRAD), conforme texto elaborado a partir da Oficina de Trabalho de Curitiba, realizada de 15 a 17 de setembro de 1999, cujo excerto transcrevemos:

“A história tem demonstrado que as mudanças pedagógicas não se fazem por decretos, normas e portarias. Elas são processuais e se constituem no tempo, pela dinâmica da articulação entre a subjetividade (vontade de mudar) e a objetividade (condições objetivas para que as mudanças ocorram). Se desconsiderarmos essa dinâmica de articulação entre esses dois pólos podemos cair no idealismo ingênuo (consideração somente da subjetividade) ou no pragmatismo imobilista (ênfasis somente as condições objetivas).”

Essa relativização da eficácia da norma jurídica para a promoção das alterações pedagógicas (materiais) de um dado sistema educacional impõe a necessidade de procedermos a um “reenquadramento epistemológico de foco”, abandonando a análise do sistema educacional tão somente a partir do direito posto (o sistema educacional à luz da Constituição Federal, o sistema educacional à luz da Lei de Diretrizes e Bases, etc.). Frise-se: não estamos negando a possibilidade de o sistema educacional ser regulado por normas jurídicas (o que seria uma estultícia!), mas afirmando que toda alteração material do sistema demanda, de forma candente, a observância de aspectos extrajurídicos, fornecidos pela pedagogia, pela filosofia, pela didática, etc.

Trata-se de tarefa desafiadora, à medida que retira o operador do Direito de sua seara “própria”, impondo a análise de outros elementos estruturais do sistema educacional, pertencentes a outras áreas do conhecimento humano.

### **3.2 AS PRINCIPAIS CORRENTES FILOSÓFICAS QUE INFORMAM O SISTEMA EDUCACIONAL**

A educação é questão nuclear da Filosofia, porquanto **“o homem se torna humano graças à educação”**, ou seja, é a educação que o condiciona à sua existência propriamente humana<sup>21</sup>. Dada a importância do tema, a Filosofia da Educação, em todas as suas variantes/correntes, busca estabelecer uma abordagem analítica, reflexiva e crítica de seu objeto, visando estreitar o **sentido da educação** - como processo (re)produtor do **homem ideal**.

---

<sup>21</sup> Cf. Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, *Tópicos especiais em filosofia da educação*, p. 16.

Todavia, alertam Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra<sup>22</sup> que a Filosofia da Educação não estabelece nenhuma **imagem ideal do homem**, produto de um modelo educacional. Ao contrário, é papel da Filosofia da Educação uma abordagem analítica, reflexiva e crítica de todo modelo educacional, alcançando, outrossim, outros aspectos que não interessam somente à Filosofia da Educação. Dizem os referidos autores:

“A Filosofia da Educação almeja a compreensão do processo educativo como tal, para que a escolha de objetivos e meios seja mais coerente com as necessidades fundamentais do homem. Ela não preconiza a aceitação automática de nenhuma imagem ideal do homem, pois ela as interpreta e critica a todas, mostrando os pressupostos e as conseqüências da sua aceitação.

Porque visa a educação como processo global, que inclui o homem total, a Filosofia da Educação engloba outras questões que interessam à Filosofia – a questão moral, ou seja, a questão da finalidade da vida humana, individual e coletiva, a questão da sociedade justa, por ser a educação um processo eminentemente voltado para a coletividade e por ela incentivado, a questão do sentido do outro eu e do mundo, dos quais depende o desempenho de todo processo educativo – que exige a mais estreita reciprocidade entre teoria e prática, entre exigências e possibilidades, entre realização e desafio.”

Cumpre, portanto, analisarmos as principais correntes da Filosofia aplicada à Educação, que são: o **idealismo pedagógico** (Kant, Hegel), o **pragmatismo pedagógico** (William James), o **existencialismo pedagógico** (Heidegger, Sartre) e a **fenomenologia pedagógica** (Husserl).

### 3.2.1 O IDEALISMO PEDAGÓGICO

Para os idealistas, os valores (o bom, o belo, o verdadeiro) e a ética são absolutos e atemporais (não mudam substancialmente de sociedade para sociedade, de geração para geração), não sendo fruto da criação humana, mas integrantes da própria natureza do universo.

Entende esta corrente filosófica que é fundado sobre estes valores absolutos e superiores ao mundo sensível que devem ser orientados os processos de conhecimento. A figuras exponenciais do idealismo são Kant (juízos analíticos e sintéticos) e Hegel (materialismo dialético).

---

<sup>22</sup> Cf. Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, *Tópicos especiais em filosofia da educação*, p. 17.

### 3.2.2 O PRAGMATISMO PEDAGÓGICO

Para o pragmatismo não há valores absolutos, porquanto até mesmo os cânones éticos e morais são cambiáveis no tempo e no espaço (de geração para geração, de sociedade para sociedade).

Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra<sup>23</sup>, sobre o pragmatismo, escreveram:

“Os pragmatistas incitam-nos a testar o mérito de nossos valores do mesmo modo que testamos a verdade de nossas idéias. Devemos examinar imparcial e cientificamente os problemas das questões humanas e escolher valores que parecem ter maiores probabilidades de resolvê-los. Esses valores não nos devem ser impostos por uma autoridade superior. Devem decorrer de um acordo, após uma discussão aberta e esclarecida, baseada em provas objetivas.

Quanto mais complexa uma sociedade se torna, maiores as exigências que ela faz ao indivíduo. Mas o pragmatista rejeita qualquer conceito de individualismo que leve à exploração social e também qualquer arranjo social que submerja a individualidade da pessoa (...)”

Corroborando suas colocações, os supracitados autores trazem à colação o escólio de Willian James – figura estelar do pragmatismo – consignado em sua obra *Pragmática*<sup>24</sup> e que delimita muito bem o pensamento desta corrente filosófica:

“O pragmatismo, de fato, não tem quaisquer preconceitos, quaisquer dogmas obstrutivos, quaisquer cânones rígidos do que contará como prova. É completamente maleável. Colherá qualquer hipótese, considerará qualquer evidência... Seu único teste de verdade provável é o que funciona melhor... o que se adapta melhor a cada parte da vida e se combina com a coletividade dos reclamos da experiência, nada sendo omitido... Vê-se desde já até que ponto é democrático. Suas maneiras são tão diversas e flexíveis, seus recursos tão ricos e intermináveis, e suas conclusões tão amigáveis quanto as da mãe natureza.”

### 3.2.3 O EXISTENCIALISMO PEDAGÓGICO

O existencialismo tem como nascedouro as idéias do teólogo luterano Soren Abye Kierkegaard, opositor ao pensamento idealista de Hegel, para quem a existência do homem era negada em respeito à autoridade absoluta do Estado. Kierkegaard afirma a prioridade da **existência** sobre a **essência**, centrando suas idéias no homem, na problemática existencial do ser-no-mundo, deparando-se com

---

<sup>23</sup> Cf. Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, *Tópicos especiais em filosofia da educação*, p. 33.

<sup>24</sup> *Apud* George F. Kneller, *Introdução à filosofia da educação*, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1984 (As principais correntes pedagógicas que informam o sistema educacional.).

problemas como subjetivismo, existência, angústia, melancolia, tédio, morte, solidão e liberdade.

Para Waldemar A. A. Camon<sup>25</sup>, as figuras mais influentes do existencialismo são: Kierkegaard (filosofia da subjetividade), Friedrich Nietzsche (filosofia da vida), Martin Heidegger, Gabriel Marcel, Jean Paul Sartre, Martin Buber (filosofia da relação), Karl Jaspers e Simone de Beauvoir.

O existencialismo é uma corrente filosófica que se centra na **existência humana**, analisando de forma especulativa a experiência cotidiana em todos os aspectos teóricos e práticos, individuais e grupais, instintivos e intencionais, principalmente os aspectos subjetivos da existência humana<sup>26</sup>.

As características básicas desta filosofia, segundo Batista Mondin<sup>27</sup>, são: a) adoção do método fenomenológico<sup>28</sup>; b) reflexão humanista ou antropológica; c) consideração das dimensões irracionais do homem.

### 3.2.4 A FENOMENOLOGIA PEDAGÓGICA

Malgrado tenha como idealizador Franz Brentano, foi desenvolvida e qualificada enquanto método de estudo da constituição da consciência por Edmund Husserl, que particularizou a relação entre o homem e seu mundo, não havendo possibilidade da existência da consciência separada do mundo. Na sua concepção, a consciência é doadora de sentido e fonte de significado (o fenômeno constitui-se pela intencionalidade da consciência na doação de significados).

Uirassú Tupinambá Silva de Lima, em seu artigo denominado "Fundamentos Filosóficos para uma Educação Humanista", giza muito bem a fenomenologia de Husserl:

"Para Husserl, é a intencionalidade da consciência do "ser no mundo" que o leva à apreensão da realidade, desde que sua consciência se mostre atenta para que o conhecimento de si mesma seja apreendido pelo sujeito cognoscente. Na verdade há uma relação dialética entre sujeito e objeto que possibilita o aparecimento de uma aprendizagem significativa.(...)

O propósito de Husserl, com o método fenomenológico, foi o de enriquecer as teorias científicas com um fundamento que permitisse um reencontro com a experiência original da consciência do fenômeno, como este é sentido e significado pelo ser-no-mundo do pesquisador. Entre os motivos que o levaram a desenvolver

---

<sup>25</sup> *Psicoterapia existencial*. São Paulo: Pioneira, 1993, p. 20, *apud* Uirassú Tupinambá Silva de Lima, artigo denominado "Fundamentos Filosóficos para uma Educação Humanista".

<sup>26</sup> Cf. Uirassú Tupinambá Silva de Lima, artigo denominado Fundamentos Filosóficos para uma Educação Humanista".

<sup>27</sup> *Curso de Filosofia: Os filósofos do ocidente*. São Paulo: Paulinas, 1983, p. 182, *apud* Uirassú Tupinambá Silva de Lima, artigo denominado Fundamentos Filosóficos para uma Educação Humanista".

<sup>28</sup> A adoção do método fenomenológico de Husserl pelo existencialismo (movimento de união do pensamento fenomenológico-existencial) deu-lhe a necessária autonomia.

este método, consta a intenção de libertar a doutrina do conhecimento do poder do empirismo inglês e do empiriocriticismo alemão; como também propor à ciência um novo fazer que não tivesse nada a ver com Aristóteles nem tão pouco com Descartes. Entretanto, este método não pretende ser uma ruptura com o pensamento da filosofia tradicional, como também não é uma continuação, mas um olhar alternativo das ciências ao ser-humano-encarnado-no-mundo. Ou seja, busca revelar aquilo que não se manifesta no método experimental. ”

### **3.3 OS PRINCIPAIS PARADIGMAS PEDAGÓGICOS QUE INFORMAM O SISTEMA EDUCACIONAL**

Todo sistema educacional é orientado por paradigma(s) pedagógico(s), assim entendidos como parâmetros orientadores do sistema educacional.

Segundo Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, compete à pedagogia e à didática (processo de motivação do saber pensar inserido no paradigma pedagógico) uma **formação básica qualitativa** do ser humano, através da qual a pessoa *“se apropria de conhecimentos relevantes e sobretudo gesta atitude metodológica construtiva, para ocupar a cena atual como sujeito”*<sup>29</sup>.

Portanto, não se trata de promover um sistema de repasse informativo, mas de um sistema com a capacidade/potencialidade de confrontar-se e renovar-se (*sistema adaptativo complexo*), cabendo à pedagogia e à didática, segundo os autores supracitados:

“a) construir o contexto de totalização da formação básica, revelando que seus componentes formam um todo interligado e dinâmico;

b) mostrar que diz respeito à realidade histórica, desvelando ser capaz de compreender processos e de neles entrar como figura ativa;

c) ressaltar que formação básica não é pacote fechado apropriado, mas, mais que produto, um procedimento para renovar o conhecimento e renovar-se através dele;

d) indicar que seu cerne não é lote decorado de informação, mas a capacidade de sempre se informar;

e) argumentar que alfabetização não é enunciar e desenhar letras, mas ler a realidade, interpretar o mundo e sobretudo intervir nele como sujeito;

f) *construir e reconstruir a atitude do aprender a aprender em nosso ambiente histórico social.*<sup>30</sup>

Os paradigmas pedagógicos não se excluem, ou seja, um determinado siste-

---

<sup>29</sup> “Questões Epistemológicas da Didática”, apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 13.

<sup>30</sup> Idem.

ma educacional pode permitir, neste aspecto, (sub)sistemas operando com paradigmas pedagógicos distintos. É o que ocorre, por exemplo, com o **sistema educacional pátrio**, que convive com vários modelos pedagógicos.

Cabe à fiveleta a análise de Nelson Valente:

“O Brasil não tem pedagogia. Tem várias, sobrepostas, muitas vezes sem conexão umas com as outras. A história da pedagogia brasileira é uma espécie de colagem de modelos importados, que resulta em um quadro sem seqüência bem definida. Não existe uma pedagogia “pura”, ou seja, sem influência de outras pedagogias ou do contexto social em que se desenvolve.

Última moda é o construtivismo, que nem é método pedagógico, mas sim um conjunto de teorias psicológicas sobre as estratégias utilizadas pelo ser humano para construir seu conhecimento.”<sup>31</sup>

Com a presente ressalva, cabe analisarmos criticamente os paradigmas pedagógicos que mais influenciaram e influenciam o sistema educacional pátrio: o paradigma liberal-tecnista, o paradigma marxista e o paradigma interacional.

### **3.3.1 O PARADIGMA LIBERAL-TECNISTA**

Este modelo adotado durante os anos 60 e em grande parte dos anos 70<sup>32</sup> caracterizou-se por não ter compromisso com a cultura, nem com a sociedade na qual ele, seus alunos e seus profissionais estavam inseridos, estando mais voltado para o **ambiente interno do sistema**.

Essa “clausura sistêmica” serviu para atender às concepções político-educacionais do regime vigente e reproduzia, no interior do sistema, através de aparatos técnico-operacionais, o modelo político em vigor: **militarista, verticalizado e autoritário**.

### **3.3.2 O PARADIGMA MARXISTA**

Este modelo pedagógico<sup>33</sup>, nascido a partir de uma leitura das relações do sistema social com a sociedade, caracteriza-se pela preocupação com o **meio ambiente** em que está inserido o sistema educacional, vale dizer, com o contexto

---

<sup>31</sup> *Sistemas de ensino e legislação educacional – Estrutura e funcionamento da educação básica e superior*. São Paulo: Panorama Comunicações, 2000, p. 79-80.

<sup>32</sup> Com a massificação do ensino público, a partir dos anos 70, essa foi a concepção de escola de qualidade que os órgãos públicos (MEC, Secretarias de Educação Estaduais e Municipais, Conselhos de Educação Federal e Estaduais) incorporaram. (cf. José Leão M. Falcão Filho, “Formação e prática do educador: antigos e novos paradigmas”, artigo inserto na revista Educar/SIMPERE, Ano II, n. 2, jan./junho 1998, p. 4-12).

<sup>33</sup> Esse modelo surgiu a partir da metade dos anos 70, a partir da oposição ao modelo técnico-operacional feita, no início, pelas universidades e, em seguida, pelas escolas de 1º e 2º graus. (cf. José Leão M. Falcão Filho, *idem*).

político, social e econômico (ignorando aspectos técnico-operacionais do sistema).

Essa “abertura sistêmica” redundou na preocupação quase exclusiva do sistema educacional quanto aos aspectos externos (sociológicos, políticos, econômicos, culturais, etc.).

### 3.3.3 O PARADIGMA INTERACIONAL

Resulta de certo modo da síntese dos dois paradigmas anteriores, analisando **aspectos extra e intra-sistêmicos**<sup>34</sup>. E “a análise desses dois conjuntos de fatores permite identificar, com facilidade, uma obviedade: as ações no interior da escola estão condicionadas, por um lado, a fatores internos de ordem política, social e econômica e, de outro, pelos fatores internos da escola, de ordem técnico-operacional.”<sup>35</sup>

## 4. A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA EDUCACIONAL

A funcionalidade do sistema educacional (*sistema adaptativo* complexo) somente pode ser bivalente<sup>36</sup> - **ou** forja o **homem ideal** (dotado de formação básica de qualidade) ao cabo do processo educacional (**APROVADO**), **ou** o alija do processo educacional, por não alcançar o padrão qualitativo de formação - por falta de mérito, por falta de condições materiais, etc. (**REPROVADO**).

Dada a contingência de que o ser humano pode não vir a alcançar a formação básica de qualidade (ser **REPROVADO**), o sistema educacional deve prever um **aparato estrutural de reinserção** deste ser humano “reprovado”, no sentido de dotá-lo, a qualquer custo e a qualquer tempo, da formação básica de qualidade. Este aparato estrutural pode consistir em programas de educação de adultos, de reforço escolar, etc.

Mas não é só; o sistema educacional deve, igualmente, prever, a qualquer custo e a qualquer tempo, um **aparato estrutural de inclusão**<sup>37</sup> de todo ser humano deficiente, no sentido de permitir/varejar o seu acesso à educação (submetendo-o, inclusive, ao **aparato estrutural de reinserção** na hipótese de ser “reprovado”).

Note-se que a *funcionalidade* do sistema, consistente na **aprovação/reprovação** dos alunos, prescinde de qualquer modelo administrativo-pedagógico-didáti-

---

<sup>34</sup> **Aspectos intra-sistêmicos:** a) interação professor/aluno; b) condições didático-pedagógico-administrativas; c) relacionamento escola/família. **Aspectos extra-sistêmicos:** a) características socioculturais, econômicas, materiais da família e da criança; b) condições psicoculturais e intelectuais da criança. (cf. José Leão M. Falcão Filho, idem).

<sup>35</sup> José Leão M. Falcão Filho, idem.

<sup>36</sup> Assertiva fundada sobre o princípio lógico do terceiro excluído, que determina que toda proposição somente pode possuir duas valências possíveis.

co, fundado sobre determinada filosofia (a *funcionalidade* bivalente é inerente ao sistema educacional). Outrossim, esta *funcionalidade*, que é material, deve alcançar todos os seus destinatários - **os seres humanos** - impondo a necessidade da previsão de **aparatos estruturais inclusivo** (para alcançar a parcela de destinatários deficientes) e de **reinserção** (para forjar o **homem ideal**), independentemente do modelo administrativo-pedagógico-didático adotado.

### 5. A “TENSÃO DIALÉTICA” ACERCA DO PRODUTO TELEOLÓGICO DE UM SISTEMA EDUCACIONAL

Independentemente da **qualidade** (“homens ideais” para quem? para o quê?) e do **resultado** (aprovado/reprovado) do **produto final do sistema educacional**, sempre haverá uma corrente filosófica fundamentando um dado modelo administrativo-didático-pedagógico, na busca da (trans)formação dos seres humanos (“seus destinatários”).

Destarte, a “tensão dialética” que se estabelece acerca do **produto** de um dado sistema educacional, independentemente dos fundamentos filosóficos que lhe dão sustentáculo, será sempre dicotômica. De um lado, o paradigma do sistema educacional, e de outro, aquele que se pretende implantar.

E nesse “embate” de desvelamentos e ocultamentos retóricos, surgem adjetivações as mais variadas para estremar a supremacia do modelo pedagógico esposado. Vejamos: a) educação “**bancária**” e educação “**libertadora**”, adotada por Paulo Freire<sup>38</sup>; b) modelo “**pedagógico-burocrático**” (vigiar e punir) e “**alternativa pedagógica libertária**”, adotada por Antônio Ozaí da Silva<sup>39</sup>; c) educação **tradicional** (autocrática) e educação **progressiva** (democrática), adotada por John Dewey<sup>40</sup>.

Porém, com todo acatamento, a discussão não pode ser promovida e esgotada no plano sintático e semântico das adjetivações, mas deve ser trazida e “contextualizada” para plano empírico (finalístico), no sentido de se implementar um sistema educacional que promova *“o desenvolvimento total da pessoa – espírito e corpo, inteligência, sensibilidade, sentido estético, responsabilidade pessoal, espiritualidade. (...) para elaborar pensamentos autônomos e críticos e para formular os seus próprios juízos de valor, de modo a poder decidir, por si mesmo, como agir nas seguintes circunstâncias da vida.”*<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Abarcando aspectos arquitetônicos, métodos pedagógicos, psicossociais, materiais didáticos, etc.

<sup>38</sup> Texto denominado “Educação bancária e educação libertadora”, 1993, *apud* Nelly Aleotti Maia e Eldon Baptista Lyra, “Fundamentos psicossociais da educação”, apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 66-67. Note-se que Paulo Freire influenciou-se, sem nunca adotar qualquer uma delas, pelas correntes da fenomenologia, do existencialismo e marxista.

<sup>39</sup> Texto denominado *Maurício Tragtenberg e a Pedagogia Libertária*.

<sup>40</sup> *Experiência e Educação*, tradução Anísio Teixeira. 3. ed. Cia. Editora Nacional, 1979, p. 3-44. John Dewey foi influenciado pela corrente pragmatista.

<sup>41</sup> Jacques Delors e outros – *Educação. Um tesouro a descobrir*. (Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI). 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 99.

E esse desiderato somente se alcançará (como ideário utópico), através do contínuo debate transdisciplinar<sup>42</sup> sobre educação, no sentido de se estabelecer/manter o *consenso*<sup>43</sup> sobre o modelo administrativo-didático-pedagógico e suas subseqüentes adaptações frente às novas contingências da sociedade.

## 6. CONCLUSÕES

Diante do exposto, firmamos nossas conclusões:

O sistema educacional constitui-se num **sistema adaptativo complexo**, à medida que tem a capacidade de aprender (apreender) e evoluir (transmudar), valendo-se das informações hauridas do próprio meio ambiente (sociedade).

O sistema educacional é multifacetário podendo ser analisado, **estruturalmente**, sob o enfoque das **normas** que lhe dão ossatura, à luz da **filosofia** aplicada à educação, das **práticas pedagógicas**, das **aquisições histórico-evolutivas**.

A Filosofia da Educação, em todas as suas variantes/correntes, busca estabelecer uma abordagem analítica, reflexiva e crítica de seu objeto (a educação), visando estremear o **sentido da educação** - como processo (re)produtor do **homem ideal**.

As principais correntes da Filosofia aplicada à Educação são: o **idealismo pedagógico** (Kant, Hegel), o **pragmatismo pedagógico** (William James), o **existencialismo pedagógico** (Heidegger, Sartre) e a **fenomenologia pedagógica** (Husserl).

