



A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.2, n.3, p. 1-124, nov. 2009

Belém/Pará
2009

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
— Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
REPORTAGEM	7
Homenagem especial pelos 80 anos do professor, filósofo e crítico literário paraense Benedito Nunes	
Benedito Nunes, o iluminista dos trópicos	8
Adriana Klautau Leite	
A França Antártica dos professores.....	11
Benedito Nunes	
ARTIGOS	
Lei nº 11.441, de 04.01.2007 - Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais.....	18
Zeno Veloso	
Planejamento estratégico do Poder Judiciário: o papel das escolas judiciais	34
Suzy Cavalcante Koury	
Ativismo judicial e devido processo legal substantivo: uma leitura do caso <i>Roe vs. Wade</i> (1973)	42
Paulo Klautau Filho	
Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar	56
José Fernando Simão	
Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais	68
Luiz Flávio Gomes	
O delito contra a ordem tributária de desobediência e a persecução criminal	78
Francisco de Assis Santos Lauzid	
A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.....	92
Luís Roberto Barroso	
RESENHAS	
Teoria geral dos direitos fundamentais	120
por Jean Carlos Dias	
Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos	122
por Raimundo Wilson Gama Raiol	



Chegamos ao terceiro número. Começo, como no anterior, fazendo esse registro porque, embora pareça pouco, é um significativo sinal de que, através do primeiro ano vencido, o propósito inicial está fortalecido e pronto para assegurar um continuar duradouro, independentemente da vontade pessoal do eventual dirigente da ESM-PA e sim graças ao esforço da sua equipe funcional que impulsiona e transforma em realidade as suas metas, programas e projetos.

Neste novo número, abrimos um capítulo especial para homenagear o Professor Doutor Benedito Nunes, sem dúvida alguma um dos maiores filósofos brasileiros, que completou em 2009 oitenta anos de idade, mantendo o mesmo entusiasmo de pensar na maior largueza da amplitude possível e na mais vertical profundidade que nos permite a inteligência, bem ainda a mesma alegria de continuar transmitindo conhecimentos numa doação de permanente simplicidade que só os verdadeiramente sábios conseguem alcançar.

O Professor Benedito Nunes, além disso, sempre se dedicou ao estudo da literatura, focando-a não apenas pelo olhar estético, mas, sobretudo, como manifestação subjetiva do social e, portanto, necessariamente comprometida pelo tempo do seu autor, porém projetada para superar a historicidade do produto cultural dela resultante.

Há, contudo, no perfil do nosso homenageado, um traço que, mesmo na longa distância com que sempre o observei, acredito ter percebido graças à admiração que solidifiquei na leitura de algumas das suas obras. Refiro-me ao seu refinado modo de levar os seus leitores a pensar, a refletir e, conseqüentemente, a também criar.

Falando sobre sua experiência de homem de idade avançada, Norberto Bobbio, num dos seus mais belos e profundos escritos¹, cita Améry para dizer que chega um momento que marca “o fim da possibilidade de ir além de si mesmo num sentido cultural”, porém, logo em seguida, com muita razão, alerta que “não se deve generalizar”. É verdade, penso eu. A história está cheia de muitos exemplos e, sem nenhum exagero, certamente Benedito Nunes é um deles.

Creio, por isso tudo, que melhor reverência a Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará não poderia fazer ao eminente mestre, sempre solícito no atender chamamentos para lecionar, do que lhe dedicar este Caderno, que, nesta terceira edição, conta com a presença de renomados juristas e professores dos mais diversos rincões do Brasil, todos com contribuições inéditas sobre variados temas de diversos ramos do direito.

Des.^o MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

Editorial



¹BOBBIO, Norberto. **O final da longa estrada:** considerações sobre a moral e as virtudes. Tradução de Lea Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. 118 p., p. 85.



Reportagem

Homenagem especial pelos
80 anos do professor, filósofo e crítico
literário paraense Benedito Nunes

Benedito Nunes, o iluminista dos trópicos*

Paraense de Belém, ele é considerado um dos maiores pensadores brasileiros e não abre mão de sua cidade natal

Adriana Klautau Leite
Jornalista



Em um de seus encontros com Benedito José Viana da Costa Nunes, em Belém do Pará, Clarice Lispector lhe disse: “Você não é um crítico, mas algo diferente, que não sei o que é”. A escritora tinha razão ao demonstrar a dificuldade em rotular a obra do paraense que, nas palavras do professor aposentado da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas de São Paulo, Antonio Candido, representa um tipo muito raro de intelectual, capaz de ser “um grande crítico literário e, ao mesmo tempo, um filósofo”.

Nascido em 21 de novembro de 1929, o professor, filósofo, crítico e ensaísta Benedito Nunes define seu trabalho como “um tipo mestiço das duas espécies, a filosofia e a