Todo sistema educacional é orientado por **paradigma(s) pedagógico(s)**, assim entendidos como parâmetros orientadores do sistema educacional.

Compete à pedagogia e à didática promover uma **formação básica qualitativa** do ser humano, através da qual a pessoa "*se apropria de conhecimentos relevantes e sobretudo gesta atitude metodológica construtiva, para ocupar a cena atual como sujeito.*"<sup>44</sup>

Os paradigmas pedagógicos não se excluem, ou seja, um determinado sistema educacional pode permitir, neste aspecto, (sub)sistemas operando com paradigmas pedagógicos distintos.

---

<sup>42</sup> Daí a importância da participação, da troca de informações entre os diversos segmentos envolvidos.

<sup>43</sup> O *consenso* entre todos os atores do sistema educacional (pedagogos, psicólogos, sociólogos, professores, alunos, juristas, legisladores, etc.) é importante, pois de nada adiantam: **(a)** a ideiação de "aportes pedagógicos mirabolantes e grandiloqüentes" para a solução de todos os problemas educacionais, se não há dotação orçamentária e verbas públicas para cobertura de seus custos; **(b)** a elaboração de perfeito projeto de lei para implantação de novel sistema educacional, se ele se funda sobre premissas pedagógicas descontextualizadas de seu meio ambiente, por exemplo, projeto de lei elaborado por um país subdesenvolvido e que prevê, unicamente, um sistema de ensino básico a distância, via internet. Ainda, o consenso se alcança/mantém, através da adequação entre aspectos (pré-jurídicos) **subjativos** (vontade de mudar) e aspectos **objetivos** (condições materiais para o cumprimento da norma) de uma determinada sociedade, num determinado momento histórico.

<sup>44</sup> "Questões Epistemológicas da Didática", apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 13.

Os paradigmas pedagógicos que mais influenciaram e influenciam o sistema educacional pátrio são: o paradigma liberal-tecnicista, o paradigma marxista e o paradigma interacional.

A funcionalidade do sistema educacional somente pode ser bivalente<sup>45</sup> - **ou** forja o **homem ideal** (dotado de formação básica de qualidade) ao cabo do processo educacional (**APROVADO**), **ou** o alija do processo educacional, por não alcançar o padrão qualitativo de formação - por falta de mérito, por falta de condições materiais, etc. (**REPROVADO**).

O sistema educacional deve prever um **aparato estrutural de reinserção** do ser humano “reprovado”, no sentido de dotá-lo, a qualquer custo e a qualquer tempo, da formação básica de qualidade.

O sistema educacional deve prever, a qualquer custo e a qualquer tempo, um **aparato estrutural de inclusão**<sup>46</sup> de todo ser humano deficiente, no sentido de permitir/varejar o seu acesso à educação (submetendo-o, inclusive ao **aparato estrutural de reinserção** na hipótese de ser “reprovado”).

A *funcionalidade* do sistema, consistente na **aprovação/reprovação** dos alunos, prescinde de qualquer modelo administrativo-pedagógico-didático, fundado sobre determinada filosofia (a *funcionalidade* bivalente - reprovado/aprovado - é inerente ao sistema educacional).

A “tensão dialética” que se estabelece acerca do **produto** de um dado sistema educacional, independentemente dos fundamentos filosóficos que lhe dão sustentáculo, será sempre dicotômica. De um lado, o paradigma do sistema educacional, e, de outro, aquele que se pretende implantar.

A finalidade da educação somente se alcançará (como ideário utópico), através do contínuo debate transdisciplinar sobre educação, no sentido de se estabelecer/manter o *consenso* sobre o modelo administrativo-didático-pedagógico e suas subsequentes adaptações frente às novas contingências da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, revisto e atualizado por Hamílcar de Garcia. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964, vol. V.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, vol. VII.

CRUZ, Valéria Álvares. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001.

---

<sup>45</sup> Assertiva fundada sobre o princípio lógico do terceiro excluído, que determina que toda proposição somente pode possuir duas valências possíveis.

<sup>46</sup> Abarcando aspectos arquitetônicos, métodos pedagógicos, psicossociais, materiais didáticos, etc.

DEWEY, John. *Experiência e Educação*. Tradução Anísio Teixeira. 3. ed. Companhia Editora Nacional, 1979.

DELORS, Jacques *et alli*; *Educação. Um tesouro a descobrir*. (Relatório para UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI). 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

*Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

FAURE, Edgard *et alli*. *Aprender a ser – La educación del futuro*. UNESCO, versão espanhola Alianza/UNESCO, 1974.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: A Noite, vol. V.

FALCÃO FILHO, José Leão M. Formação e prática do educador: antigos e novos paradigmas. *Educar/SIMPERE*, Ano II, n. 2, jan./junho 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; *Autopoieses do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Perspectiva, 1998.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Uirassú Tupinambá Silva de. *Fundamentos Filosóficos para uma Educação Humanista*. Artigo (internet).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIA, Nelly Aleotti *et alli*. “Tópicos especiais em filosofia da educação”. Apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. “Questões Epistemológicas da Didática”. Apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. “Fundamentos psicossociais da educação”. Apostila elaborada para o curso de pós-graduação a distância da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

NISKIER, Arnaldo. *LDB – A nova lei da educação*. Rio de Janeiro: Edições Consultor, 1996.

SILVA, Antônio Ozaí. *Maurício Tragtenberg e a Pedagogia Libertária*. Artigo (internet).

VALENTE, Nelson. *Sistemas de ensino e legislação educacional – Estrutura e funcionamento da educação básica e superior*. São Paulo: Panorama Comunicações, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, vol. I.

## **REFLEXÕES SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE (A PARTIR DO PENSAMENTO GARANTISTA)**

Edihermes Marques Coelho<sup>1</sup>

O sistema jurídico baseia-se numa inter-relação valorativa de regras e princípios. Isso impõe uma vinculação jurídico-formal entre princípios e regras de caráter hierárquico superior e subprincípios e regras de caráter hierárquico inferior (especialmente considerando-se a relação entre as normas Constitucionais e as normas infraconstitucionais), além de uma vinculação jurídico-material entre os valores normativos superiores (princípios consagradores dos direitos fundamentais) frente aos demais conteúdos jurídico-normativos.

O pensamento garantista, sobretudo a partir da década de 80 do século XX, tem trazido importantes contribuições às reflexões críticas sobre essa inter-relação valorativa e sua operacionalização. Neste último sentido, destaca-se o papel que a teoria garantista pode desempenhar propositivamente, sobretudo no que concerne a categorias jurídicas operacionais para a interpretação e a aplicação do Direito no cotidiano.

Disso decorre a necessidade de se repensarem em especial algumas categorias jurídicas, que envolvem a atuação cotidiana dos que trabalham com o Direito: vigência, validade, eficácia. Este trabalho é dedicado precisamente a apresentar ao leitor não iniciado no pensamento garantista alguns pontos importantes nas reflexões sobre tais categorias, apresentando proposições teóricas alternativas.

### **1 INTRODUÇÃO: FUNDAMENTAÇÃO GARANTISTA**

O contexto atual da ordem econômica, social e política que marca o mundo nas últimas décadas, com o redimensionamento do papel do Estado, gera naturalmente reflexos sobre o Direito. A globalização de mercados afeta cada setor da vida humana de algum modo, e modifica o perfil de atuação do Estado frente à sociedade. Paralelamente, a realidade social segregacionista e discriminatória continua predominando. Sendo o Direito um fenômeno político-social - embora predominantemente normativo e estatal - sua inserção no mundo acaba sendo atingida por

---

<sup>1</sup> Advogado e professor universitário em cursos de graduação e pós-graduação. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), autor de vários livros e artigos. O artigo aqui apresentado teve abordagem semelhante em: COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

essa realidade.

Esse atingimento faz com que exista uma expectativa de que as instâncias jurídicas dêem respostas às demandas da sociedade, especialmente para aqueles excluídos socialmente<sup>2</sup>. Como as possibilidades de sucesso de tais respostas têm óbvias limitações (demandas ilimitadas *versus* recursos jurídicos e materiais limitados), verifica-se uma sensação latente de frustração da sociedade para com o mundo jurídico. Agregando-se isso à circunstância de que o universo normativo e operacional do Direito é construído através de opções políticas, as quais privilegiam interesses nem sempre direcionados à satisfação do bem coletivo, tem-se um panorama de crise<sup>3</sup> do Direito contemporâneo.

### **1.1 A CRISE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO E O GARANTISMO JURÍDICO**

Com a constatação de que há uma crise do Direito enquanto instância real de regulação da vida em sociedade, a opção pelo garantismo jurídico mostra-se como a mais adequada para o redimensionamento de categorias jurídicas, na perspectiva de se minimizarem os problemas atinentes à distância entre o campo do dever ser e o campo do ser. Isso se dá, entre outros motivos, sobretudo porque o garantismo representa um *modelo normativo de Direito*, possibilitador de que se recondicionem as teorias e as práticas que perpassam as estruturas políticas e jurídicas vigentes, *vinculando-as a valores superiores para a convivência humana*. Com isto, possibilitam-se novas perspectivas para as práticas jurídicas, práticas elas mesmas recondicionadas (ao menos recondicionáveis) frente a esses valores superiores.

Vale salientar que é o ideal de uma pretensa racionalização jurídica<sup>4</sup> que permite configurar o Direito contemporâneo *como um sistema de garantias constitucionais préordenadas para a tutela dos direitos humanos*. Afinal, se o Direito há de ser uma marca de que os seres humanos são capazes de coexistir socialmente de maneira diversa dos animais, a sistematicidade jurídica deve ser racionalmente centrada no ser humano (o que significa ser centrada na garantia a todos de condições mínimas de existência no mundo), operacionalizando-se (ao menos potencialmente) em função disto.

É exatamente esse ideal de uma pretensa racionalização jurídica que *justifica a sobreposição do dever ser ao ser*, apontando os direitos humanos como *direito sobre o direito*. Com isso, os direitos humanos se impoem como condições de

---

2 Sobre as características e contexto da exclusão social, vide DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, passim.

3 A palavra 'crise' pode ter vários sentidos. Aqui é utilizada no sentido de que a realidade existente (seja num plano teórico, seja num plano empírico) está enfraquecida, não atende mais aos objetivos a que pretensamente está destinada, sem que tenha ainda surgido uma nova realidade ou sem que a nova realidade, já surgida como opção, seja predominante.

4 Tal pretensa racionalização jurídica não significa um pensamento idealístico. Tem-se claro que a idéia de racionalização do jurídico sempre será limitada por parâmetros de realidade, que envolvem tanto os aspectos socioculturais quanto os aspectos psíquicos condicionantes do comportamento humano.

validade material das demais normas jurídicas, como modelos axiológicos que atuam - ou devem atuar - como vínculos e limites jurídicos a toda a produção normativa (emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, atos normativos administrativos, sentenças), a toda atividade de interpretação jurídica (estatal ou não estatal) e a toda atividade de aplicação do Direito (estatal ou não estatal).

## 1.2 VALIDADE FORMAL E VALIDADE MATERIAL

Uma precípua característica do modelo garantista de análise do direito contemporâneo é que este programa suas formas de validade normativa formal, unindo as regras de competência e de procedimento para a formação das normas. A isso é indispensável se agregar a determinação dos conteúdos jurídicos substanciais superiores e necessários, o que pelo garantismo se dá através da sobreposição valorativa dos direitos humanos.

Por outros termos, além de se analisar a *validade formal* (procedimento e competência de produção das normas) de qualquer norma, deve se analisar também a *validade material* das normas, sua adequação aos princípios e valores fundamentais da Constituição (pois estão constitucionalmente predispostos os conteúdos mínimos a respeitar) - e esta última análise compreende de forma impositiva a adequação aos direitos humanos. Por conseguinte, embora se devam distinguir validade formal e validade material, as duas idéias são indispensáveis e complementares para a exata compreensão e dimensionamento do Direito no *plano do dever ser* e para sua transformação - pela transformação das práticas jurídicas - no *plano do ser*.

Para discernir adequadamente validade formal e validade material, Ferrajoli restringe a validade formal à expressão *vigência*, resguardando a expressão *validade* para aquilo que acima designou-se validade material<sup>5</sup>. Tais noções apresentam algumas singulares conseqüências para a funcionalidade do sistema jurídico numa perspectiva axio-teleológica (aqui defendida) – especialmente por permitirem, operacionalmente, a otimização jurídica da aplicação dos direitos fundamentais.

A noção de validade garantista talvez seja o ponto mais decisivo do garantismo enquanto teoria geral do Direito, pois sua formulação mexe com noções tradicionais, arraigadas nas concepções jurídicas contemporâneas. Assim, antes de aprofundar o pensamento garantista de validade, devem-se fazer algumas observações sobre a concepção tradicional de validade na teoria do Direito.

---

5 Vide FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001; SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

## 2 VALIDADE NORMATIVA NA VISÃO TRADICIONAL

### 2.1 O PENSAMENTO DE KELSEN

Numa teoria formalista do Direito (Hans Kelsen mais intensamente, Norberto Bobbio mais tenuamente), a validade normativa se confunde com a circunstância de a norma pertencer ao ordenamento, ou seja, com a sua validade formal. Conseqüentemente, a validade normativa está confundida com a vigência das normas: se a norma existe juridicamente enquanto norma, sendo formalmente apta a emanar os seus efeitos, ela é válida.

Kelsen, no desenvolvimento de sua teoria sobre o sistema jurídico, formula a idéia de *nomodinâmica*, partindo da idéia de que as normas estariam escalonadas em uma estrutura hierárquica. O Direito regula a sua própria criação, de forma que a validade das normas (processo formal de fundamentação da validade) estaria vinculada a elas *derivarem* de outras normas superiores (no escalonamento hierárquico). De outra parte, a *fundamentação* de uma norma em outra, no seu conteúdo material, deve também seguir uma linha hierárquica.

A partir disso, ele propõe a idéia de uma pirâmide hierárquica, em que *o topo normativo formal seria a Constituição do país* - a partir dela, poder-se-ia realizar um processo de *derivação* que passaria por normas intermediárias (constituições estaduais, leis ordinárias, leis complementares etc.) e chegaria aos atos normativos 'últimos', mais 'baixos' na escala hierárquica: sentenças e atos administrativos em geral.

Uma norma superior possibilita, então, a existência e validade jurídica (formal) das normas inferiores<sup>6</sup>. No dizer de Kelsen, "uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior"<sup>7</sup>.

### 2.2 O PENSAMENTO DE HART

Já Herbert Hart<sup>8</sup> parte da idéia de que o sistema jurídico é composto por regras primárias (de obrigação), que dizem respeito ao que os indivíduos devem ou não fazer, e por regras secundárias (de reconhecimento, de alteração e de julgamento<sup>9</sup>), que dizem respeito ao modo como as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas. Sua noção de validade normativa está ligada ao papel de tais regras de reconhecimento, de maneira tal que "a afirmação de que

---

6 Importa perceber que em Kelsen não há real diferença entre vigência e validade: a validade é identificada com as condições de vigência das normas.

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 205.

8 HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

9 Na realidade, para Hart as regras de alteração e de julgamento são uma 'subespécie' das regras de reconhecimento (Idem, p. 105-107).

uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”.<sup>10</sup> Além disso, a afirmação da validade de uma norma pressuporia primeiramente que

“uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra de direito dada, por exemplo, uma lei concreta, faz ela própria uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, sucede que esta regra de reconhecimento, nos termos da qual ela aprecia a validade de uma lei concreta, é não somente aceita por ela, mas é a regra de reconhecimento realmente aceita e empregada no funcionamento geral do sistema”.<sup>11</sup>

É de se perceber que, a par de diferenças existentes entre os pressupostos teóricos, as idéias de validade de Kelsen e de Hart passam por um mesmo aspecto: embora por caminhos diversos, dimensionam a validade como validade formal.

### 2.3 CRÍTICAS À VISÃO TRADICIONAL

Em especial em Kelsen, ao abordar a questão da validade normativa no tempo e no espaço, há, como bem afirma André Copetti,

“um claro embaralhamento entre as categorias conceituais da existência e da vigência, com a categoria da validade. A categoria conceitual da teoria da validade normativa que dispõe sobre a relação espacial e temporal da norma não é a da validade, mas, sim, a da vigência. Uma norma, (...) pela teoria garantista, vige em determinado território por determinado tempo, sendo, por outro lado, válida em relação a um conteúdo de uma norma superior que por ela não pode ser violado”.<sup>12</sup>

Vale, ainda, apontar aqui a crítica de Ferrajoli ao pensamento kelseniano no que respeita à validade:

“a noção kelseniana de ‘validade’, durante muito tempo dominante entre os teóricos do direito, como ‘existência’ ou ‘pertencer’ de uma norma ao ordenamento em virtude da simples conformidade formal do ato normativo em relação às normas de procedimento sobre sua produção, pressupõe (e resulta, em tal sentido, adequada para explicar) um sistema de direito positivo unidimensional baseado na onipotência do legislador”.<sup>13</sup>

Com isso se aponta, por um lado, como falha a teoria formalista da validade, e, por outro lado, prepara-se o terreno que indica que a teoria garantista apresenta

---

10 Idem, p. 114.

11 Idem, p. 120.

12 COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140.

13 FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 58. Salienta Ferrajoli, ainda, que “um conceito deste tipo não poderá dar conta da estrutura dos sistemas jurídicos complexos que comportam as atuais democracias constitucionais, para cuja explicação a noção de ‘validade’ das normas deverá incluir também a coerência de seus conteúdos ou significados com os princípios de caráter substancial enunciados na Constituição, como o princípio de igualdade e os direitos fundamentais, e deverá admitir, portanto, a possibilidade de normas formalmente vigentes e, entretanto, substancialmente inválidas.” (Idem, p. 58).

formulações teóricas capazes de superar esses problemas.

Seguindo-se o pensamento garantista, há de se distinguir, então, claramente dois âmbitos normativos: o âmbito de vigência normativa e o âmbito de validade normativa. Pelo primeiro, identifica-se a validade formal das normas; pelo segundo, identifica-se sua validade material. Com a validade formal se está designando a vigência normativa no tempo e no espaço; com a validade material está se designando uma relação de conformidade de conteúdos normativos.

### **3 VIGÊNCIA NO PENSAMENTO GARANTISTA**

Para se dimensionar a completa caracterização de todas as potencialidades das normas, é imprescindível que elas satisfaçam os requisitos de vigência. Assim, o primeiro pressuposto da validade das normas no sistema jurídico é que elas sejam vigentes, atendendo aos seus requisitos formais de criação e existência jurídicos (de competência de quem as cria e de procedimentos adequados para a sua criação).

#### **3.1 DISTINÇÃO ENTRE VIGÊNCIA E VALIDADE**

Assim, não se pode confundir *vigência normativa* (que está afeta à existência formal da norma no mundo jurídico - à sua aplicabilidade jurídica *a priori*) com *validade normativa* (que está afeta aos significados da norma e à sua coerência e compatibilidade com os conteúdos que lhe são prévios e prevalentes - à sua aplicabilidade jurídica *a fortiori*). Como bem ensina Ferrajoli,

“para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal [de vigência], as quais resguardam as formas e os procedimentos do *ato normativo*, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.”<sup>14</sup>

Há de se ressaltar, também, que a validade normativa não é condicionada e não se confunde nem com a sua eficácia (de cumprimento da norma por seus destinatários e de sanção imposta quando de seu descumprimento), nem com a sua efetividade/eficiência normativa (que a norma seja cumprida, aplicada e apta a atingir os objetivos que justificaram sua criação). Estas já são, em termos ordinários, decorrência de normas válidas, e não o contrário. Importa ressaltar que

“enquanto as condições formais da vigência constituem requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir, as condições substanciais de validade, e de maneira especial as da vali-

---

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 701.

dade constitucional, consistem normalmente em respeito a valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, vale dizer, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.”<sup>15</sup>

Tais análises dos aspectos de vigência e validade das normas levam à possibilidade de formulação de juízos de vigência e juízos de validade. Ou seja, possibilitam analisar o procedimento de criação e existência de uma norma dentro do sistema jurídico e afirmá-la como vigente, ou de analisar uma norma vigente em suas relações de conformidade de conteúdo com outras normas do sistema e afirmá-la como válida.

### 3.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DA VIGÊNCIA

Nesse contexto, a vigência, como aspecto formal da validade, envolvendo competência e procedimento de criação das normas, caracteriza-se com o cumprimento de alguns requisitos específicos. Nessa linha, José Luis Serrano, confesso seguidor de Ferrajoli, explicita que para decidir se uma norma está vigente (se existe como regra jurídica que pertence a um determinado sistema jurídico) é necessário realizar as seguintes comprovações: a) que haja sido promulgada pelo órgão competente; b) que se tenha observado o regular procedimento estabelecido para a promulgação de normas; c) que a norma tenha vigência com relação ao sujeito; d) que a norma tenha vigência territorial; e) que a norma não haja sido derogada ou que tenha vigência no tempo.<sup>16</sup>

Vale dizer, a criação de normas, para que sejam vigentes, deve ser procedida por um *órgão competente* para tal fim. Assim, um juiz, ao emitir a norma concreta que é a sentença, deverá ser juridicamente competente para isso; os órgãos da Administração Pública que emitirem normas administrativas (decretos, portarias, regulamentos) deverão ser juridicamente competentes para isso; o órgão legislativo que criar leis deverá ser juridicamente competente para isso.

Além disso, há no sistema jurídico uma hierarquia de normas, em que *normas superiores fixam regras para que sejam criadas outras normas*. Tais regras designam primariamente as já referidas competências. Mas designam, também, proce-

---

15 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 874 (opta-se neste trecho pela tradução direta do texto em espanhol, por se entender que a opção da tradução brasileira – no geral excelente - pela palavra “vigor” em vez de “vigência” é inadequada). No mesmo sentido da afirmação de Ferrajoli, vide Peña Freire, que afirma que um juízo de vigência “refere-se à constatação da simples existência de uma norma no ordenamento jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais que lhe são exigíveis e, como tal, é suscetível de ser declarado verdadeiro ou falso. Frente a isto, o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta a relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em qualquer caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político.” (FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trota, 1997, p. 98).

16 SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia...*, p. 74-92.

dimentos específicos para a criação de normas, os quais deverão ser observados sob pena de que tais novas normas não tenham vigência. Assim, por exemplo, os procedimentos previstos nos artigos 61, 64, 65 e 66 da Constituição sobre criação de lei.

As normas, como componentes do sistema jurídico, é que determinam quais as condutas humanas e as práticas institucionais públicas ou privadas que por elas serão atingidas. Ou seja, embora abstratas, *as normas determinam o objeto material de sua vigência*. Uma norma que define o que é ato ilícito, como é o caso do artigo 186 do Código Civil, está identificando e delimitando as situações de fato a que se destina.

Sob o aspecto de dirigir-se ao sujeito, que pode ser designado como *âmbito de vigência pessoal*, não se deve confundir o sujeito jurídico com o sujeito físico. O que é indicado normativamente é um sujeito que poderá ser atingido pela vigência da norma. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas jurídicas no artigo 3º da Lei 9.605/98.

No que respeita ao âmbito de vigência espacial, importa frisar que não se trata necessariamente de espaço físico - melhor se define como *espaço geográfico simbólico*. Ou seja, o enunciado, para se constituir como elemento componente da norma, deve ser direcionado para a incidência sobre um espaço, determinado ou indeterminado, no qual está destinado a surtir seus efeitos. Por exemplo, a Lei 9.605/98 destina-se primariamente à proteção ambiental em todo o espaço geográfico brasileiro (ar, terra e mar).

Enfim, no que respeita ao fator tempo, *as normas dirigem-se ao futuro*, para regular fatos, estabelecer direitos ou regular situações e relações discutidas no passado, mas que ocorrerão no futuro. Nesse sentido, toda norma é abstrata, pois prevê situações de fato comandos jurídicos que poderão ou não incidir no futuro (dependendo de aquilo a que se destina ocorrer ou não, ser necessário ou não).

Com a combinação positiva desses critérios, pode-se afirmar que uma norma apresenta as características de vigência. O que se tem, entretanto, é que, segundo a concepção garantista, a vigência não indica necessariamente a validade de uma norma. Dito de outro modo, *para que uma norma seja válida, precisa ser vigente; mas nem toda norma vigente será válida*. Ou seja,

“as normas poderão ser *vigentes mas inválidas*, com o que ‘direito vigente’ e ‘direito válido’ não coincidem. A *vigência* refere-se simplesmente à constatação de que a norma está contida em um texto normativo não anulado e pode, por consequência, ser aplicada mediante decisões válidas a respeito dela”.<sup>17</sup>

A noção de validade garantista é de profundo interesse para a efetivação dos direitos humanos, ao menos num plano jurídico. Ela fundamentará a idéia de que os direitos humanos, especialmente considerando-se sua consagração constitucional como direitos fundamentais, servem como condicionantes da validade das demais normas do sistema jurídico.

---

17 FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, p. 97.

#### **4 VALIDADE NORMATIVA NO PENSAMENTO GARANTISTA**

A verificação de que uma norma seja vigente (nos termos já expostos, de que uma norma possua 'validade formal') não resolve os problemas normativos do sistema jurídico. Afinal, tendo-se em conta a idéia de sistema jurídico, importa que se vá bem além dos aspectos de vigência. Isso porque o sistema jurídico - para que mereça a categorização como 'sistema' - não prescinde (ao contrário) de conexões de conteúdo que o condicionem efetivamente. E tais conexões de sentido dão-se no plano das questões referentes à validade (validade material, conteudística).

Ocorre que, para além das dimensões formais da vigência, a coerência de conteúdo é também um requisito sistemático de validade: se a norma editada contrariar o conteúdo de uma norma que lhe é superior, mesmo sendo vigente será ela inválida. A norma deve, portanto, estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo de normas que lhe são hierarquicamente superiores (sentido vertical), além de estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo do conjunto de normas componentes do sistema jurídico (sentido horizontal).

A relação de validade é, portanto, uma relação jurídica que soma as formas de produção normativa (seus *pressupostos de vigência*) com os conteúdos vinculatorios da produção normativa (seus *condicionantes materiais de validade*).

Neste sentido, a concepção garantista de Ferrajoli sobre validade traz contribuições singulares à teoria jurídica. Primeiramente, porque *aprofunda a idéia de que há uma sensível diferença entre validade normativa formal e validade normativa material*. Além disso, permite a *aposta, ao vincular a validade material a juízos jurídicos valorativos, na idéia de um sistema jurídico aberto axiologicamente* - mas em que a axiologia faz parte do universo normativo (não se restringindo a meros juízos filosóficos ou sociológicos). Enfim, porque *relaciona os condicionamentos de validade material à Constituição* e, em especial, aos direitos humanos básicos constitucionalizados (direitos fundamentais).

##### **4.1 A VALIDADE EM RELAÇÃO À VIGÊNCIA**

Como se viu, para o garantismo deve-se distinguir o âmbito da vigência normativa ('validade formal') do âmbito da validade normativa ('validade material'). O primeiro estaria baseado em juízos de vigência, de que uma norma é juridicamente aplicável num determinado tempo e num determinado espaço - que seriam, ao final, *juízos de fato*. Por sua vez, o âmbito da validade estaria baseado em juízos de validade do conteúdo normativo - que seriam, ao final, *juízos axiológicos de direito*.

Explique-se: um juízo de vigência indica que a norma foi editada pela autoridade competente para editá-la, seguindo o procedimento adequado para a sua criação, e que tal norma é aplicável em termos espaço-temporais. Traduz-se, assim, como um juízo sobre o fato de criação da norma, sobre como ela foi criada e sobre

a possibilidade de que ela seja aplicada – por isso um juízo de fato.

É bom que se alerte que tal não significa que o juízo sobre a vigência não seja concomitantemente um juízo de direito: será também, pois indicará que a competência e o procedimento para criação de uma norma são, juridicamente, 'x' e 'y'. Ocorre que, em termos finais, tal juízo indica um fato: a norma vigente<sup>18</sup> foi criada por quem era competente para tanto e seguindo o procedimento adequado, enquanto que uma norma não vigente não foi criada por quem era competente para tanto, ou não seguiu os procedimentos adequados. Perceba-se, de outra parte, que até aqui não se fez menção ao conteúdo normativo propriamente dito.

Por sua vez, um juízo de validade indica exatamente tal menção ao conteúdo. Significa que uma norma vigente tem significado jurídico compatível com as normas dentro do sistema jurídico que lhe são superiores (plano vertical), em especial com as normas constitucionais, e com o próprio sistema jurídico como um todo (plano horizontal). Trata-se de um juízo que significa afirmar, em termos finais, que a norma é compatível com as normas constitucionais que consagram os direitos humanos básicos, com eles está numa relação de coerência - por isso um juízo axiológico-normativo.

## 4.2 CARACTERIZAÇÃO DA VALIDADE

Importa frisar, ainda, que os juízos de validade devem ser construídos dialeticamente, num constante processo de valoração dos significados normativos, adequando os conteúdos normativos às multiplicidades de sentido das hipóteses de incidência normativa. Para tanto, em tal processo parte-se de *pontos fixos*<sup>19</sup> - valores superiores constitucionalmente consagrados -, cujo âmbito de significação define-se tendo como base uma pré-significação (histórico-social), mas condicionada dialeticamente à proteção e à busca de efetivação dos direitos fundamentais.

Ou seja, a idéia de validade consiste numa relação jurídica complexa, que variará em cada momento de aplicação do sistema jurídico, pois

“no caso do Estado constitucional de direito, se a validade é uma função que permite a conexão de cada norma com o resto do ordenamento, haverá que se admitir que a validade das normas está submetida a variações e mutações devido a suas relações com os valores e princípios constitucionais e, particularmente, a partir das exigências derivadas da garantia jurídica”.<sup>20</sup>

Trata-se, portanto, de um juízo valorativo, condicionado dialeticamente, mas

---

18 Importa frisar que, embora o foco principal esteja em normas legisladas (contidas em leis), englobam-se em tal idéia todas as normas jurídicas formais (além das leis em suas diversas espécies, os atos administrativos e as sentenças).

19 A expressão 'pontos fixos' não quer indicar pontos imutáveis, mas tão-somente pontos de referência localizados - 'fixados' - em normas superiores (especialmente normas constitucionais). Vale dizer, trata-se de pontos de referência necessária, com conteúdo não imobilizado historicamente - ao contrário, são conteúdos constantemente reconstruídos historicamente.

20 FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, p. 96.

indefectivelmente jurídico (porque com base normativa e efeitos no mundo jurídico):

“o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta a relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em todo caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político”.<sup>21</sup>

É, assim, relevante afirmar que a análise da validade de uma norma, mesmo fazendo-se através de juízos valorativos, é uma análise realizada no plano jurídico (na linguagem de Ferrajoli, no ‘plano interno’). Indica que a norma - frente a outras normas que contêm o significado, o conteúdo que embasa essa valoração - está legitimada por sua compatibilidade e coerência material, de conteúdo.

Vale ressaltar, ainda, que também há diferença na relação da vigência normativa e da validade normativa com o fator tempo (a duração de cada uma no mundo jurídico). Isso porque

“o tempo da vigência é linear no sentido de que ela se expressa somente como continuidade ou descontinuidade de obrigações. Por sua vez, o tempo da validade é simbólico no sentido de que se permite atuar como se não tivesse limites. A vigência de uma norma começa um dia e se pressupõe até que cessa para tudo o que estiver abarcado por seus domínios espaciais, objetivos e subjetivos. (...) a vigência, uma vez provada, é pressuposta para todo caso análogo. Enquanto isso, a validade nunca se dá por descontada para todo caso e tem que ser construída por cada intérprete e em cada caso”.<sup>22</sup>

Enfim, os juízos de vigência normativa são juízos binários (vigente ou não vigente) e juízos fáticos, enquanto que os juízos de validade normativa podem ser múltiplos (válida, parcialmente válida/parcialmente inválida, inválida, contextualmente inválida, contextualmente válida). Uma norma pode então ser vigente, mas inválida; ou vigente, mas parcialmente válida; ou vigente e válida.

Nesse ponto, resta discutir, então, como se deve analisar o grau de cumprimento e aplicação das normas jurídicas (vigentes e válidas, preferencialmente) no meio social - vale dizer, o seu grau de *efetividade* social?

## **5 EFICÁCIA E EFETIVIDADE NO GARANTISMO**

### **5.1 SOBRE A EFICÁCIA (JURÍDICA)**

Procedida a análise dos problemas de vigência e validade normativas numa ótica garantista, deve-se passar a uma análise correlata, mas situada num plano diverso: a diferença entre eficácia e efetividade. Aqui novamente se verificará que o

---

21 Idem, p. 98.

22 SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia...*, p. 70. Vê-se semelhante pensamento em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

garantismo propõe noções diferenciadas daquelas a que o pensamento jurídico se acostumou nas últimas décadas. Tal se dá basicamente pela distinção entre eficácia normativa (eficácia jurídica, aplicabilidade) e efetividade normativa (eficácia social).

Primeiramente, é de se observar que as normas vigentes e válidas dentro de um determinado sistema jurídico terão legitimidade jurídico-valorativa para serem aplicadas à sociedade como um todo. O fato de que poderão ser aplicadas significa que tais normas possuem *aplicabilidade*, ou seja, *eficácia jurídica*.

Com isso, afirma-se que a eficácia é traduzida como eficácia jurídica, como aplicabilidade. Toda norma vigente é, a princípio<sup>23</sup>, hábil a ser aplicada a casos concretos. Tal aplicabilidade pode ou não se sustentar juridicamente, dependendo de que a norma receba juízos positivos ou negativos de validade, totais ou parciais (válida ou inválida).

Ilustrativamente, cite-se Marcos Bernardes de Mello, ao explicar a idéia de existência da norma, distinguindo-a da vigência:

“o que, dessarte, distingue a norma simplesmente existente da norma jurídica vigente é, exatamente, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe. Daí se conclui que é a eficácia que garante a vigência”.<sup>24</sup>

Parte o civilista da correta idéia de que a existência da norma no ordenamento é garantida por sua publicação - se a norma chegar a este ponto será juridicamente existente. A vigência (sua validade formal) é garantida pela referida aplicabilidade em tese (eficácia jurídica) da norma, que se dará após o período de *vacatio legis* (se for o caso).

Ora, neste ponto se está, com a vigência, naquilo que tradicionalmente é considerado plano de validade (‘formal’, nos termos antes explicados) e que no garantismo traduz-se simplesmente como *vigência*. Ou seja, como já se viu, uma norma é vigente se foi editada por quem tinha competência para tanto, seguindo os procedimentos prescritos para sua elaboração (incluindo-se, quando necessário, um período de publicização chamado *vacatio legis*). Uma norma vigente, então, possui, ao menos primariamente (insista-se na necessidade do juízo de validade), eficácia jurídica (aplicabilidade).

Para além disso, porém, é necessário que se indague se as normas vigentes possuem *efetividade no meio social*. E isto sob dois aspectos: se as normas são efetivamente cumpridas; se as normas contribuem para que o sistema jurídico atinja seus objetivos. Partindo-se daí, pode-se indagar se o sistema jurídico é efetivo no meio social, no que respeita ao seu cumprimento - e se, para tanto, disponibiliza os instrumentos para que aqueles que o aplicam atuem de maneira a efetivá-lo. E, também, pode-se indagar a respeito de sua eficiência, ou seja, se as normas atin-

---

23 “A princípio” porque dependerá, ainda, ao final, de sua validade.

24 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* (plano da existência). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65-66.

gem as finalidades a que se destinam.

## 5.2 SOBRE A EFETIVIDADE E A EFICIÊNCIA

A amplitude de aplicabilidade e de aplicação de uma norma mede-se por sua eficácia (jurídica) e por sua efetividade (efetividade no plano de seu cumprimento e efetividade no plano de atingimento de suas finalidades – eficiência). Ocorre que uma norma pode ser vigente (e juridicamente eficaz), efetiva e não atingir suas finalidades. Ou ser relativamente inefetiva (não ser realmente aplicada, sendo, no entanto, cumprida) e atingir as finalidades a que se destina.

A efetividade tem, portanto, duas dimensões complementares. A primeira dimensão é referente àquilo que tradicionalmente seria chamado de eficácia social, vale dizer, se a norma tem sido realmente observada por seus destinatários. Isso é perceptível quando as pessoas (às quais a norma se destina) geralmente obedecem ao preceito normativo. É perceptível, ainda, quando se verifica que os agentes públicos (incluam-se aqui os juízes) a aplicam realmente. Isso pode ser chamado simplesmente de *efetividade normativa*.

A segunda dimensão refere-se ao atingimento das finalidades a que se destina. Uma norma sempre é criada em função de um determinado fim a ser atingido (direta ou indiretamente). Essas finalidades, com a vigência e a aplicação social da norma (a primeira dimensão da efetividade), poderão ou não ser atingidas – e sendo atingidas, isso poderá ocorrer em diversos graus. Entende-se aqui que esse atingimento das finalidades, dos seus objetivos específicos, pode também ser chamado de *eficiência normativa*.

Destaque-se que o questionamento sobre se *as normas atingem seus objetivos específicos* traz à tona o caráter insitivamente teleológico de qualquer conjunto de normas – e das próprias normas isoladamente. Uma norma de direito civil que fixe critérios para distinguir união estável e concubinato tem como finalidade ‘proteger’ de maneira semelhante ao casamento a união estável, considerando-a entidade familiar e o concubinato não. Uma norma que fixa um prazo recursal tem por finalidade evitar que os processos possam se prolongar indefinidamente no tempo. Uma norma constitucional que determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres tem por finalidades evitar discriminações decorrentes do gênero e estimular relações de igualdade no meio social. E assim se poderia seguir ilimitadamente, norma a norma.

Um importante aspecto da análise da efetividade de uma norma é, portanto, a verificação de estar tal norma atingindo a finalidade para a qual foi criada, ao menos medianamente, sendo, portanto, eficiente. Tal atingimento das finalidades normativas não significa - nem poderia significar - que a norma satisfaça plenamente aquilo a que se destina, mas sim que sua aplicação (tanto positiva - aplicação da norma a uma situação jurídica - quanto negativa - que a norma seja respeitada de modo que

não se produzam situações que a contrariem) contribui para aproximar o direito deste(s) objetivo(s).

Entretanto, é requisito lógico dessa análise a verificação do grau de cumprimento da norma (seja pelo aspecto obediência à norma, seja pelo aspecto aplicação da norma) – vale dizer, a verificação da medida em que está sendo satisfeita a primeira dimensão da efetividade. Tem-se como bom exemplo a já mencionada norma constitucional de igualdade entre homens e mulheres: sua aplicação positiva e negativa não produziu nem irá produzir a igualdade, mas tem contribuído para que se evite a desigualdade baseada no gênero.

Além desse aspecto, há de se observar, no plano da efetividade, *se as normas contribuem para que o sistema jurídico contextualmente atinja suas finalidades*. A norma não está isolada em relação às finalidades que traduz, pois, como se viu, as normas se encontram encadeadas sistematicamente. E tal encadeamento ocorre através de duas principais matrizes de conteúdo: os valores superiores que as normas traduzem e aos quais estão conectadas e as finalidades sistemáticas a que as normas devem ser direcionadas.

De tal modo, podem-se formular juízos de efetividade sobre as normas, afirmando-as como efetivas ou inefetivas. Uma norma *será efetiva caso seja efetivamente cumprida e aplicada e caso suas finalidades - individuais e contextuais - sejam predominantemente atingidas*. Uma norma será inefetiva quando não for cumprida e aplicada ou quando suas finalidades predominantes - individuais e contextuais - não sejam atingidas.

Por decorrência, a análise da efetividade normativa inclui a verificação de estar a norma contribuindo contextualmente com outras normas, para que determinadas finalidades principais do sistema sejam atingidas<sup>25</sup>. Evidentemente, isso pressupõe que o sistema, quanto ao conjunto de normas com finalidade geral comum, seja efetivamente cumprido no meio social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

---

25 Assim, por exemplo, para se verificar a efetividade (em suas duas dimensões) de uma específica norma sobre igualdade, é necessário que se verifique se as diversas normas atinentes à igualdade estão sendo em conjunto observadas, cumpridas e aplicadas. Insista-se: isso não significa que não haverá desigualdade, mas que as normas de igualdade estarão contribuindo para evitar a desigualdade.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal: parte geral: a dogmática penal sob uma ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Edihermes Marques (Org.). *Direitos Fundamentais: reflexões críticas: teoria e efetividade*. Uberlândia: IPEDI, 2005.

COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.



## **RELAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

Marcus Vinicius Ribeiro\*

### **I) INTRODUÇÃO**

O Direito consiste em um conjunto de normas criado pelo homem para organizar e possibilitar o convívio pacífico entre os indivíduos na sociedade. Para facilitar seu estudo, a doutrina dividiu-o em Direito Privado (que regula as relações jurídicas entre particulares) e Direito Público (que regula relações jurídicas em que o Estado é parte). Além disso, dentro de tais ramos, existem várias subdivisões. Porém, o direito em si é um só; tais divisões ocorrem apenas para fins didáticos. Nesta divisão hipotética, o Direito Constitucional é essencial para todas as demais áreas da ciência jurídica, pois em decorrência da supremacia constitucional na hierarquia das leis, idealizada por Hans Kelsen<sup>1</sup>, as normas infraconstitucionais só serão válidas se estiverem de acordo com a Constituição, que é a lei maior. Enfatizamos que a consagração dessa supremacia constitucional deve-se ao chamado “movimento constitucionalista”, que implementou técnicas destinadas a limitar o poder para a proteção dos direitos fundamentais como atributos inalienáveis do homem.

Nesse passo, Constituição, para Gomes Canotilho<sup>2</sup>, “é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, (...) mediante a qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”. A Constituição de um Estado é, então, sua lei fundamental, sendo que as demais se submetem a ela: a norma constitucional está no ápice da pirâmide imaginária do ordenamento jurídico, e, ao mesmo tempo, é base de todo o restante da legislação. Ela é, destarte, um ato fundamental que determina a organização do Estado e regulamenta o exercício do Poder. Pode ser definida como “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.<sup>3</sup> Ela é considerada a lei suprema, é a chave da estrutura da construção estatal, mas seu conteúdo, seus procedimentos de elaboração e sua autoridade variam dependendo do país e da época.<sup>4</sup>

Por seu turno, o Direito Penal procura proteger os bens jurídicos mais importantes consagrados pelo Direito. Assim, seleciona condutas e impõe penas para quem infringir o mandamento legal, visando ao controle social. Mas ele não é de coação direta e, para que o Estado exerça seu direito de punir, é mister a utilização

---

\* Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais do UniAnchieta. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal do UniAnchieta e da UMC.

<sup>1</sup> *Teoria Pura do Direito*, *passim*.

<sup>2</sup> *Direito Constitucional*, p. 12.

<sup>3</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 40.

<sup>4</sup> Cf. Benoit JEANNEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 60.

do processo penal. Por isso, o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão intimamente ligados e um não pode existir sem o outro. Ressaltamos que ambos se submetem às previsões constitucionais, em especial no tocante aos direitos fundamentais, em virtude da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Aliás, o ordenamento jurídico é um sistema de normas (princípios e regras) jurídicas metodologicamente organizado. Norberto Bobbio<sup>5</sup> afirma que, do ponto de vista formal, “uma norma é uma proposição”; um código e uma Constituição “são um conjunto de proposições”. Segundo o autor, por proposição é entendido “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”.

As normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras. Com efeito, o termo “princípio” tem várias acepções: pode ser o início de algo ou os valores em que alguma coisa se funda. No direito, os princípios tanto devem ser os valores superiores em que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o seu ponto de partida, ou seja, as regras devem fundar-se nos princípios, que são extraídos da repetição das idéias contidas nas regras de todo o ordenamento, formando-se, assim, uma verdadeira microfísica.

José Afonso da Silva<sup>6</sup> argumenta que princípios “são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas”. Por isso, constituem critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de serem úteis no processo de suprimimento das lacunas legais e obrigarem todo ordenamento positivo a segui-los. São normas jurídicas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das regras, que são mais específicas. Eles expressam ideais a serem buscados pelo direito e a origem na qual a lei inspirou-se. Robert Alexy<sup>7</sup> destaca que os princípios estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, pois são “mandados de otimização”. São sempre razões “*prima facie*” e não definitivas.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção repete-se com certa freqüência. O legislador, ao elaborar novas leis, utiliza os conceitos e estudos da doutrina e assim os princípios retornam à legislação, às vezes de forma expressa e em outras de maneira implícita. A lei os incorpora à jurisprudência, utiliza-os como argumentos principais transformando-os, então, nos valores fundamentais do Direito, vez que são, ao mesmo tempo, a fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico. Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental, que é a dignidade da pessoa humana, porque, como sabemos, o direito só existe em razão do homem e para que ele possa viver em paz na sociedade. Em consequência disso, surgem outros princípios básicos, como os da liberdade, igualdade e justiça (os demais podem ser considerados como decorrência desses).

Walter Claudius Rotenburg<sup>8</sup> expõe que “os princípios são dotados de alto grau

---

<sup>5</sup> *Teoria da norma jurídica*, p. 72-73.

<sup>6</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

<sup>7</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86 e 101.

<sup>8</sup> *Princípios constitucionais*, p. 17.

de abstração, o que não significa impossibilidade de determinação”. Também são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, aplicam-se a um número indeterminado de situações, ao contrário das regras, que mesmo possuindo uma certa carga de valores, essa não é tão intensa quanto o é nos princípios. Além disso, por serem mais específicas as hipóteses de aplicação, são mais facilmente identificáveis. Deve-se advertir, porém, que apesar de princípios e valores estarem estreitamente relacionados, pois os primeiros transmitem os derradeiros ao ordenamento jurídico, eles não se confundem. Enquanto aqueles pertencem ao campo deontológico (o que deve ser), os valores estão no nível axiológico (não o que deve ser, mas o que é bom).<sup>9</sup>

Nas regras, por sua vez, ocorre a lógica do “tudo ou nada”, ou seja, ou elas são aplicáveis ou não. Se forem contraditórias, ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida. Ao contrário, a convivência dos princípios é conflituosa, ou seja, eles coexistem, mas deve-se examinar a importância de cada bem jurídico posto em jogo e determinar até onde cada um irá ceder sem descaracterizar o outro totalmente. Dessa forma, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios, sendo que neles não ocorrem antinomias.

## **II) O DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Processo penal pode ser definido como o ramo do direito público “que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito penal aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum”.<sup>10</sup>

José Frederico Marques define direito processual penal como “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária para o preparo da ação penal”.<sup>11</sup>

Pode-se afirmar que a finalidade do processo penal é a realização da pretensão punitiva do Estado diante da ocorrência de uma infração penal. Em outras palavras, como disse Vincenzo Manzini, ele visa a “obter, mediante a intervenção do juiz, a declaração de certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito”.<sup>12</sup>

Nosso atual Código de Processo Penal foi promulgado em 1941 e, mesmo em sua época, foi criticado por não ter sido elaborado um estatuto moderno. Ademais,

---

<sup>9</sup> Cf. Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 141.

<sup>10</sup> Vicente GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, p. 83.

<sup>11</sup> *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, p. 32.

<sup>12</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal* – t. I, p. 248.

apesar de prever certos postulados do sistema acusatório, que separa o órgão da acusação e o responsável pelo julgamento da causa, “não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado-Novo”.<sup>13</sup>

Paralelamente, a evolução da relação entre o indivíduo e o Estado desenhou a consagração de garantias aos indivíduos contra a intervenção estatal, as quais constituem os direitos fundamentais, que se encontram consagrados na Constituição.

O processo, na Antigüidade, em uma concepção autoritária, já foi visto como um modo de o Estado interferir na vida das pessoas, dominando-as para que agissem de maneira dócil, conforme os interesses dos governantes. Desse ponto de vista, o indivíduo era considerado um sujeito co-atuante e o Estado tinha o direito de processar quem quer que fosse para uma suposta proteção coletiva. Na atualidade, porém, o processo deve ser visto como um direito do indivíduo em face do Estado, ou seja, a pessoa somente poderá ser desprovida de sua liberdade ou de seu patrimônio após um processo regular com regras claras e definidas em lei, que lhe possibilitem a ampla defesa e o direito de contrariar a acusação.

Tendo em vista que, de todas as intervenções estatais no âmbito da liberdade individual, a pena representa a medida mais grave e, portanto, também a mais problemática<sup>14</sup>, e com a consagração dos direitos fundamentais, introduziram-se cada vez mais nos textos constitucionais os princípios e regras de direito processual penal.<sup>15</sup> Devido a isso alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, chegam a afirmar que o direito processual penal é o direito constitucional aplicado.

A respeito, Jorge de Figueiredo Dias<sup>16</sup> afirma:

*“o direito processual penal é, como se exprime H. Henkel, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente.”*

O autor também ressalta que, com a evolução do processo constitucional, as normas constitucionais referentes ao processo penal deixam de ser vistas como “simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto”.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Winfried Hassemer<sup>18</sup> entende que o procedimento penal – que serve para a proteção de bens jurídicos centrais para a convivência humana –

---

<sup>13</sup> Cf. José Frederico MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, p. 108.

<sup>14</sup> Claus ROXIN, *Derecho procesal penal*, p.10.

<sup>15</sup> Cf. Antonio Scarance FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, p. 16.

<sup>16</sup> Cf. *Direito Processual Penal*, p. 74.

<sup>17</sup> Apud Antonio Scarance FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, p. 17.

<sup>18</sup> Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 66-67.

possui instrumentos de coação e intervenção estranhos em outros campos, como a prisão preventiva, a interceptação telefônica etc. Assim sendo, afirma:

“Visto desta maneira, tanto em uma perspectiva jurídico-política quanto científica, tem-se caracterizado o procedimento penal não só como a realização do direito penal material, mas também como ‘direito constitucional aplicado’ ou como indicador da respectiva cultura jurídica ou política.”

Deve, assim, o aplicador do Direito passar para as leis processuais o espírito da Constituição, buscando, para a norma ordinária, o fundamento na lei maior e interpretando as normas jurídicas sempre à luz dos princípios constitucionais.<sup>19</sup> De acordo com Marco Antonio Marques da Silva<sup>20</sup>, “a adequação de um Código de Processo, fruto de um período autoritário, aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, não é tarefa simples”, pois exige profundas modificações doutrinárias e jurisprudências para que possa concretizar o efetivo acesso à justiça.

### **III) PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL**

Conforme visto, o processo é o instrumento pelo qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar os interesses conflitantes, eliminando-os e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso apresentado. Suas formas e formalidades constituem a maneira pela qual as partes têm a garantia de legalidade e de imparcialidade no exercício da jurisdição. A ciência processual moderna fixou certos preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho<sup>21</sup> aponta para o seguinte:

“A Constituição da República preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, em relação a este último, além das garantias gerais, os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante interpretação do sistema e não por meio de textos expressos”.

A preocupação do constituinte talvez se explique, principalmente, porque no processo penal está envolvida diretamente a liberdade pessoal do indivíduo, além de outros direitos fundamentais do ser humano. Os princípios, conforme visto, “são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas”.<sup>22</sup> Por isso, os princípios constituem-se critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do Direito, além de serem úteis no suprimento das lacunas legais e obrigarem todo o ordenamento positivo a segui-los e considerá-los. Eles podem até ser critérios para a solução de casos concretos, salvo para criação de crimes e imposição de penas, pois para isso deve haver uma regra taxativa.

---

<sup>19</sup> Cf. Ada Pellegrini GRINOVER, *O processo constitucional em marcha*, p. 4.

<sup>20</sup> *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de direito*, p. 103.

<sup>21</sup> *Manual de Processo Penal*, p. 63.

<sup>22</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

Entre os princípios que regem o processo penal podem ser destacados os seguintes:

**· PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (DUE PROCESS OF LAW) - ARTIGO 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Resume-se em assegurar que a pessoa não possa ser privada de sua liberdade ou de outros bens a ela relacionados sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo forma estabelecida em lei. Esse princípio apresenta-se, conforme expõem Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>23</sup>, relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que esse possa atingir a “finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”. Assim sendo, o processo deve seguir, rigorosamente, o que está previsto na lei, sendo proibida a arbitrariedade. Em síntese, o princípio do devido processo legal consagra que uma pessoa só será desprovida de sua liberdade ou de seus bens mediante um processo que siga as disposições previstas em lei.

**· PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Define-se como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa. Devido a ele pode-se contrariar a acusação, requerer e acompanhar a produção de provas e manifestar-se em todos os atos e termos processuais aos quais se deva estar presente. É a necessidade de sempre ouvir a parte contrária (*audiatur et altera pars*).

Esse princípio vincula-se ao processo acusatório. Conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira<sup>24</sup>, ele designa:

“uma garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se”.

**· PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Traduz-se na possibilidade de o imputado defender-se amplamente. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra<sup>25</sup>, no processo penal são indispensáveis “quer a defesa técnica, exercida por

---

<sup>23</sup> *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, p. 19.

<sup>24</sup> *Temas de direito processual*, 5ª série, p. 5.

<sup>25</sup> *Teoria geral do processo*, p. 56.

advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios”.

Além dos elementos que o próprio réu possa trazer pessoalmente a seu favor, é indispensável a presença de um advogado que realize uma defesa técnica. Ainda que o acusado não queira, o juiz deve nomear-lhe um defensor (artigos 261 e 263 do Código de Processo Penal). Se for feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo deve ser anulado. Outrossim, o cerceamento do direito de defesa é nulidade processual.

**· PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - ARTIGO 5º, INCISOS XXXVII E LIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Significa que, antes da ocorrência da infração penal, deve existir a previsão, em lei, do juiz competente para julgar o feito, sendo proibido juízo ou tribunal de exceção. Desse modo, as pessoas só podem ser processadas e julgadas pelas autoridades competentes. Tal princípio consagra que só é juiz o órgão investido em jurisdição e que nenhum juízo ou tribunal será criado para apurar um delito que já fora praticado ou seja, quem vai julgar determinado caso já deve estar previsto *ante factum*.

**· PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ARTIGO 5º, INCISO LVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Consiste no fato de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nossa Constituição, acolhendo tal princípio, determina que, à exceção da prisão em flagrante, ninguém pode ser preso a não ser mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Na prisão cautelar (prisão temporária, prisão preventiva), não há violação desse princípio, pois trata-se de prisão processual e não de imposição de pena. De outra parte, convém lembrar que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador provar a sua culpa, e o juiz, na dúvida, deve absolver o acusado.

Em torno desse princípio houve um profundo debate. Com efeito, os seguidores da Escola Clássica defendida por Carrara “construíram toda sua teoria acerca do processo penal tendo como ponto central de órbita a idéia de presunção de inocência”, visto que a essência do processo penal é a proteção dos indivíduos diante dos infratores. A Escola Positiva, por outro lado, não aceita a presunção de inocência como um princípio absoluto aplicado a todos os casos indistintamente. Para Enrico Ferri, a presunção teria menos força quando se tratasse de criminoso reincidente.<sup>26</sup>

Por seu turno, Vincenzo Manzini<sup>27</sup> contrapõe-se totalmente à posição de Carrara, pois este último entende que o processo penal tutela a inocência, ao passo que aquele afirma ser a liberdade individual apenas reflexo da verdadeira finalidade do processo penal, que seria a declaração de certeza de um culpado. Não entende o

---

<sup>26</sup> Cf. Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 27.

<sup>27</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 256.

autor que exista uma presunção de inocência em favor do acusado, pois, se assim o fosse, o Estado não deveria sequer processá-lo e, ademais, não haveria como justificar a prisão preventiva. Desse modo, afirma que não se trata de uma presunção, mas, sim, no máximo, de uma ficção legal. Ele admite, porém, que “enquanto não seja declarada a certeza das condições que realizem a pretensão punitiva do Estado, não se pode considerar o imputado como penalmente responsável” e, portanto, deve ser tratado como pessoa que está sendo processada, mas cuja responsabilidade ainda não foi declarada certa.

Desse modo, Vincenzo Manzini afirma que não estar certo da culpabilidade da pessoa não significa presumir nem sua inocência nem sua culpabilidade. O imputado naquele momento não pode ser considerado culpado, mas isso não quer dizer que se presuma sua inocência.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>28</sup> expõe que o debate acirrado feito pela doutrina italiana possui contornos nitidamente políticos. Afinal, “um processo penal constituído sem ter em conta esse princípio pode servir a um regime político autoritário, enquanto que um processo penal no qual vige esse princípio seria totalmente incompatível com um regime autoritário”.

Consagrando o princípio em tela, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14.2 trouxe a previsão de que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E, por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* - de 22 de novembro de 1969, reconhecida pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 - no artigo 8.2 repete a disposição de que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Assim sendo, para uma pessoa ser considerada culpada por uma infração penal, faz-se necessário um processo judicial com todas as garantias processuais inerentes, como o contraditório e a ampla defesa. Somente depois disso, caso fique comprovada sua responsabilidade, tendo transitado em julgado uma condenação, é que o indivíduo pode ser reputado como criminoso. Destarte, por mais que existam evidências de culpabilidade de uma pessoa, ela não pode ser tratada como condenada antes de uma declaração judicial irrecorrível, porque tal *status* somente pode ser atribuído após o processo com os recursos a ele inerentes.

Em síntese, como é possível depreender, a presunção de inocência é um pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito, o qual não pode ser con-

---

<sup>28</sup> Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito, p. 30.

cebido sem a garantia de o indivíduo ser tratado como inocente até que se prove definitivamente sua culpabilidade, cujo ônus deve recair sobre quem acusa.

**· PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

No Processo Penal, o juiz procura a verdade integral dos fatos, pois o *jus puniendi* somente deve ser exercido contra aquele que realmente praticou a infração penal e nos exatos termos de sua culpabilidade. Devido a isso, a doutrina tradicional formulou os conceitos de princípio da verdade real (ou verdade material) e princípio da verdade formal, visto que enquanto no processo civil, em regra, o julgador pode satisfazer-se com o que parece verdadeiro em face das provas colhidas nos autos (verdade formal), no processo penal, ao contrário, o magistrado deve atender ao descobrimento do que realmente aconteceu no mundo natural (verdade real ou material).

Porém, deve-se advertir que a própria definição de verdade é relativa, pois o que parece ser verdade para uma pessoa pode não ser para outra. Isto porque o conhecimento foi inventado e é influenciado por tipos de subjetividade e ideologia. Com efeito, o exame de quaisquer fatos e/ou objetos é constituído por conhecimentos subjetivos por parte de quem analisa e/ou expõe. Pessoas com diferentes histórias de vida, profissões e interesses percebem as coisas de maneiras diferentes.<sup>29</sup>

Além disto, Marco Antonio de Barros<sup>30</sup> pondera que:

*“Já não se atribui sentido útil ao emprego das expressões princípio da verdade material e princípio da verdade formal, notadamente porque destituídos de base científica que justifique a distinção por eles enunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão-somente a ‘verdade processual’”.*

De outra parte, a verdade não pode ser buscada a qualquer preço, mesmo no processo penal, já que além dele existem outros interesses em jogo, como os direitos de defesa diante dos de investigação, como: direito ao silêncio, a não produzir prova contra si mesmo, ao segredo profissional etc. Destarte, a busca da verdade está restrita às vias legítimas e às maneiras legais.<sup>31</sup>

De qualquer maneira, existe a necessidade de, no processo penal, se aproximar do fato ocorrido e para isso o juiz pode determinar a produção de provas mesmo de ofício, sendo que para uma condenação há de existir uma base fática indubitável. Como consequência, outrossim, a confissão e a revelia, por si só, não bastam para alicerçar um decreto condenatório.

---

<sup>29</sup> Cf. Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 79.

<sup>30</sup> *A busca da verdade no processo penal*, p. 286.

<sup>31</sup> Cf. Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 80.

### **· PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A publicidade é uma garantia do indivíduo, sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito. Está profundamente ligada à humanização do processo penal e contrapõe-se ao procedimento secreto que caracteriza o sistema inquisitivo. Todos os atos processuais são públicos e somente excepcionalmente esta publicidade pode ser restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Com efeito, em determinados casos, a própria legislação a restringe atendendo a tal critério. Cabe mencionar algumas leis recentes que prevêm processos sigilosos, como a Lei 9.034 de 04 de maio de 1995, que pretendia *combater* o crime organizado, e a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Nos demais casos, o juiz é quem pode, fundamentadamente, restringir a publicidade nas hipóteses referidas.

### **· PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE E DA INDISPONIBILIDADE**

Poder dispositivo é o que as pessoas têm de exercer ou não determinados direitos. No processo penal, prevalece o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade), que possui três aspectos, quais sejam:

- a) indisponibilidade do inquérito (artigo 5º do Código de Processo Penal);
- b) indisponibilidade da ação penal pública (artigo 42 do Código de Processo Penal);
- c) indisponibilidade do recurso (artigo 576 do Código de Processo Penal).

Dessa forma, em um crime de ação penal pública, o delegado é obrigado a instaurar inquérito e o promotor é obrigado a promover a ação penal quando houver prova do crime e indícios da autoria, não podendo o Ministério Público desistir do recurso após ele ter sido interposto. Entretanto, tal princípio sofre atenuações. É o que ocorre com as infrações de menor potencial ofensivo, previstas em lei, em que é permitida a transação penal nos Juizados Especiais Criminais, ou com a suspensão condicional do processo, ambas previstas na lei 9. 099 de 26 de setembro de 1995. Nesses casos, pode-se entender que vigora o princípio da oportunidade regrada. Há ainda outra limitação ao princípio da indisponibilidade, pois nos crimes de ação penal pública condicionada o órgão do Ministério Público somente pode agir se houver representação da vítima (ou de seu representante legal) ou requisição do Ministro da Justiça, conforme o caso.

Por outro lado, nos crimes de ação penal privada vigora o princípio da disponibilidade (ou da oportunidade), em que o *ius accusationis* fica conferido ao ofendido ou a quem legalmente o represente. Nesses casos, o querelante pode dispor da ação penal, renunciando ao direito de queixa, perdendo o ofendido ou deixando ocorrer decadência ou preempção.

### **· PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ**

Consiste no fato de que o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas avalia-os segundo critérios críticos e racionais. A respeito, Karl Engisch<sup>32</sup> afirma:

*“o juiz, no Estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador. (...) O juiz apenas concretiza, de caso para caso, as soluções gerais dadas aos conflitos pela lei, ao verificar, por confronto, que o conflito concreto se configura da mesma forma que o conflito ‘intuído’ pelo legislador ao criar a norma. Também no preenchimento de lacunas se deve respeitar o mais possível a vontade do legislador”.*

É bem verdade, como ressalta Robert Alexy<sup>33</sup>, que o julgamento não é desprovido de valor. Mas, em sua argumentação, o juiz deverá justificar sua escolha.

#### **· PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**

Surge em decorrência do próprio princípio da persuasão racional do juiz. De fato, os atos judiciais devem ser fundamentados, não podendo o magistrado desprezar as regras legais porventura existentes. Nesse sentido, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal afirma que todas as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade. Igualmente, o inciso III do artigo 381 do Código de Processo Penal contém a exigência de que a sentença deve conter a indicação dos motivos que fundaram a decisão.

#### **· PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ARTIGO 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Indica que as partes merecem tratamento igualitário, com as mesmas oportunidades para fazer valer suas razões, sendo tratadas igualmente na medida de suas igualdades e desigualmente na proporção de suas desigualdades. Por força desse princípio, a ordem jurídica pretende firmar a impossibilidade de diferenciações fortuitas ou injustificadas. Conforme anota Celso Antonio Bandeira de Melo<sup>34</sup>, entende-se que ele não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com tal isonomia. Acrescente-se que o tratamento igualitário não deve ocorrer apenas na legislação, mas também no tratamento das partes durante o processo.

#### **· PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Consiste na possibilidade de revisão, por meio de recursos, das causas julgadas pelo juiz de primeiro grau. É a oportunidade de um reexame da decisão judicial com a qual a parte não se conformou. Esse princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresse. Contudo, a própria Constituição incumbe-se de atribuir com-

---

<sup>32</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 370.

<sup>33</sup> *Teoria da Argumentação jurídica*, p. 20.

<sup>34</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 9.

petência recursal a diversos órgãos da jurisdição. Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - *Pacto de San José da Costa Rica*, em seu artigo 8 "h", garante a toda pessoa "o direito de recorrer para juiz ou tribunal superior". Enfim, as decisões judiciais estão sujeitas à revisão.

#### **IV) O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Conforme afirma Antonio Scarance Fernandes<sup>35</sup>, "do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre normas processuais de índole constitucional".

Isto porque "tende por quase toda parte a ver-se na constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora daquele direito".<sup>36</sup>

Fauzi Hassan Chokr<sup>37</sup> afirma que a Constituição de 1988 "tratou a persecução penal com zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou" e buscou "dar ao processo penal uma roupagem democrática".

Na Constituição Federal de 1988, diversas são as previsões vinculativas para a legislação processual penal infraconstitucional. Podemos citar, entre outras, as seguintes:

- a) investigação criminal (responsabilidade da polícia judiciária, sob a supervisão do Ministério Público);
- b) prisão e liberdade (disposições sobre a prisão e liberdade provisória);
- c) ação penal (iniciativa, exclusiva, da ação penal pública pelo Ministério Público; ação penal privada subsidiária; princípios reitores da ação penal pública e privada);
- d) proteção à intimidade e ao sigilo (interceptação telefônica só com ordem judicial, nos termos da lei, restrições ao princípio da publicidade);
- e) garantias do acusado e do suspeito (direito à prova, presunção de inocência, direito ao silêncio, *ne bis in idem*, direito à informação no processo e na prisão, juiz natural, etc.).

Enfim, temos que estudar o direito processual penal sempre à luz da Constitui-

---

<sup>35</sup> *Processo Penal Constitucional*, p. 16.

<sup>36</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 75.

<sup>37</sup> *Processo Penal à luz da Constituição*, p. 63.

ção.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ASSIEU-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito de Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Os Direitos levados a Sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Tradução Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JEANNEAU, Bernoit. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gilbekian, 1997.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal* – t. I. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Jurídicas Europa, 1951.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Processo Penal e a imprensa no Estado Democrático de Direito*. Leme: Russel, no prelo.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Temas Relevantes do Direito – Vol. 2*. São Paulo: Lúmem, 2002.

ROTHENBOURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Temático de Direito Processual Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SUANES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. (4 volumes)

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

## **O REGIME CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL \***

Jonathas Augusto Busanelli \*\*

*\*Breve sinopse da monografia apresentada e aprovada, em 31 de maio de 2005, como requisito essencial à conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, sob a orientação do Professor Dr. Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de Campos, e tendo como demais membros da Banca os Professores Doutores Alexandre Barros Castro e Olavo França.*

Temos por escopo demonstrar, de forma singela, dada a amplitude do tema, a correta forma de interpretação deste instituto, sempre à luz de nosso Texto Maior, principalmente diante das garantias fundamentais nele consignadas.

Com efeito, dividimos este trabalho em dois tópicos: o primeiro, em que de forma sucinta procuraremos destacar os principais pontos acerca da correta exegese das Medidas Provisórias, e o segundo, em que buscamos demonstrar os principais responsáveis pela má interpretação e aplicação dos dispositivos que se referem às Medidas Provisórias.

### **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CORRETA EXEGESE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

As Medidas Provisórias têm sua origem remota em um instituto muito semelhante, os extintos decretos-lei. Estes tiveram sua primeira aparição na Constituição Federal de 1937 e, nos moldes nos quais foram estabelecidos, apenas serviram ao regime fascista e autoritário da época.

Todavia, as Medidas Provisórias, nos moldes em que as conhecemos hoje, foram inspiradas nos *provvedimenti provvisori com forza di legge*, dispostos no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947.

Podemos definir o instituto em tela, em que pese a algumas posições contrárias, como lei sob condição resolutiva, de caráter discricionário e cunho cautelar e excepcional, destinado a servir como rápida resposta legiferante a situações fáticas urgentes e relevantes.

Com efeito, temos que a pedra angular que determina a possibilidade de edição das Medidas Provisórias consiste na necessidade da comunhão de seus pressupostos materiais, quais sejam, relevância e urgência, que devem ser interpretados de maneira restrita a fim de sua correta exegese.

Desta feita, a urgência a que o dispositivo constitucional faz menção é aquela

---

\*\* Estagiário inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo; atualmente cursa o 5º ano da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

em que não apenas existe a necessidade de rápida resposta legiferante, mas também o temor dos graves prejuízos que qualquer retardamento pode causar à ordem nacional. Ainda, a referida urgência deve ser tamanha a ponto de não haver nenhum outro remédio constitucional cabível, como o projeto de lei com pedido de urgência, ou como a lei delegada.

Igualmente, frisamos que a relevância necessária deve ser cabal, fruto de uma situação anômala, já que toda questão de interesse público merecedora de resposta legiferante, seja de forma rápida ou não, é relevante.

Tendo isto por base, passemos agora, de forma sucinta, a destacar os principais pontos sobre o atual regime constitucional das Medidas Provisórias, por meio da interpretação direta de seus dispositivos, um a um.

Parece-nos que a emenda constitucional 32/2001, a mais recente a tratar da matéria, procurou regular e conter algumas atrocidades jurídicas que vinham ocorrendo em nosso país, onde a todo momento nós, cidadãos, éramos vítimas de atos abusivos que visavam única e exclusivamente a usurpação do poder.

Entretanto, há que se questionar: foi este objetivo alcançado?

Em nossa modesta opinião temos que não, pois muito embora a referida emenda tenha trazido alguns avanços, trouxe também vários retrocessos.

Dentre os pontos positivos trazidos, ressaltamos, primeiramente, o mais importante, qual seja o § 1º acrescido ao artigo 62 de nossa Constituição Federal.

Este parágrafo é de salutar importância e uma conquista para todos nós, uma vez que ficaram expressamente consignadas as matérias nas quais não se pode editar Medida Provisória.

Entre as matérias ali vedadas, destacamos as dispostas nos incisos I, II e III. As duas primeiras referem-se aos constantes abusos que vínhamos presenciando em relação ao ali disposto e, no que se refere ao último, diante da vitória de grande parte da doutrina que sempre entendeu defesa à edição de Medida Provisória matéria reservada a lei complementar.

Todavia, há que se mencionar que muito embora tenha havido o avanço acima esposado, o legislador poderia ter ido mais longe e vedado, de maneira expressa, a edição do instituto também sobre emendas constitucionais, matérias que não podem ser regulamentadas por leis delegadas, matérias de competência exclusiva de nossas Casas Legislativas, bem como as referentes às garantias individuais.

Ressalta-se que mesmo não tendo o legislador disposto de forma expressa a vedação em relação às matérias acima, por força da exegese do texto constitucional, entendemos serem estes limites implícitos à edição de Medidas Provisórias, senão vejamos.

No que se refere às Emendas, é evidente que não se pode trazer qualquer alteração à Constituição Federal por meio de Medidas Provisórias, já que toda matéria constitucional deve ser discutida de forma ampla e estar eivada de perenidade.

Em relação às matérias que não podem ser regulamentadas por leis delega-

das, temos que, em sendo estas meios excepcionais menos gravosos que as Medidas Provisórias, por óbvio as limitações àquelas também abrangem estas.

No que tange às matérias de competência exclusiva de nossas Casas Legislativas, ora, apenas pelo fato de nossa Constituição Federal afirmar a existência de matérias adstritas a estas Casas, revela-se que as mesmas não podem nem devem sofrer qualquer incidência de outro Poder ou Órgão, a fim da proteção de suas autonomias.

Outro ponto positivo foi o aumento do prazo para apreciação das Medidas Provisórias, constante do § 3º do artigo 62 da Carta Maior, já que a experiência nos mostrou que o antigo prazo de trinta dias era deveras exíguo para a deliberação de nossas Casas.

O último ponto positivo, ao nosso olhar, é em relação ao § 10º do artigo em tela, que trata da possibilidade de reedição das Medidas Provisórias. Neste dispositivo ficou vedada a reedição de Medida Provisória na mesma sessão legislativa, quer tenha sua rejeição ocorrido tacitamente ou, ainda, expressamente.

Embora a referida vedação não seja absoluta, uma vez que por "sessão legislativa" entende-se ano legislativo, ou seja, o período de trabalho de nossas Casas Legislativas em cada ano, afóra o período de recesso, há que se reconhecer o enorme avanço trazido por este dispositivo.

Em relação aos pontos negativos, podemos iniciar citando os parágrafos 4º, 5º, 7º, 8º e 9º que, em contraposição ao avanço trazido pelo § 3º, determinaram: a possibilidade de prorrogação, por igual período (diga-se sessenta dias), do prazo de apreciação de nossas casas, caso a votação não seja ultimada a tempo; a suspensão do referido prazo durante o período de recesso parlamentar; e as deliberações, que antes se faziam por ambas as Casas em conjunto, e agora se fazem separadamente.

Todos os dispositivos acima trouxeram problemas de ordem temporal, uma vez que tornaram moroso o processo de apreciação de Medidas Provisórias, ante à possibilidade de suspensão, e também do tempo despendido entre idas e vindas às nossas Casas Legislativas, que passaram a deliberar em separado.

Constitui também uma péssima inovação trazida pela EC 32/2001 o § 2º do artigo 62 do Texto Máximo, que disciplinou sobre a possibilidade de edição de Medidas Provisórias no que tange a matéria tributária, notadamente em relação a instituição e majoração de impostos.

O legislador, ao definir a referida questão tormentosa em nossa doutrina, criou dispositivo de enorme incongruência, já que admitiu a edição de Medidas em relação a matéria tributária, desde que respeitado o princípio da anterioridade. Vale dizer, mesmo sendo necessário urgência, definida no *caput* do mesmo artigo como pressuposto para a edição de Medidas Provisórias, no âmbito tributário estas devem respeitar o princípio da anterioridade, o que de toda sorte é um absurdo!

Outro ponto negativo foi o § 6º acrescido, uma vez que trouxe uma contradição em relação aos demais parágrafos do artigo 62, já que enquanto estes conferiam

um aumento de prazo de apreciação, buscando melhor reflexão de nossos parlamentares, aquele ultimou o prazo de quarenta e cinco dias a partir da publicação da Medida para a deliberação do Congresso Nacional a respeito, sob pena do “trancamento de pauta” de ambas as Casas. Nesta hipótese, o Senado Federal é o maior prejudicado, pois durante todo o período de quarenta e cinco dias a Medida Provisória apenas tramitará na Câmara dos Deputados, chegando ao Senado para deliberação já em regime de urgência.

Os parágrafos 11 e 12 também consistem em pontos negativos trazidos pela emenda em questão.

No primeiro deles está uma nefasta novidade, onde o legislador consignou que, mesmo havendo a rejeição do Congresso Nacional, seja tácita ou expressamente, não editado o decreto legislativo regulador das relações jurídicas ocorridas por força da Medida editada, os efeitos desta continuam a vigor. Isto significa que o legislador atribuiu verdadeiro efeito *ex nunc* às Medidas Provisórias, em contraposição ao próprio parágrafo 3º do mesmo artigo.

Já no segundo, ou seja, no § 12 do artigo 62, o legislador estipulou que aprovado o projeto de lei de conversão da Medida Provisória, esta manter-se-á em vigor com sua redação original até que o mesmo seja sancionado ou vetado pelo Presidente da República. Vale dizer, mesmo que o Congresso vete dispositivos inconstitucionais de alguma Medida Provisória, emendando-a, os referidos dispositivos permanecem em vigor até que o Presidente se manifeste, o que redundará em absoluto abuso de poder.

O último ponto negativo a ser ressaltado consiste na lacuna deixada pelo legislador, em tormentosa celeuma doutrinária, que é a possibilidade ou não dos Estados, Municípios e Distrito Federal editarem Medidas Provisórias.

Nesse aspecto, entendemos ser possível a edição de Medidas Provisórias pelos demais entes federativos, mediante a interpretação sistemática de nossa Constituição Federal, que estabelece como pedra angular e basilar de nosso sistema a união federativa dos Estados membros.

A forma federativa indica autonomia, ou seja, capacidade de se auto-organizar que, dada a sua relevância, foi, topologicamente, colocada no *caput* do artigo 1º, acima de todos os outros princípios constitucionais.

Ainda, cumpre frisar que o § 2º, do artigo 25, dado pela emenda nº 05/1995, estabelece aos Estados a competência para a exploração de gás canalizado, vedando apenas a sua regulamentação por Medida Provisória. Daí, conclui-se que, se na matéria específica fica vedada a edição de Medidas Provisórias pelos Estados, nas demais é permitida.

Feita esta singela análise, devemos agora identificar os responsáveis pela má interpretação constitucional no que se refere a Medida Provisória, cujos resultados são o manifesto abuso e a usurpação de poder que todos nós brasileiros presenciemos em nosso cotidiano.

## **RESPONSÁVEIS PELOS ABUSOS COMETIDOS EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

O primeiro responsável pelos abusos cometidos é, indubitavelmente, o Presidente da República, autor direto das Medidas Provisórias.

O abuso por este praticado, ou melhor, estes, haja vista que todos aqueles que ocuparam o mais alto cargo Executivo de nosso país abusaram, uns mais outros menos, de suas prerrogativas, editando Medidas Provisórias aos montes, mormente ausentes de real interesse público, bem como de pressupostos de urgência e relevância, é de clareza solar.

Para confirmar a assertiva acima, basta frisarmos que até a edição da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, foram editadas 616 (seiscentas e dezesseis) Medidas Provisórias originais, acompanhadas de 5.513 (cinco mil, quinhentas e treze) reedições, resultando em total de 6.102 (seis mil cento e duas) Medidas Provisórias.

Os dados acima nos levam ao segundo principal responsável pela subversão da ordem constitucional, o Congresso Nacional.

É este responsável direto pelos abusos cometidos, à medida que não cumpriu seu papel, qual seja o de real fiscalizador e assegurador da ordem constitucional, notadamente no que se refere às Medidas Provisórias, já que o Texto Maior atribuiu-lhe o controle direto da constitucionalidade de suas referidas espécies normativas, sendo o segundo juízo de sua necessidade e aplicabilidade.

Para melhor ilustrar o entendimento acima, basta ressaltar que das 6.102 (seis mil cento e duas) Medidas Provisórias, o Congresso Nacional apenas rejeitou 22 (vinte e duas), correspondentes a 0,36% do total, um verdadeiro absurdo!

Ainda, como se não bastassem esses dados, temos que em igual período, ou seja, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a data de 11 de setembro de 2001, nossos parlamentares apenas produziram cerca de 2.603 (duas mil seiscentas e três) leis ordinárias (sendo ainda grande parte destas totalmente inúteis).

Portanto, diante do disparate esposado, resta evidente que nossas Casas Legislativas apenas serviram de chanceladoras e legitimadoras dos abusos praticados por Sua Excelência o Presidente da República.

Já o terceiro responsável é o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, responsável direto pelo controle judicial da constitucionalidade das mais variadas espécies normativas.

Este mostra-se responsável à medida que não cumpre seu papel, tendo agido sempre com acanhamento ao defender a ordem constitucional dos abusos praticados pelo chefe do Executivo por meio de Medidas Provisórias.

Nosso Supremo Tribunal parece sucumbir às aspirações políticas de nossos governantes, utilizando-se, sempre que provocado, de interpretações equivocadas de nosso sistema constitucional, nos dando a impressão de que nosso mais alto

grau do Poder Judiciário é, na verdade, uma facção do Poder Executivo, quiçá verdadeiro arcabouço de manobras políticas.

As questões relativas às Medidas Provisórias são ótimo exemplo desta afirmativa, já que, sempre que levantadas questões sobre a inconstitucionalidade de tais Medidas, o Supremo Tribunal, ao servir de sua análise, procedeu a uma interpretação deturpada de nosso Texto Maior, sempre primando pela literalidade do artigo 62.

Entretanto, como extensivamente por nós defendido, toda e qualquer questão constitucional nos remete a uma interpretação sistêmica de nosso ordenamento e, em especial, da própria Constituição Federal.

Sendo assim, é da melhor hermenêutica a análise fática em que o País se encontra, bem como a política que tem se desenvolvido, a fim de melhor assegurar a ordem constitucional e a integridade de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, em uma era como a que vivemos, com notórios abusos de nossos governantes, o Supremo Tribunal Federal deve ser rígido na análise de constitucionalidade das Medidas Provisórias, primando, outrossim, pela sistêmica exegese do Texto Maior.

A última responsável pela atual situação em que vivemos é, sem sombra de dúvida, toda a sociedade civil.

Esta é responsável à medida que não se vale de seus direitos, mormente nem os conhece.

Na verdade, temos que não há utilidade alguma em possuímos uma Constituição Federal assecuratória de direitos e outorgante de garantias fundamentais, se o próprio povo a que ela se destina a desconhece ou dela não faz uso.

E é exatamente isto que ocorre em nosso País, uma vez que nosso Texto Maior é algo totalmente distante da maioria, sendo um verdadeiro pedaço de papel, apenas lembrado, na maioria das vezes, em discursos políticos em épocas eleitorais.

Por conseguinte, os leigos, que mal sabem da utilidade da Constituição Federal, não têm idéia do significado de Medidas Provisórias e até onde estas os afetam.

Este é ponto chave de todo sistema democrático de direito, qual seja, o conhecimento e a luta pela defesa dos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal.

Neste diapasão, temos que nos conscientizar de que, sob a sistemática constitucional estabelecida em nosso Texto Maior, os direitos fundamentais se apresentam como ponto chave, vinculando, outrossim, todos aqueles que exercem os Poderes à sua observância.

Desta feita, todas as autoridades que exercitam o **poder** que lhes foi conferido na verdade se mostram vinculadas a cumprir uma **função** que lhes foi imposta, qual seja, a de praticar e promover os direitos fundamentais a todo custo!

Assim, cabe principalmente a nós, membros de toda a Comunidade Jurídica, iniciar esta corrente, que vise provocar em todo cidadão o verdadeiro “sentimento

constitucional”.

Notem, quantos cidadãos que conhecemos já tiveram contato com a Constituição Federal, ou, ainda, apenas com o artigo 5º deste Texto Maior?

Como poderemos reverter o quadro em que nos encontramos, se nem ao menos temos conhecimento de nossos próprios direitos?

No decorrer destas linhas defendemos, a todo momento, o respeito à ordem constitucional por meio de uma interpretação sistêmica de seus dispositivos, sempre à luz da preservação de sua pedra angular, qual seja, os direitos fundamentais.

E o fizemos, não por almejarmos a comoção diante do que talvez possa parecer um utópico discurso político, mas sim para despertar em alguns o espírito público e democrático, o verdadeiro “sentimento constitucional”. Espíritos estes que, de tão mencionados por aqueles que detêm o poder em nosso país, chegam a nos causar receio. Receio diante das inúmeras arbitrariedades e atitudes repugnantes praticadas pelos governantes, com as quais nos deparamos diariamente.

Todavia, não há outra forma de mudarmos este país a não ser pelo conhecimento e domínio de nossos direitos fundamentais e das formas pelas quais os mesmos possam ser garantidos.

Temos, todos nós, inclusive magistrados que, salvo raras exceções, se colocam em um pedestal que parece impedi-los de tomar iniciativas de ordem social, que nos organizar e procurar difundir esse “sentimento constitucional”, pois esta é a única e verdadeira forma de conquista democrática.

Oxalá novos ventos nos tragam o verdadeiro espírito de comoção social e, assim, nos imponham o dever de agir em defesa de nossos direitos e, acima de tudo, do Estado Democrático de Direito.



## **A LIBERDADE RELIGIOSA E A SUA AMPLITUDE NA CATEGORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel<sup>1</sup>

### **INTRODUÇÃO**

Cumpre, inicialmente, antes de adentrarmos mais profundamente na análise da liberdade religiosa e dos direitos da personalidade, traçarmos breves considerações a respeito da concepção filosófica da liberdade.

No período aristotélico, se dizia que a liberdade é o poder de autodeterminação. Mais tarde, KANT utiliza a expressão *autonomia da vontade*, se referindo à liberdade como o poder de estabelecer leis e de agir de acordo com elas.<sup>1</sup>

Inspirada na concepção tomista, a liberdade está atrelada ao conceito de pessoa. Nas lições de WALTER MORAES, os bens que em Direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*.<sup>2</sup>

Assim sendo, pessoa é um ser com características intrínsecas precisas: inteligente e livre, ou seja, dono do seu próprio ser.<sup>3</sup> Podemos dizer, por conseguinte, que o homem, por natureza, é um ser livre e racional. A liberdade e a consciência são atributos fundamentais da pessoa humana, através dos quais o homem se torna capaz de escolher suas atividades e avaliar as conseqüências de seus atos.

Na definição de JACY DE SOUZA MENDONÇA, a liberdade é capacidade, força, energia para poder eger, dentre a multiplicidade dos bens disponíveis, aquele que, segundo a visão, certa ou errada, se ajusta à fome de ser que está no ato volitivo.<sup>4</sup>

Sob a perspectiva axiológica, vemos que o homem possui a capacidade de apreciar os valores, sejam eles econômicos, éticos, utilitários ou religiosos e, partindo deles, autodeterminar-se. Sendo assim, a liberdade é um atributo da natureza humana e através dela se torna possível a opção por outros valores.

Mais especificamente, no que concerne à liberdade de religião, vislumbramos que a autodeterminação do homem se concretiza através do poder de professar, exprimir, praticar ou alterar as suas convicções religiosas, com salvaguarda de sua intimidade, poder este atrelado à proibição de qualquer forma de discriminação exercida por terceiros.

---

\* Advogada, mestranda em Direito Civil na PUC/SP, professora assistente de Direito Civil na PUC/SP, professora de Direito Civil do UniAnchieta e de Direito Civil e Processo Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário Capital.

1 Apud Gláucia Correa Retamoza Barcelos Alves, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

2 Walter Moraes, *Concepção Tomista de Pessoa*. *Revista dos Tribunais*, v. 590, p. 14 a 23, dezembro de 1994.

3 Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9 ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1981, p. 116.

4 Jacy Mendonça, *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 64.

Destaca-se, ainda, que a liberdade de religião é um dos direitos da personalidade e um direito fundamental do ser humano, previsto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, consistindo não apenas na *liberdade de crença* (liberdade da escolha ou mudança de religião e liberdade de não crer em nada), mas também na *liberdade de culto e de organização religiosa*, o que se buscará demonstrar no decorrer do presente trabalho.

### **1. DIREITO DA PERSONALIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL E LIBERDADE PÚBLICA**

O direito à liberdade de culto e de organização religiosa pode ser classificado como um desdobramento, ou uma das vertentes, do direito à liberdade religiosa, sendo esta última, segundo a clássica divisão de LIMONGI FRANÇA<sup>5</sup>, um dos direitos da personalidade integrantes do grupo dos direitos à integridade moral.

Historicamente, a sistematização dos direitos da personalidade foi feita pelos juristas alemães da segunda metade do século XX, baseados na Jurisprudência alemã do pós-guerra. Verificou-se, na Alemanha, que o Código Civil Alemão (BGB) não se mostrava suficiente para a proteção dos direitos da personalidade diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Em seguida, com lastro na Constituição, foi sistematizado e construído o chamado Direito Geral da Personalidade.<sup>6</sup>

No Brasil, os direitos da personalidade adquirem relevância constitucional por serem considerados espécies dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, previstos no artigo 5º da nossa Carta Magna, os quais, por sua vez, se encontram alicerçados no princípio maior que fundamenta a própria existência do Estado Democrático, que é o do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Na órbita civil, a grande e recente inovação foi a previsão expressa, e em capítulo próprio, dos direitos da personalidade, no Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21). Apesar da timidez do legislador, que se limitou a tratar apenas de algumas espécies de direitos da personalidade, em poucos artigos, a nova legislação mostrou um avanço em relação à anterior, que em nenhum momento se referia ao tema.

Nessa linha, os direitos da personalidade são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.<sup>7</sup>

Nos ensinamentos de LIMONGI FRANÇA, os direitos da personalidade são facul-

---

5 Limongi França, *Manual de Direito Civil*, vol. I, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 400.

6 Karl Larenz, *Derecho Civil – Parte Geral*. Ed. Reunidas. Madrid, 1978, p. 162.

7 Carlos Alberto Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, 5. ed. atualizada por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 01.

dades jurídicas cujo objeto apresenta diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as respectivas emanações e prolongamentos, isto é, sua projeção essencial no mundo exterior, que também deve ser alcançada pela proteção jurídica e legal.<sup>8</sup>

A personalidade adquirida pela pessoa natural e jurídica a partir da sua existência traz consigo direitos inatos e intrínsecos, os quais são protegidos e reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico atual.

Não obstante a caracterização como um dos direitos inatos da personalidade natural, de todo o rigor observar, ainda, o caráter de *direito fundamental* das liberdades de culto e de organização religiosa, sendo certo que o vocábulo *direito* deve ser compreendido em sua acepção ampla, qual seja, tanto para conferir ao cidadão interesses jurídicos de cunho social, político ou difuso, os quais são protegidos pela Constituição, quanto para indicar a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o próprio Estado, conforme melhor será explicitado a seguir.

De outro lado, o termo *fundamental* destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.<sup>9</sup>

Neste particular, é certo afirmar que os direitos da personalidade, enquanto direitos e garantias fundamentais, adquirem um *caráter publicista*, à medida que assumem a conotação de *liberdades públicas*, que, em outras palavras, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado<sup>10</sup>.

Podemos dizer que as *liberdades públicas*, uma vez reconhecidas pelo ordenamento jurídico, conferem ao cidadão a faculdade de usar e gozar de seu direito, oponível *erga omnes*, além de criar para o Estado a obrigação de restaurar coercitivamente tais direitos em caso de violação ou abuso, mesmo que o ato ilegal ou abusivo tenha sido cometido por um de seus órgãos ou agentes.

Em suma, o Estado assume, em um primeiro plano, uma função omissiva no sentido de não interferir na esfera particular, seja através de atos administrativos, seja através de leis restritivas de direitos. Em sentido oposto, pode atuar de maneira positiva, quando uma vez violada a esfera individual, alternativa não há ao cidadão, senão a de recorrer ao Poder estatal, para restabelecer a sua integridade moral.<sup>11</sup>

---

8 Limongi França, *Manual de Direito Civil*. vol. I, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 403.

9 Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Jr., *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 78.

10 Seguem-se neste aspecto as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28): "*Em termos técnico-jurídicos essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos. E, eventualmente, a estes a eles assimilados. Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado.*"

11 Segundo a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 363), quando se fala de violação dos direitos fundamentais pelo legislador, pensa-se em atos positivos de legiferação, não se colocando o problema da lesão através de comportamento omissivo.

## **2. ABRANGÊNCIA E CONTEÚDO DA LIBERDADE RELIGIOSA: LIBERDADE DE CRENÇA, DE CULTO E DE ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA**

No que concerne à liberdade de religião, resta assegurada ao indivíduo a livre escolha de sua religião, não se exaurindo tal liberdade na crença, por serem corolários desta, a realização do culto e a possibilidade de organização religiosa.

Nessa linha, a liberdade de crença assume relevância quando manifestada ou exteriorizada nos cultos e organizações religiosas, uma vez que o pensamento, vale dizer, a consciência e a crença do indivíduo são, *a priori*, restritas ao íntimo e à alma do seu titular, não tendo qualquer possibilidade de vir a sofrer alguma limitação, nessa seara, quando não externadas.

Em outras palavras, pela natureza ilimitada e inviolável do pensamento humano, não há meios de controlá-lo, senão quando apresentado ao mundo exterior através das práticas religiosas, por isso a necessidade de proteção ao culto e às organizações religiosas, inclusive.

Não é demais ressaltar, mais uma vez, que religião não está restrita à sua dimensão espiritual, isto é, enquanto realidade insita à alma do indivíduo. A ela, em regra, está atrelada uma manifestação, que, por seu turno, demanda um aparato, um ritual, uma solenidade, que ultrapassa a simples manifestação da idéia religiosa.<sup>12</sup> Como nos ensina CRETELLA JR., “a consciência é a fé interiorizada e a religião ou culto é a fé exteriorizada”. Em outro trecho, continua dizendo: “Culto é o conjunto de práticas religiosas destinadas ao aperfeiçoamento dos sentidos humanos. A liberdade de culto diz respeito às manifestações ligadas à religião que se tem.”<sup>13</sup>

Dessa maneira, deverá o Estado resguardar e proteger não apenas a crença, a idéia de cunho religioso, tendo em vista seu caráter indevassável e pessoal, mas, primordialmente e substancialmente, o culto, a religião, o cerimonial, a prática da consciência e da crença, a formação de organizações religiosas e a manifestação do pensamento religioso em geral.

Protege-se, pois, a ação religiosa como um todo, em seus dois momentos essenciais. O primeiro de natureza meramente introspectiva, como formação do pensamento religioso, estruturação interna da crença e fé – ou mesmo a ausência delas - e o segundo, caracterizado pela manifestação dessa vontade, a sua exteriorização, através de cultos e demais ritos.

Com efeito, a liberdade de religião e em especial a liberdade de culto e de organização religiosa levam a uma série de reflexos no direito individual de liberdade e no direito institucional da Igreja e das comunidades religiosas, além de trazerem conseqüências nos âmbitos político, cultural e social.

Em relação aos reflexos no direito individual de liberdade, merecem destaque

---

12 Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 48.

13 José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 218.

as observações trazidas pelo ilustre constitucionalista português JORGE MIRANDA<sup>14</sup>:

“A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável. E ela implica: A liberdade de manifestar a religião, separadamente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pelos ritos; Ninguém pode ser perseguido, privado de um direito ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa; Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder; A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes à fé religiosa; Por fim, é garantido o direito à objeção de consciência nos termos da lei, e não se confinando a objeção ao serviço militar, pois pode abranger quaisquer adstrições coletivas que contendam com as crenças e convicções”.

No que tange ao plano institucional da Igreja e das comunidades religiosas, saliente-se que outros reflexos são trazidos pela liberdade de culto e de organização religiosa constitucionalmente assegurada, como brilhantemente nos ensina o aludido doutrinador:

“As Igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização; As Igrejas e outras comunidades religiosas são livres no exercício das suas funções e do culto; É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão; É garantida a utilização de meios de comunicação social próprios das confissões religiosas para o prosseguimento das suas atividades, o que envolve quer a imprensa escrita e a rádio, quer, em certos termos, a televisão; e os jornalistas que neles trabalhem não podem intervir na sua orientação ideológica.”

Destarte, a liberdade de culto é a liberdade que todos possuem de manifestar e externar sua religião, cultuar seus deuses, realizar rezas, procissões e ritos religiosos, inclusive através dos meios de comunicação, ressaltando-se, ainda, que tal liberdade pode ser exercida, em princípio, em qualquer lugar, inclusive nas ruas, praças e locais públicos em geral, não ficando circunscrita às igrejas, templos e locais reservados.

Podemos dizer, desta forma, que os locais de celebração, quais sejam, as igrejas, os edifícios, os terreiros, os templos, os locais públicos em que se realizam os cultos e reuniões religiosas, bem como os atos religiosos, como, por exemplo, o cerimonial, o rito, o gesto, a reza, o canto, a procissão, representam projeções concretas e materiais da convicção e da crença do homem, sendo indispensáveis a preservação e a garantia de tais locais e atividades para a intangibilidade e integridade moral do ser humano.

A liberdade de culto assume, portanto, um caráter de individualidade e liberdade de ser respeitado por todos, ao passo que se posicionará sob a feição de liberdade de organização quando vista em relação ao Estado.

---

14 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 355.

Desde o advento da República, quando se instaurou no Brasil a separação entre a igreja e o Estado, passamos a ser um Estado laico ou não-confessional, ou seja, existente independentemente da igreja ou das igrejas que vierem a nele se formar. Como consequência, o Estado passou a ser dotado de personalidade jurídica própria e distinta da igreja, sendo ambos pessoas jurídicas separadas e independentes.

Não havendo qualquer vinculação entre as organizações religiosas e o Estado, é dever deste se colocar em uma posição de neutralidade, não podendo discriminar as igrejas quer para beneficiá-las, quer para prejudicá-las ou para impedir seu funcionamento.

Não se pode olvidar, todavia, que apesar de cristalina a independência entre o Estado e a Religião, na ordem constitucional, o Estado não ignora a existência de uma entidade transcendente e superior – Deus –, tanto que se lê no preâmbulo da nossa atual Magna Carta: “...promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Vale observar, outrossim, que as pessoas de direito público, quais sejam, a União, os Estados e os Municípios, não poderão constituir igrejas ou cultos religiosos, bem como não poderão ter qualquer papel na sua estrutura administrativa, preservando, também desta forma, a liberdade de organização religiosa (art. 19, I, da Constituição Federal).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, além de ter preservado a liberdade de organização religiosa, assegurando o livre direito de formação de igrejas, centros e comunidades religiosas, não colocando barreiras e empecilhos à sua formação, ainda estimulou a criação de tais organizações, como se observa na imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto, que se encontra prevista no art. 150, VI, “b”.<sup>15</sup>

Como bem precisou CELSO RIBEIRO BASTOS, “o princípio fundamental é o da não-colocação de dificuldades e embaraços à criação de igrejas. Pelo contrário, há até um manifesto intuito constitucional de estimulá-las, o que é evidenciado pela imunidade tributária de que gozam.”<sup>16</sup>

Registre-se, por fim, que a imunidade acima referida abrange tão somente as atividades diretamente relacionadas ao exercício do direito de liberdade religiosa, não abrangendo práticas paralelas, tais como eventuais atividades comerciais ou industriais atreladas aos cultos, mas que ultrapassem a esfera religiosa.

Diante de tal raciocínio, não são sustentadas pela imunidade tributária, por exemplo, as rendas provenientes de alugueres de imóveis, da venda de objetos sacros, da exploração comercial de estacionamento, etc., por não serem atividades diretamente ligadas às funções dos cultos religiosos.<sup>17</sup>

---

15 Art. 150, VI, “b” da Constituição Federal de 1988: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ...VI – instituir impostos sobre: ... b) templos de qualquer culto”.

16 Celso Ribeiro Bastos, *op. cit.*, p. 50.

17 Roque Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 411.

### **3. OUTROS DIREITOS DA PERSONALIDADE CONEXOS À LIBERDADE DE RELIGIÃO**

Outro aspecto que se coloca é o de que a liberdade religiosa e a liberdade de culto se mostram em muitas situações conexas ou complementares a outros direitos da personalidade, como o direito de intimidade e de privacidade. Ou seja, a liberdade de convicção e de crença, bem como a realização ou participação de cultos, fazem parte da esfera de intimidade e privacidade da pessoa, devendo ser respeitadas no âmbito dos relacionamentos sociais, familiares e na esfera profissional.

Um outro direito conexo à liberdade de culto é o direito de reunião previsto no art. 5º, inciso XVI, da nossa Constituição Federal.<sup>18</sup>

O direito de reunião pode ser definido como o direito de ação coletiva que tem por finalidade a concretização de propósito comum aos partícipes e inerentes à sua razão de existir.<sup>19</sup>

Desta feita, poderão os indivíduos se reunir para a realização de cultos, em locais públicos ou privados, desde que observados os requisitos constitucionais impostos para o exercício de tal direito: participação de duas ou mais pessoas, caráter temporário, consciência e vontade dos participantes, objetivo próprio e imanente à razão de ser da reunião, finalidade lícita e de caráter pacífico, ausência de armas, comunicação à autoridade competente em caso de utilização dos espaços públicos.

### **4. O ENSINO RELIGIOSO E O DIREITO À ASSISTÊNCIA RELIGIOSA EM LOCAIS DE INTERNAÇÃO COLETIVA**

Nos estabelecimentos oficiais de ensino, o ensino religioso será ministrado sob a condição de serem garantidas as diretrizes da pluralidade de crença e religião e respeitada a vontade do aluno.

Em outras palavras, a escola pública proporcionará o ensino religioso, desde que não opte por uma das religiões, discriminando as demais, devendo, para tanto, mostrar ao aluno a diversidade de religiões, apresentando suas origens, ritos e convicções, sem direcionar ou influenciar o aluno para uma eventual escolha.

Nas palavras de JORGE MIRANDA, "O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, ou seja, o Estado não pode afetar o pluralismo filosófico, estético, político, ideológico ou religioso na educação e na cultura".<sup>20</sup>

Portanto, podemos concluir que o ensino público, em razão da liberdade religi-

---

18 Segundo o art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal de 1988: "XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente."

19 Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes, op.cit. p. 113.

20 Jorge Miranda, op. cit. p. 357.

osa apregoadada pelo texto constitucional, não pode ser confessional ou orientado para qualquer uma das religiões, o que não significa a impossibilidade de se falar sobre religião e sobre as características e crenças de cada uma delas.

Por absoluta identidade de razões, é defeso às escolas públicas tornar obrigatória a freqüência às aulas dessa natureza, ou seja, não lhes é permitido obrigar o aluno a participar do ensino religioso. Isto, pois o art. 210, parágrafo 1º, da Constituição Federal, estabelece a matrícula facultativa para essa cadeira, ainda que constitua disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.<sup>21</sup>

Nada impede, entretanto, que escolas particulares assumam ou adotem uma determinada religião, haja vista o caráter privado que apresentam, realizando projetos educativos de conformidade com o conteúdo e a prática daquela convicção religiosa ou crença.

Por seu turno, o art. 5º, inciso VII, da Constituição Federal assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, entendendo-se estas como as entidades pertencentes às Forças Armadas, as penitenciárias, as casas de detenção, as de internação de menores, manicômios particulares ou judiciários, centros de recuperação de viciados, asilos, dentre outras.<sup>22</sup>

De acordo com esta determinação, pessoas internadas ou presas em entidades civis e militares, além de serem livres para praticar o culto ou a liturgia e para manifestar a sua convicção religiosa, sem que isso venha a lhes causar qualquer prejuízo para as suas condições pessoais, terão também o direito de receber assistência religiosa.

Há de se ressaltar, porém, que não ficam estas entidades obrigadas a prestar, por conta própria, a assistência religiosa. O dever de tais entidades adquire feição negativa, a saber, não se pode impedir a prestação da assistência pelas organizações ou entidades religiosas, bem como não se deve interferir na realização dos cultos e liturgias, salvo se estes oferecerem dano ou risco de dano a outro direito prevalente, como, por exemplo, o direito à vida, ou, ainda, ofenderem a ordem pública e os bons costumes, como se analisará adiante.

## **5. ESCUSA DE CONSCIÊNCIA**

A escusa de consciência, também chamada de objeção de consciência, consiste no direito de não prestar o serviço militar obrigatório ou qualquer outra obrigação legal a todos imposta, por motivo de crença religiosa, filosófica ou política.

---

21 Lê-se no parágrafo 1º do art. 210 da CF/88: "O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental".

22 Dispõe o art. 5º, inciso VII da CF/88: "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva."

Em conformidade com os ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o direito individual de escusa de consciência deriva da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica.<sup>23</sup>

É sabido que algumas crenças ou religiões não admitem a prestação do serviço militar obrigatório. Desta forma, o jovem que, por convicção religiosa, se recusasse à prestação do serviço militar obrigatório, deveria perder seus direitos políticos, como sanção decorrente do não cumprimento de seus deveres com a pátria?<sup>24</sup> Admite-se, para tanto, o direito de escusa de consciência, através do qual não poderá ser aplicada qualquer sanção ao jovem que se recusa à prestação do serviço militar obrigatório, desde que se cumpra uma prestação social alternativa, prevista em lei para substituir a obrigação recusada.<sup>25</sup>

Diante de tais premissas, somente a recusa em realizar a obrigação legal a todos imposta e em cumprir a prestação social alternativa importa na aplicação das penalidades legais cabíveis.

## **6. LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA**

Por tudo o que se mostrou, resta evidente a proteção jurídica legal e constitucional do direito de liberdade religiosa, restando assegurado, outrossim, o livre exercício dos cultos religiosos e a livre formação de organizações religiosas.

A proteção também possuiu reflexos na ordem penal, conforme se observa no artigo 208 do Código Penal, previsto em capítulo específico para os crimes contra o sentimento religioso: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente violência.”

Porém, não há no ordenamento jurídico qualquer limitação expressa ao exercício de tais direitos, assim como o fazia a nossa Constituição anterior, ao mencionar que tal exercício pressupõe o respeito à ordem pública e aos bons costumes.<sup>26</sup>

A despeito de não haver limitação constitucional expressa, não podemos entender que se trata de um direito absoluto ou ilimitado, principalmente quando se apresentar em contraposição a outro direito da personalidade ou garantia fundamental de maior relevância, ou desrespeitar preceitos de ordem pública e os bons costumes.

---

23 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 236.

24 Conforme artigos 5º, inciso VIII e 15, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

25 A prestação social alternativa ao serviço militar obrigatório está prevista no artigo 143 da CF/88 e foi regulamentada pela Lei n. 8.239/91.

26 A nossa Constituição de 1967 assim estabelecia em seu art. 150, parágrafo 5º: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”.

Em caso de sobreposição de direitos da personalidade ou de direitos fundamentais, o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção do outro, sem que tal conduta seja reconhecida como abusiva ou ilícita pelo ordenamento jurídico.

É o que ocorre com as pessoas que, por motivo de convicção religiosa, se recusam a receber transfusão de sangue, quando esta é a única alternativa para o tratamento de saúde e preservação da vida.

Nesta situação, como limitação ao direito à liberdade religiosa, devemos aplicar o princípio do primado do direito mais relevante, o qual, indubitavelmente, é o direito à vida.

CARLOS ALBERTO BITTAR esclarece que não se permite a interrupção da vida, seja de pessoa adulta, de recém-nascido ou de nascituro. Não se aceita também o ceifamento da própria vida, tanto que se pune a ação de induzimento realizada por terceiros.<sup>27</sup>

Neste particular, o médico que, mesmo sem o consenso do paciente ou de seus familiares, realiza a transfusão de sangue, em casos em que esta é a única forma de salvar a vida, não comete ato ilícito, ainda se considerarmos a ocorrência de uma limitação ou interferência no direito de crença religiosa.

A propósito, sobre o assunto, merecem destaque as lições da professora MARIA HELENA DINIZ: “Deveras, como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser a escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida”.<sup>28</sup>

Portanto, havendo situações nas quais os ensinamentos ou convicções de uma religião ou seita religiosa impliquem o sacrifício desnecessário de vidas humanas, tais convicções estão, sem dúvida, em posição de subserviência aos preceitos e princípios de ordem pública e constitucional e assim, pois, não podem prevalecer. Neste contexto, o Estado assume uma posição intervencionista em face da atuação particular, limitando a liberdade no intuito de preservar bem jurídico de maior relevância.

Outra não é a conclusão, no que concerne ao exercício da liberdade de culto, vez que este não poderá ferir outros preceitos de ordem pública, tais como a paz pública, o direito ao sossego, ao silêncio e à tranqüilidade.

Sabe-se, ainda, que a liberdade de culto, quando conexa ao direito de reunião, deve respeitar alguns pressupostos constitucionais para o seu exercício, conforme anteriormente descrito, dentre eles a finalidade lícita, o caráter pacífico, a ausência de armas e a comunicação da autoridade competente em caso de utilização de espaços públicos.

---

27 Carlos Alberto Bittar, op cit. p. 68.

28 Maria Helena Diniz, *O Estado atual do Biodireito*, 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222.

Ademais, não podemos admitir a realização de cultos em que ocorre o sacrifício de animais, diante da violação das normas atinentes à preservação do meio ambiente, sendo o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado um dos direitos da personalidade integrantes do direito à vida.

### **CONCLUSÃO**

Em suma, tendo em vista ser o exercício da religião um direito inerente à personalidade humana, pouco importa a fé - crença - propagada e, como consequência, a espécie de culto adotado, o local no qual é praticado, ou as liturgias, isto é, as regras, especiais ou particulares, inerentes a cada tipo de rito, porque, uma vez respeitadas a ordem pública e os bons costumes, a proteção é um direito assegurado na seara constitucional e infraconstitucional.

Em contrapartida, em havendo violação dos bons costumes ou dos preceitos de ordem pública, neles incluindo os direitos fundamentais ou os direitos da personalidade de maior relevância, nada obsta que seja limitado o exercício da crença religiosa, a realização do culto, ou até mesmo que seja impedida a formação de organizações religiosas, haja vista que é de observância obrigatória em nosso sistema jurídico o princípio da convivência e restrições das liberdades públicas e, assim considerado, o direito à crença, ainda que inerente ao homem, não pode ser considerado absoluto.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*. 5. ed. atualizada por Eduardo Carlos e Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol. 1, 18. ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Estado atual do Biodireito*. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Liberdades Públicas*. Parte geral por Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cláudia da Cunha Ferraz. São Paulo: Saraiva, 1978.

HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9. ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1981.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte Geral*. Madrid: Ed. Reunidas, 1978.

MENDONÇA, Jacy. *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Walter. Conceção Tomista de Pessoa. *Revista dos Tribunais*, v. 590, p. 14 a 23, dezembro de 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

## **TOLERÂNCIA E DIREITOS HUMANOS**

*João Carlos José Martinelli\**

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. Esse desenvolvimento progressivo, culminando na sua proteção pelo Direito Internacional, é produto de lutas de milhares de pessoas, de povos valentes e, às vezes, de nações inteiras. Graças a tais esforços, é possível agora constatar a existência, também nas constituições de vários países, da declaração de direitos humanos e dos instrumentos para garanti-los ou protegê-los.

Segundo concepção doutrinária, os direitos humanos se dividem em três gerações<sup>1</sup>: “A primeira, a geração dos direitos civis e políticos, correspondentes às liberdades individuais, tais como a liberdade de manifestação do pensamento, a de crença, a de religião, a de reunião, a de locomoção e a 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, e 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 mediada 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, composto pelos recursos naturais do planeta e pelo acervo de conhecimentos científicos, artísticos e tecnológicos”.

As três gerações de direitos – civis e políticos, econômicos e sociais, e dos povos – não se incompatibilizam entre si, são categorias que não se excluem. A união das mesmas, sobretudo das duas últimas, não pode ser separada do esforço pela implementação de uma nova ordem internacional, que torne viáveis os direitos desde o ponto de vista da justiça econômica e que os ponha efetivamente em vigência. É inimaginável, por exemplo, que não seja do interesse comum dos povos latino-americanos a situação da Colômbia, de El Salvador, a questão da dívida externa dos países do assim chamado Terceiro Mundo e, mais recentemente, as modificações políticas ocorridas no Leste europeu.

Ressalte-se que as gerações de direitos humanos ganharam maior importância com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948,

---

\* Advogado, jornalista, escritor, professor universitário e membro das Academias Jundienses de Letras e de Letras Jurídicas. É titular da cadeira de Direitos Humanos da Faculdade de Direito do Centro Universitário Pe. Anchieta de Jundiá.

<sup>1</sup> S. BARBOSA, Marco Antonio R. *Família Cristã*, p. 457, nov. 1990.

na qual os conceitos de dignidade da pessoa e da autodeterminação dos grupos sociais foram evidenciados, tornando-se princípios básicos de um estado que se pretende democrático de direito.

Também é de se destacar que há autores que propugnam por mais uma categoria de direitos. Com efeito, invoquemos Etienne-Richard Mbaya<sup>2</sup>: “É preciso desde logo anunciar, com vigor, a necessidade de uma pesquisa em profundidade com vistas à promoção de uma nova geração – a quarta – que seria, no nosso entender, a dos direitos à democracia, às comunicações e aos pluralismos, cujos beneficiários serão os indivíduos, as comunidades e os povos. Em caso de sua violação, sanções, conseqüentes e correspondentes deverão ser aplicadas para terminar, desse modo, o infeliz costume da impunidade”.

### **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Quase cinqüenta e oito anos depois, muros e regimes caíram, a tecnologia transformou o cotidiano e o mundo se encontra fatiado em blocos econômicos: adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, no Palácio de Chaillot, em Paris, a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS ambicionava um futuro melhor. Recém-saído do trauma da Segunda Guerra, e ainda com imagens na memória como a de Hiroshima devastada, o mundo – ou pelo menos a parcela representada pelos quarenta e oito (48) países que votaram pelo “sim” na ONU, incluindo o Brasil - concebeu nos trinta (30) artigos do documento uma forma de dizer basta às atrocidades.

A intenção, contudo, não chegou completamente às vias de fato, como se viu no massacre da Praça da Paz Celestial (Pequim) em 1989, na chacina da Candelária em 1993 e na limpeza étnica na Iugoslávia. Um encontro em Paris celebrou, em dezembro de 1998, o cinqüentenário do texto e pôs em pauta desafios então inimagináveis.

“Não diria que há uma decepção, mas é triste ver a multiplicação de conflitos, a violência e a pobreza resultantes de uma economia mundial mal ou quem sabe demasiadamente bem conduzida” – afirmou, num misto de ironia e entusiasmo, Stéphane Hessel, um dos criadores da ONU que participou da comissão de redação da declaração, completando: “Não nos livramos dos conflitos, não conseguimos chegar a um equilíbrio de recursos. Mesmo assim sou otimista. Não houve uma terceira guerra, a economia vai mal, mas vai em frente, confio na capacidade intelectual dos contemporâneos. O avanço foi grande em termos de convenções: contra a tortura, pelo direito das crianças. Textos existem em grande número. A própria universalidade da declaração foi reiterada em Viena em 1993. A questão é aplicá-los”.

Hessel foi um dos mais de mil convidados à reunião de 1998 em Paris, come-

---

<sup>2</sup> MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas. *Estudos Avançados* (30), 1997, p. 33.

morativa do cinqüentenário da Declaração, na qual foram apresentados relatórios referentes a oito encontros realizados na França nos meses que antecederam o evento e que tiveram como tema a atualidade do texto em relação à emergência de novas questões, como o direito a um meio ambiente sadio, as dúvidas criadas pela biotecnologia e os novos fluxos migratórios surgidos a partir de conflitos internos. Robert Badinter, dirigente da missão interministerial francesa que preparou a reunião, qualificou os direitos humanos como uma criação contínua. Ele lembrou, por exemplo, a dificuldade de se definir atualmente o direito à liberdade de expressão por causa da Internet, que exige respeito à privacidade e à criação individual, enquanto levanta problemas como a proteção de crianças e adolescentes expostos a uma quantidade de dados jamais vista antes.

Mas há questões mais palpáveis: hoje, acima de tudo, a economia global é considerada um dos pontos cruciais na questão dos direitos humanos. Consta-se que o avanço econômico, medido através de índices como o PIB – Produto Interno Bruto, foi incapaz de acompanhar as aspirações da Declaração e externas, tanto na África Central quanto nos guetos das grandes metrópoles. O problema, avaliou Michel Forst, então diretor da Anistia Internacional na França, é que o poder econômico interfere diretamente no político: “Basta ver o caso da China, onde continua a haver desrespeito aos direitos humanos. Como ela se transformou numa força política e tem enorme potencial econômico, os governos interessados no país não sabem lidar com opositores ao regime de Pequim, como o Dalai Lama”, disse ele, referindo-se ao fato de o líder tibetano não ter constado da lista de convidados do governo francês.

Entretanto, num movimento incessante que indica progresso em determinados pontos e inércia em outros, os defensores dos direitos humanos celebraram nos últimos tempos o caso Pinochet na Inglaterra – que poderia ser o primeiro nome de uma longa lista de ditadores impunes – e a aprovação em Roma, em julho de 1998, do texto de criação de um Tribunal Penal Internacional, idéia proposta já em 1924 pela Associação Internacional do Direito Penal.

### **A INTOLERÂNCIA E OS COMPORTAMENTOS, FONTE DE CONSTANTES CONFLITOS**

Dentro de uma síntese elaborada sobre a questão da tolerância e a sua importância no contexto da efetividade dos direitos humanos, apresentamos a visão de Paul Ricoeur <sup>4</sup>.

No plano ético, *tolerância* é virtude moral dos indivíduos e virtude política do Estado; na filosofia moderna, é sinônimo de respeito ao homem, na sua dignidade, como condição de seu desenvolvimento e da felicidade. Para Cristi, é a busca do consenso e

---

<sup>4</sup> CESAR, Constança Marcondes. O Problema da Tolerância em Paul Ricoeur e A Hermenêutica Francesa: Paul Ricoeur, publicados na Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

da paz, enquanto para Younan é a aceitação do outro, no que o distingue de cada um. Pode-se vislumbrar a questão em vários planos: no individual, consiste em reconhecer o direito à diferença; no do Estado, visa à unidade dos cidadãos, sem vincular a identidade do Estado a uma raça, um povo, uma língua ou uma religião; no social, é a expressão da igualdade entre os homens. No entanto, há necessidade de integrar o problema da preservação da natureza ao tema da tolerância, pois se trata de um problema de convivência entre culturas diferentes, tanto que o modelo de tolerância de Gandhi implica o respeito e o amor a todos os seres.

O ponto de partida do estudo é o conceito de *tolerância* em Ricœur: *tolerância* e *intolerância* estudados nos limites do *intolerável*. Este último é o que deve ser rejeitado, o que é abjeto, surgindo o conflito: o que é *intolerável*, quando somos confrontados com a diversidade cultural, filosófica, religiosa? Assim, a tolerância deve ser entendida, no nível institucional, como um consenso conflitual, que consiste em reconhecer o direito de o adversário existir, na vontade expressa de convívio cultural e no acordo sobre valores comuns, fundados diversamente, mas enunciados em termos próximos. No plano religioso, significa diálogo entre cristãos e leigos, abertura ao encontro de diferentes conjuntos simbólicos. Ricœur coloca a intolerância como fusão da justiça e da verdade, cabendo ao Estado expressar a justiça, e não impor a sua verdade. O problema atual da interpretação é a inexistência de uma teoria única de hermenêutica. Para ele, há um campo comum às hermenêuticas: as expressões com vários sentidos; o denominador comum das hermenêuticas opostas são as raízes ontológicas da compreensão. A reflexão deve ser um instrumento de interpretação para incluir todos os métodos de compreensão do homem e o paradoxo do político – que consiste na violência inelutável do Estado e da convivência humana (“Do maior bem – o bem-viver juntos – poder surgir o maior mal – os totalitarismos e a violência”) - deve ser desenvolvido pelas virtudes políticas (exercício da cidadania e da participação como realização da liberdade).

A universalização é, em si mesma, um bem, porque aflora à consciência a noção de uma única humanidade; não é fácil permanecer o que somos e praticar a tolerância face às outras civilizações. Só poderá sobreviver a cultura que integre a racionalidade científica, considerando que a singularidade de homem para homem não é jamais absoluta. A solução para o confronto, segundo Ricœur, é o encontro das imagens e dos símbolos, e a tarefa da filosofia é a busca do núcleo simbólico da humanidade. A sua tônica de reflexão é a exigência do amor e amizade aos homens e à natureza, a fim de que a universalização gerada pela técnica do pensamento não traga como resultado a massificação, e seus escritos sobre o tema assentam na responsabilidade e na democracia.

## **CONCLUSÃO**

O debate em torno da tolerância em relação aos comportamentos traz questões relevantes e atuais. Tempo de desafios, de reflexões, de pensar o passado e de, enfim,

chamar atenção para aqueles grandes erros que a nossa história, seja pessoal ou coletiva, produziu. Um desses equívocos parece que veio para ficar, o que quer dizer que se fixou como base de boa parte de nossa conduta. Trata-se da nossa incapacidade de conviver com o diferente e as formas encontradas para solucionar os problemas de convívio social no qual o que menos importa parece ser o diálogo, a comunicação direta e honesta, sem truques, golpes, violências, no qual o respeito pela vida do outro e pela sua forma específica de manifestação e expressão fosse considerado.

Sabemos que a lista de tipos sociais que são alvos de discriminação e exclusão que nossa sociedade construiu é grande. Mas, por outro lado, também reconhecemos que já está ficando cada vez mais difícil excluirmos e exterminarmos simbólica ou fisicamente algumas formas de expressão da vida em função de conquistas históricas importantes: é o caso das mulheres, homossexuais, pobres, índios, negros, portadores do HIV, crianças, do pessoal da melhor idade, entre tantos outros.

Quando voltamos nossa atenção para todas formas de vida, inclusive distintas de nossa espécie, um conjunto de expressões variadas e complexas da denominada natureza, então o problema torna-se diferente. Recentemente, em um programa de TV no qual a palavra regia-se pela vida e a audiência solicitava preces e orações para “sua vida” e a de entes queridos e em dificuldades, parte significativa da mesma audiência pedia a morte de pessoas presas pela prática de infrações. Não é sem surpresa que ouvimos cotidianamente a reivindicação de falecimento àqueles que incomodam e os adjetivos mais baixos utilizados para denominá-los. Na verdade, são os mesmos usados muitas vezes para descrever aqueles tipos sociais listados acima. Palavras que brotam rapidamente, sinceras e com uma tranqüilidade assustadora para quem procura refletir sobre os rumos e as escolhas da história, para quem procura roteiros menos cruéis para as futuras gerações, para quem aposta na experiência humana como um lugar onde as idéias se transformem e possam orientar-se por valores pautados pelo respeito e tolerância.

Não nos surpreendemos com a forma com que a palavra morte ao próximo surja com tanta tranqüilidade, já que não temos refletido suficientemente sobre tal circunstância. O extermínio tem sido uma prática permanente em nossa sociedade, a tolerância zero institucionalizou-se e parece que esquecemos as palavras bonitas que mencionamos em festividades cívicas ou religiosas. Não custa lembrá-las: amor, respeito, reflexão, solidariedade, afeto, ajuda a quem sofre e, finalmente, vida. Parece impossível não se sensibilizar pelo descaso com a cidadania, pela fome e sede, pela dor e sofrimento. Mas uma sociedade que não vive o amor e o respeito ao próximo está longe de aprender a conviver com os semelhantes. Enquanto isso, alguns humanos continuarão a se sentir mais humanos do que outros e continuarão a acreditar que merecem ser vividas.

---

<sup>3</sup> HARA, Hélio. Em busca de um mundo melhor. *O Globo*, p. 54, 6 dez. 1998.



# **CRIANÇAS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E A EFETIVIDADE CÍVEL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Clelia Gianna Ferrari<sup>1</sup>

## **1. ASPECTOS INTERDISCIPLINARES**

### **1.1 ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS: UMA QUESTÃO INTERDISCIPLINAR**

A abordagem do abuso sexual infantil intrafamiliar aponta, inevitavelmente, para conteúdos interdisciplinares na área das Ciências Humanas, uma vez que o tema engloba a criança como ser, como um todo e não só relativamente ao Direito.

***A problemática do incesto deve ser abordada a partir da dinâmica presente na inter-relação dos seus diversos aspectos: o jurídico, o social, o médico e o psicológico***.<sup>2</sup>

O Direito, enquanto ciência que visa a realização da Justiça por meio da criação e da efetiva aplicação de leis voltadas ao bem-estar da sociedade, não pode furtar-se à sua parte na questão: a da resposta judicial corajosa, certa e eficaz contra esse mal histórico que tem cotidianamente degradado a infância.

### **1.2 O PERFIL DA VÍTIMA E O PERFIL DO ABUSADOR INTRAFAMILIAR**

Infelizmente, ao contrário do que se imagina, a maioria das situações de abuso sexual contra crianças ocorre dentro de casa, praticada por parentes que gozam da máxima confiança da vítima e de seus familiares. São pais, padrastos, avôs, tios e outros que, usurpando essa confiança, atuam facilitados pela relação de parentesco e, portanto, pelo livre acesso à criança.

Conforme estatísticas da ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência<sup>3</sup>, o abuso sexual intrafamiliar é praticado, na maioria das vezes, por adultos do sexo masculino (90,1%) e com idade superior a 35 anos.

Em 81,6% dos casos, o abuso se dá dentro da própria casa da vítima e, em 71% deles, o agressor é o pai biológico, o padrasto, o tio, o avô, enfim, pessoa em

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES; professora da Faculdade de Direito do UNIANCHIETA - Jundiaí/SP; advogada em São Paulo.

<sup>2</sup> [www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html](http://www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html)

<sup>3</sup> [http://www.abrapia.org.br/homepage/dados\\_sobre\\_violencia/dados\\_sobre\\_violencia.html](http://www.abrapia.org.br/homepage/dados_sobre_violencia/dados_sobre_violencia.html)

quem a criança confia.

Em 18,21% dos casos, a criança é menor de oito anos de idade e 18,47% delas têm entre oito e onze anos completos. Tem-se aí uma realidade alarmante: em 36,68% dos casos de abuso sexual intrafamiliar, a vítima é menor de doze anos e, portanto, *criança*, para os fins e efeitos do caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>4</sup>.

As vítimas do sexo feminino são as mais visadas (76,17%),<sup>5</sup> porém o abuso sexual de crianças do sexo masculino praticado por parente do mesmo sexo é freqüente e pode carrear seqüelas efetivamente drásticas.

Na área da Psicologia é pacífico o entendimento de que um percentual dos meninos vítimas de abusos homossexuais sistemáticos e não interrompidos na infância tende a assumir postura idêntica à de seu abusador, quando adulto.

Entre outros, Ligia Cavalcanti de Albuquerque Williams alerta ser esse percentual em torno de 30 %, a saber:

“Meichenbaum (1994) refere-se, adicionalmente, ao fenômeno da multigeracionalidade (o fato de a criança abusada ontem se tornar o pai abusivo de amanhã), mencionando os dados de Kaufman e Zigler (1987) que estimam ser a taxa de transmissão intergerações de comportamento incestuoso de 30%”.<sup>6</sup>

Infere-se daí, que o parente abusador de hoje, não raro, foi vítima de agressões sexuais repetitivas e não coibidas em sua própria infância. Consubstancia-se, portanto, no fruto adulto de ofensas sexuais não afastadas a tempo por quem de direito, ou seja, a família, a sociedade e o Estado.

Pensa-se que o abuso sexual é cometido por elementos de pouca instrução ou de posição socioeconômica inferior, o que, no entanto, não corresponde à realidade. O abuso sexual intrafamiliar se faz presente em todos os países do mundo e em todas as camadas da população, independentemente de grau de instrução ou de nível social e financeiro. Não raro, os abusadores ocupam cargos de destaque na comunidade em que vivem,<sup>7</sup> ligados, geralmente, a atividades que facilitem sua relação de poder e domínio sobre crianças, postura essa que habita o cerne da fantasia do pedófilo.<sup>8</sup>

O *modus operandi* do abusador, no entanto, não obedece a nenhum perfil que facilite sua identificação como tal. A Conferência Internacional de Combate ao Abuso Sexual Infantil ocorrida em Caiscais, em novembro de 2002, terminou por atestar a inexistência de um perfil identificador do pedófilo:

“Sabe-se que não há um perfil do pedófilo. Os actos de pedofilia são

---

<sup>4</sup> Art. 2º ECA – caput – “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

<sup>5</sup> [http://www.abrapia.org.br/homepage/dados\\_sobre\\_violencia/dados\\_sobre\\_violencia.html](http://www.abrapia.org.br/homepage/dados_sobre_violencia/dados_sobre_violencia.html)

<sup>6</sup> Ligia Cavalcanti de Albuquerque Williams, Abuso sexual infantil. Depto de Psicologia de Universidade Federal de São Carlos - SP. [www.ufscar.br/...](http://www.ufscar.br/)

<sup>7</sup> [www.abrapia.org.br](http://www.abrapia.org.br)

<sup>8</sup> CALIGARIS, Contardo. A fantasia do Pedófilo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2002.

maioritariamente cometidos por adultos que se movem no meio da criança: meio familiar, escolar, educativo, recreativo (das estatísticas dos condenados). Maioritariamente homens de todos os estratos sociais, sob a forma de pedófilos ocasionais, habituais (com grande mobilidade – turismo sexual), pedófilos perversos, sádicos, violentos”.<sup>9</sup>

Por outro lado, bem lembra a psicóloga Gita W. Goldenberg, “a violência doméstica pode acontecer em todas as classes sociais, raças e religiões. Entretanto, quem tem mais probabilidade de ser denunciado ao Poder do Estado é aquele indivíduo que pertence às camadas mais pobres”.<sup>10</sup>

Isto ocorre porque o abusador que detém poder econômico e social dispõe de melhores recursos, seja para comprar o silêncio da vítima e seus familiares, seja para contratar advogados que melhor patrocinem sua pretensa impunidade, luxo esse ao qual o abusador pobre não pode se dar.

Nesse sentido, esclarece Adriana Nuan do Nascimento Silva:

“Entre os ricos a violência sexual contra crianças é ocultada para proteger a família, o agressor ou a criança de efeitos estigmatizantes. Entre os pobres o abuso permanece pouco visível porque famílias de classe baixa normalmente não esperam ajuda da polícia ou das instituições sociais e não notificam a violência. O sistema jurídico, por outro lado, também não representa esta população, sendo percebido como muito distante”.<sup>11</sup>

Daí, ser o abuso sexual infantil tema revestido de véu social e institucional, restando à criança, na maioria das vezes, apenas solidão, angústia e opressão.

### **1.3 A LEI DO SILÊNCIO**

Ligia Cavalcanti de Albuquerque Williams aponta obstáculos substanciais a serem transpostos pela vítima, para que venha a delatar seu parente abusador:

“Dos tipos de violência praticada contra o ser humano, a violência sexual é o delito menos denunciado em nossa sociedade. Dentre as várias razões para isto, basta citar as principais: a sexualidade humana ainda é considerada um tabu em pleno século XXI, e quando a integridade física e sexual da pessoa é ferida de modo violento, a vítima é freqüentemente estigmatizada, passando a apresentar sentimentos de culpa ou vergonha, que são mais compatíveis com o isolamento social. Soma-se a isto, o medo que a vítima sente por temer represálias do agressor que freqüentemente faz ameaças, dificultando a denúncia. Finalmente, quando o agressor faz parte da família há, por vezes, o temor pela vítima de que ele seja afastado da mesma quando denunciado, fato que acarreta em várias implicações de ordem emocional e econômica.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> [www.policiajudiciaria.pt/html/noticias/conclusoes.doc](http://www.policiajudiciaria.pt/html/noticias/conclusoes.doc)

<sup>10</sup> Gita W. Goldenberg, *Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes*. p. 7.

<sup>11</sup> Adriana Nuan do Nascimento Silva. *Abuso Sexual de Crianças*, PUC/RJ, Departamento de Psicologia. 1998, p.

6.

<sup>12</sup> Ligia Cavalcante Albuquerque Williams - op. cit., p. 2.

Mesmo que a criança enfrente o silêncio e revele o abuso sofrido aos demais familiares, ainda assim sua coragem não desembocará, necessariamente, na sua efetiva proteção. Os adultos, cientes da questão, darão efetivo crédito a esta criança? E, se derem crédito, serão capazes de romper elos familiares e agir de forma a efetivamente proteger a vítima e afastá-la do abusador? E o Estado reconhecerá a necessidade desse afastamento?

A constatação de que um filho ou filha vem sendo vítima sexual de um parente produz, invariavelmente, uma situação de impasse familiar, mais grave e dolorida na razão direta da proximidade do grau de parentesco entre este e a criança.

Comenta Gita W. Goldenberg, nesse sentido:

“Verificamos que quase sempre um dos parceiros, quando percebe a violência doméstica, permanece omissos, não admitindo a violência contra seu filho. Essa atitude está associada ao medo da represália do companheiro e à vergonha de enfrentar a família e a comunidade. Esta configuração familiar leva ao estabelecimento de um muro ou pacto de silêncio. Esse silêncio protege o agressor e dificulta o trabalho com fins preventivos”.<sup>13</sup>

#### **1.4 A BUSCA DE UM CONCEITO JURÍDICO INTERDISCIPLINAR**

A proposta de uma definição jurídica para a expressão “abuso sexual intrafamiliar” – ou incesto – haverá de, necessariamente, levar em conta aspectos sociológicos, antropológicos e psicológicos envolvidos. Daí que o conteúdo e o alcance do ato abusivo intrafamiliar passível de efeitos na esfera jurídica constituem análise em plena construção, a ser desvelada à medida que o silêncio acerca do tema seja rompido pelas famílias e pela própria sociedade, de forma a repercutir sempre mais na doutrina e na jurisprudência.

A ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência conceitua abuso sexual nos seguintes termos:

“Por abuso sexual entende-se toda situação em que um adulto se utiliza de uma criança ou adolescente para seu prazer sexual, podendo haver ou não contato físico”.<sup>14</sup>

No mesmo sentido, definição institucional da Universidade de São Paulo:

“Abuso sexual é qualquer relacionamento interpessoal no qual a sexualidade é veiculada sem o consentimento válido de uma das pessoas envolvidas, implicando em violência psicológica, social e/ou física.”<sup>15</sup>

Adriana Nuan do Nascimento Silva, citando Azevedo e Guerra (1989), diz:

“O abuso sexual de crianças se caracteriza quando uma criança ou adolescente é usado para gratificação sexual por um adulto ou adolescente mais velho, através do uso de violência física, coação ou abuso de confiança. Frequentemente o

---

<sup>13</sup> Gita W. Goldenberg, obra cit. p.17.

<sup>14</sup> [www.abrapia.org.br](http://www.abrapia.org.br)

<sup>15</sup> [www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html](http://www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html)

agressor é um membro da família ou responsável pela criança, ou seja, uma pessoa que ela conhece, confia e com quem, muitas vezes, possui estreita relação afetiva.”<sup>16</sup>

Daí que, no âmbito jurídico, a figura do abuso sexual intrafamiliar contra crianças poderia ser conceituada como “toda conduta praticada na relação interpessoal com a criança no intuito do prazer sensual de adulto integrante da entidade familiar na qual a vítima está inserida, implicando presunção de violência psicológica, social e/ ou física”.

Assim, na busca de configuração do abuso sexual intrafamiliar, tem-se que:

a) O autor do abuso deve ser membro integrante da família da vítima, independentemente do grau de parentesco ou consangüinidade. O sentido de “família”, aqui, deveria ser muito amplo e englobar tanto os parentes naturais nas linhas reta e colateral quanto os afins,<sup>17</sup> bem como o parentesco civil – resultante de adoção – e seus desdobramentos na linha reta e colateral;

b) O abuso sexual intrafamiliar contra crianças – mais que qualquer outra modalidade de abuso sexual – pressupõe, por si só, a prática inquestionável de alguma forma de violência contra a vítima, no mínimo porque inexistente consentimento válido;

c) Presume-se a violência, seja psicológica, social e/ou física, porque, em se tratando de crianças, é evidente o dano à sua formação decorrente do ato abusivo, agravado pela intrafamiliaridade. Daí a lei penal estabelecer a figura da violência presumida quando o ato lesivo ocorre contra menores de 14 anos (art. 224, alínea “a”, CP), com aumento de pena quando se tratar dos parentes ou situações previstas no art. 225, II CP;

d) O ato abusivo deve ser passível de despertar precocemente e/ou de manipular unilateralmente o instinto sexual da vítima por meio de ingerência (sedução) ou exercício de poder (autoridade), sendo o objetivo da conduta do agente a obtenção de prazer sensual próprio.

### **1.5 ESPÉCIES DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR**

Tendo em vista que o Direito busca a realização da Justiça e do bem estar social<sup>18</sup>, condutas passíveis de configurar abuso sexual contra crianças não podem – nem deveriam – ficar adstritas às hipóteses de contato físico, ao menos na esfera cível.

Isto se diz porque tal restrição deixaria à deriva um grande número de crianças cotidianamente submetidas a situações abusivas, as quais, embora sem contato físico, causam deturpações e sérios danos na psique infantil.

Nesse sentido, esclarece Terezinha de Lisieux Quesado Fagundes:

---

<sup>16</sup> Adriana Nuan do Nascimento Silva; *Abuso Sexual de Crianças*. PUC/RJ. Departamento de Psicologia. 1998, p. 6.

<sup>17</sup> Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil* v. 5, p. 9.

“Abuso sexual é, segundo conceituação do Interdisciplinary Glossary (1978:9) citado por Kundsén (1992:108) any act of a sexual nature upon or with a child (Tradução: **“qualquer ato de natureza sexual sobre ou com uma criança”**) Todavia, esse autor chama atenção para **as dificuldades de identificar-se o que é, por que é e para quem é aplicado o conceito de “sexual”**. Ademais, é muito grande a variação dos comportamentos que estariam alocados como indicação de abuso sexual. Por causa da natureza secreta e escondida de que se reveste a maioria das experiências abusadoras, a definição mais precisa sobre se é ou não abuso, está sendo obtida através de depoimentos da própria vítima (Bottoms e Goodman, 1996 e Lane, 1995).<sup>19</sup>

Ante esse fato, retirar do rol das situações passíveis de sanção cível toda uma gama de posturas sexuais abusivas por não implicarem em penetração ou contato físico seria negar vigência a direitos *erga omnes* que sustentam o Estatuto da Criança e do Adolescente, derivados, fundamentalmente, do art. 227 § 4º da Constituição Federal, a saber:

“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Como se vê, a Carta Magna não distingue entre formas ou tipos de abuso, nem pretende a punição de uns, relevando outros. Ao contrário: determina que a lei punirá severamente o abuso contra crianças, em postura genérica a qual, conseqüentemente, traduz seu intento de ver coibido o abuso sexual em todas as suas formas e modalidades.

Terezinha de Lisieux Quesado Fagundes também esclarece quais seriam esses tipos de abuso:

“Segundo a classificação organizada por Faller (1990:40-42) e usada pelos profissionais de saúde e de cuidados de crianças e adolescentes, entre os mais comuns tipos de comportamentos abusivos sexualmente contra a criança, por ordem crescente de seriedade, estariam: formas de abuso sexual sem contato, carícias, sexo oral e por fim as variadas formas de penetração”.<sup>20</sup>

Tomando por base esses parâmetros, adotamos como espécies de abuso sexual intrafamiliar, aquelas sugeridas pela Secretaria de Trabalho, Cidadania e Assistência Social do Rio Grande do Sul<sup>21</sup>, cuja definição apresentaremos a seguir:

### **1.5.1 ABUSO SEXUAL SEM CONTATO FÍSICO**

O abuso sexual sem contato físico pode se dar mediante as seguintes condutas do abusador:

---

<sup>18</sup> Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>19</sup> Terezinha de Lisieux Quesado Fagundes. Da questão médica individual ao Problema Social: Uma análise do Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes. p. 247. [www.cedeca.org.br/publicacoes](http://www.cedeca.org.br/publicacoes)

<sup>20</sup> Idem. p. 248.

<sup>21</sup> [www.stcas.rs.gov.br/violencia\\_sexual.htm](http://www.stcas.rs.gov.br/violencia_sexual.htm)

- a) Abuso sexual verbal – conversas sedutoras que estimulem ou despertem o interesse da criança sobre atividades sexuais;
- b) Exibicionismo – o abusador exhibe suas partes íntimas à criança.
- c) Voyerismo – o voyeur obtém sua gratificação por meio da observação de atos ou órgãos da criança, estando, normalmente, em local onde não seja percebido pelos demais;
- d) Outros – mostrar para crianças fotos ou vídeos pornográficos, fotografar crianças nuas em posições sedutoras, telefonemas obscenos, pedofilia pela Internet.

### **1.5.2 ABUSO SEXUAL COM CONTATO FÍSICO**

O abuso sexual com contato físico, por sua vez, ocorre mediante as figuras tipificadas nos artigos 113 e 114 do Código Penal, a saber:

- a) Estupro: violência física sexual, mediante penetração praticada contra vítima do sexo feminino.
- b) atentado violento ao pudor: violência física sexual com ou sem penetração, praticável contra vítimas de ambos os sexos.

### **1.6 AS SEQÜELAS**

As seqüelas do abuso sexual praticado contra crianças por familiares da sua estreita convivência e confiança serão sempre gravíssimas. O que determinará a extensão e profundidade do dano causado será a análise responsável de cada caso concreto, com todas as nuances e variantes que lhe forem específicas. Porém, é possível relacionar as lesões caracterizadoras desse tipo de abuso e suas prováveis conseqüências.

Diga-se, antes de tudo, que o abuso sexual contra crianças é sempre um ato de violência, no mínimo psicológica, e que pode ou não se fazer acompanhar de violência física.

De outra parte, a ausência de marcas aparentes não configura certeza científica da inexistência de atuais ou futuras seqüelas físicas.

Martin H. Teicher, professor de Psiquiatria da Escola de Medicina da Universidade de Harvard, em trabalho intitulado *Feridas que não cicatrizam: A neurobiologia do abuso infantil*; afirma que maus tratos na infância podem ter efeitos negativos duradouros no desenvolvimento e nas funções biológicas do cérebro, sendo que experiências de ressonância magnética realizadas em vítimas de incesto confirmam associação entre maus tratos precoces e redução do tamanho do hipocampo adulto, com diminuição da memória.<sup>22</sup>

E explica:

“Como o abuso infantil ocorre durante o período formativo crítico em que o cérebro está sendo fisicamente esculpido, com a experiência, o impacto do extre-

---

<sup>22</sup> Revista Científic American Brasil, jun. 2002.

mo estresse pode deixar uma marca indelével em sua estrutura e função. Tais abusos induzem a uma cascata de efeitos moleculares e neurobiológicos que alteram de modo irreversível o desenvolvimento cerebral.”<sup>23</sup>

Portanto, havendo ou não lesões físicas aparentes, o fato é que a violência psicológica que invariavelmente acompanha o abuso sexual infantil, se somatizada, é capaz de causar danos físicos irreversíveis à vítima.

Ao contrário do que possa parecer – e aqui reside mais um aspecto delicado e contraditório da questão – a violência física de fato, sofrida por uma criança numa situação de abuso sexual intrafamiliar, pode não acarretar, necessariamente, as piores seqüelas psicológicas atribuíveis ao abuso, malgrado ensejem dor física e moral intraduzível e também de difícil recuperação.

É que a violência física explícita expõe à claridade o abuso sofrido pela vítima. evidencia o crime, impõe aos demais familiares a adoção de providências de socorro ambulatorial ou hospitalar à criança, rompe eventual pacto de silêncio familiar, propiciando posturas que inibam a continuidade do ato abusivo e, conseqüentemente, conduzam à cessação da violência.

No entanto, se, ao contrário, o abuso for praticado sem marcas de violência sexual, poderá passar despercebido dos demais membros da família por anos a fio, favorecendo a reiterada atuação abusiva do agente.

A submissão contumaz e ininterrupta a essa situação poderá fazer com que a criança encare os abusos sofridos como algo normal, favorecendo o silêncio e acarretando conseqüências lesivas cada vez mais devastadoras aos seus valores morais, psicológicos, sociais e sexuais, até culminar no estabelecimento de uma relação de cumplicidade entre vítima e abusador, a se perpetuar para outras gerações de vítimas, por meio da repetição.

Nas palavras de Goldemberg, “a vitimização, os maus tratos, sob o pretexto, muitas vezes de educar, levam a uma internalização dessa prática como “normal”, e é frequentemente responsável por uma visão do mundo permeada por uma normalização da violência no imaginário social da criança e do adolescente, que mais tarde se transfere para o seu mundo adulto”.<sup>24</sup>

Para Terezinha L. Quesado Fagundes, “os resultados de análises sobre o tema sugerem que, primeiro, tanto mais tenra seja a idade em que a criança passe por abusos sexuais, maior parece ser a potencialidade dos danos e das seqüelas tornarem-se irreversíveis. Há, ainda, o fato agravante de que, quanto mais jovens, as crianças teriam menos capacidade e possibilidade de fazerem escolhas para participarem ou não de relações abusadoras e exploradoras”.<sup>25</sup>

Quanto à lesão socioafetiva, amenizá-la será, muitas vezes, tarefa de toda uma vida.

**“O abuso sexual que ocorre dentro da família caracteriza um agrava-**

---

<sup>23</sup> Revista Scientific American Brasil, jun. 2002.

<sup>24</sup> Gita W. Goldenberg – op. cit., p. 13

<sup>25</sup> Terezinha L. Quesado Fagundes – op. cit., pg.243.

**mento à violência sexual, pois não permite uma estrutura para o ajustamento psicossocial do indivíduo.**<sup>26</sup>

A criança compelida a conviver diuturnamente com situações abusivas dentro de casa será vítima, não só dos abusos, mas do silêncio e de imensas dificuldades de ajustamento social e afetivo.

E se, de um lado, a presença do parente na vida da criança implica terrível risco ao seu desenvolvimento saudável, por outro lado, sua ausência – apesar de estancar perigo e mal maior – se traduz em lacuna social e afetiva tão difícil de ser preenchida quanto mais próximo o grau de parentesco entre vítima e abusador.

Daí que as seqüelas do abuso sexual intrafamiliar no universo psíquico, social e afetivo da criança são verdadeiramente irreparáveis e, em maior ou menor grau, acompanharão a trajetória da vítima por toda a sua vida.

## **2. O ABUSO INFANTIL INTRAFAMILIAR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

### **2.1 O ATRIBUTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

“Dignidade” provém do latim “dignitatis”, significando mérito, honra, respeitabilidade, autoridade moral, nobreza. Seu correlato em grego, “cosmeses”, significa a constituição e forma do ser humano, sua ordem e sua beleza. Contudo, há dificuldade na fixação de um conceito jurídico de dignidade, embora muitos sejam os juristas debruçados sobre esse objetivo.

Na opinião de Rizzatto Nunes, “ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre. Ou, em outros termos, se não se define a dignidade, isso não impede que na prática social se possa apontar as violações reais que contra ela se realizem”.<sup>27</sup>

Para Chaves de Camargo, a dignidade é da essência humana, a saber:

“A pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Essas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação pessoal, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo o ser.”<sup>28</sup>

No mesmo sentido aponta Rizzatto Nunes, para quem “*dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.*”<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> [www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html](http://www.usp.br/serviços/cearas/abuso.html)

<sup>27</sup> Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 17.

<sup>28</sup> Chaves de Camargo, Culpabilidade e Reprovação Penal, p.27-28.

<sup>29</sup> Rizzatto Nunes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, p. 49

Tem-se, então, que a dignidade da pessoa humana é, antes de tudo, um atributo subjacente à existência humana, que acompanha os indivíduos desde seu nascimento e que necessita de manifestação e de concretude fática.

Para Alexandre de Moraes, dignidade é “verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Este dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seus semelhantes, tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”.<sup>30</sup>

Daí a absoluta necessidade de a criança crescer e se desenvolver consciente de seu valor e da dignidade que lhe é inerente na condição de ser humano, a fim de que, quando adulta, respeite a dignidade de seus semelhantes.

## **2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA**

Como mencionado, a Constituição Federal – inspirada na razão ética que passou a vigorar a partir da instalação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem – estabeleceu em seu art. 1º inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Nação Brasileira e, portanto, cláusula pétrea e pilar mestre disposto ao sustento e direção da ordem jurídica nacional.

Do fundamento maior da dignidade humana emergem os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º seguintes da CF, a exemplo do direito à vida, à integridade física e moral, à honra, à privacidade, à imagem, sendo que a legislação ordinária específica estende explicitamente em favor do menor e do adolescente o direito à dignidade da pessoa humana e a todas as garantias constitucionais fundamentais, em consonância com a Convenção dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 20/01/90, a saber:

Art. 3º da Lei 8069/90 - ECA - “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

O abuso sexual contra crianças – seja ele “com” ou “sem” contato físico – constitui gravíssima afronta à dignidade humana da criança, à medida que subtrai da vítima o direito à natureza infantil, constrangendo, deturpando e aprisionando o desenvolvimento de sua própria essência.

Nos termos do art. 4º do Estatuto do Menor e do Adolescente, “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar à criança, com absoluta prioridade (...) o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade(...)”.

Portanto, em se tratando de abuso sexual intrafamiliar, cabe, antes de tudo à

---

<sup>30</sup> Alexandre de Moraes, Direitos Humanos Fundamentais, p. 60.

família e subsidiariamente à sociedade, a obrigação de buscar e exigir do Poder Público a efetividade do princípio da dignidade humana, eis que a este compete garantir a realização da ordem jurídica.

Nesse aspecto, o art. 5º do ECA, em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, é incisivo ao determinar, inclusive, punição àqueles que se omitirem ante transgressões aos direitos fundamentais da criança:

Art. 5º “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de nenhuma forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Para José de Farias Tavares, qualquer ato cometido em detrimento da criança ou do adolescente que contrarie o sistema protetor do Estatuto da Criança e do Adolescente constituirá infração punível na forma de seus artigos 225 a 258 e do art. 226 do Código Penal.<sup>31</sup>

O direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento saudável e em condições dignas de existência constituem prerrogativa fundamental da criança, assegurada no art. 7º e seguintes do ECA, o qual, em seu art. 15, trata especificamente do direito infantil à liberdade, ao respeito e à dignidade:

“Art. 15 – A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (grifo nosso)

Referendando ao universo infantil as prerrogativas principiológicas instituídas no art. 5º, III e X da Constituição Federal, o art. 17 do ECA define o que seja o direito infantil ao respeito, nele explicitando, mais uma vez, o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança<sup>32</sup>.

### **2.3 CONSEQÜÊNCIAS CÍVEIS**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 24, impõe a perda do poder familiar, por sentença judicial, ao pai ou mãe que infringirem as obrigações contidas no art. 22 ou que incorrerem nas hipóteses da lei civil, a saber:

Art. 1.638 CC – “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho

II – deixar o filho em abandono

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”. (grifo nosso)

---

<sup>31</sup> José de Farias Tavares, op cit., p. 16.

<sup>32</sup> Art. 17 – ECA – “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

O pai ou mãe que abusar sexualmente do filho estará praticando ato contrário à moral e aos bons costumes e perderá o poder familiar. De outro lado, tendo em vista a prática de ato ilícito, o agressor, independentemente do grau de parentesco, incorrerá no dever de indenizar a vítima pelos danos sofridos, ainda que exclusivamente morais, nos moldes do art. 196 CC.

### **CONCLUSÃO**

Os instrumentos cíveis disponíveis à coibição do abuso sexual intrafamiliar se mostram principiologicamente aptos a conferir, em prol das crianças vitimadas, a devida efetividade da dignidade da pessoa humana.

No entanto, como ensina Rizzatto Nunes, “é preciso que se lute por sua implementação, e é dever de todos os operadores de Direito implementá-la, torná-la eficaz”.<sup>33</sup>

Se o silêncio não for rompido e se não houver uma conscientização ampla da sociedade e do Estado no sentido de enfrentar, na prática, o abuso sexual intrafamiliar, inexistirá princípio que elida as palavras de Martin H. Teicher, a saber:

“Por meio dessa cadeia de eventos a violência e o abuso passam de geração a geração, tanto quanto de uma sociedade para a seguinte”.<sup>34</sup>(grifo nosso)

Portanto, em se tratando de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar, a efetividade que se conferir hoje ao princípio da dignidade humana ditará o futuro.

Daí ser de crucial importância a eficácia no engate das instituições estatais, de forma a garantir às vítimas o efetivo acesso à Justiça e à ampla assistência no combate às seqüelas.

Nas palavras de Dani Rudnicki, “acesso à justiça é ensinar às pessoas quais são os seus direitos, transformar o Judiciário para que os cidadãos não tenham reivindicá-los, bem como criar instrumentos para que os direitos sejam efetivados, assegurados”.<sup>35</sup>

Como diz Martin H. Teicher, “a sociedade colhe o que planta na maneira como cuida dos seus filhos.”<sup>36</sup>

A sociedade somos nós.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

---

<sup>33</sup> Rizzatto Nunes, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., p.53.

<sup>34</sup> Revista Scientific American Brasil – edição Junho 2002.

<sup>35</sup> Rudnicki – Acesso à Justiça Penal. Pág. 58

<sup>36</sup> Revista Scientific American Brasil – edição Junho 2002.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAVARES, José de Faria. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VALENTE, José Jacob. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Fundamentos Jurídicos*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2005.



## **NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS**

1. A revista **DIREITO** tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes às áreas de Direito, 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*, espaço duplo, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, folha A4, com 2,5 cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). Os trabalhos 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, à Av. Dr. Adoniro Ladeira, 94, Jundiá - SP.

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 vírgula), 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 conforme este critério: em primeiro lugar, 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, em parágrafo alinhado à direita, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional 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, deverão vir o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), cinco palavras-chave, *abstract* e *key words*.

7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificados com numeração, títulos e legendas.

8. As citações indiretas deverão ser seguidas do sobrenome do(s) autor(es) (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e ano da publicação, entre parênteses. Exemplo: (BOSSA, 1994)

9. As citações literais, de até três linhas, deverão ser apresentadas entre aspas duplas e estar acompanhadas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994, p. 32). As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação. Se o nome do autor for mencionado fora da referência entre parênteses, devem ser usadas letras maiúsculas e minúsculas. Exemplo:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara.”

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 4 cm de recuo da margem esquerda, letra tipo *Times New Roman*, fonte 10, sem aspas. Exemplo:

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone, e computador. Através de áudio-conferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

11. As citações indiretas de diversos documentos de vários autores, mencionados simultaneamente, devem ser separadas por ponto-e-vírgula, em ordem alfabética. Exemplo:

Diversos autores salientam a importância do “acontecimento desencadeador” no início de um processo de aprendizagem (CROSS, 1984; KNOX, 1986; MEZIRROW, 1991).

12. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora, ano de publicação; se a obra tiver dois ou três autores, os nomes devem ser separados por ponto-e-vírgula, seguido de espaço; quando existirem mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplos:

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos*. Tradução Vera da Costa e Silva et al. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1990.

ROMANO, Giovanni. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIDT, J. (Org.). *História dos jovens 2*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

SANTOS, F. R. dos. A colonização da terra do Tucujús. In: \_\_\_\_\_. *História do Amapá, 1º grau*. 2. ed. Macapá: Valcan, 1994. cap. 3, p. 15-24.

SEKEFF, Gisela. O emprego dos sonhos. *Domingo*, Rio de Janeiro, ano 26, n. 1344, p. 30-36, 3 fev. 2002.

URANI, A. et al. *Constituição de uma matriz de contabilidade social para o Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 1994.

13. O nome do autor de várias obras referenciadas sucessivamente, na mesma página, é substituído, nas referências seguintes à primeira, por um traço sublinear (equivalente a seis espaços) e ponto. Exemplos:

VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1984. \_\_\_\_\_. *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

14. Referenciamento de material em meio eletrônico (disquete, CD-ROM, *on line* etc.):

a) as referências devem ser acrescidas das informações relativas à descrição física do meio eletrônico. Exemplo:

KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.). *Enciclopédia e dicionário digital 98*. Direção geral de André Koogan Breikmam. São Paulo: Delta: Estadão, 1998. 5 CD-ROM.

b) quando se tratar de obras consultadas *on line*, são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais < >, precedido da expressão Disponível em: e a data de acesso ao documento, precedida da expressão Acesso em:, opcionalmente acrescida dos dados referentes a hora, minutos e segundos (NOTA: não se recomenda referenciar material eletrônico de curta duração nas redes). Exemplo:

ALVES, Castro. *Navio Negreiro*. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/virtualbooks/freebook/port/Lport2/navionegreiro.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2002, 16:30:30.

15. Estas normas passam a vigorar a partir do próximo número desta publicação.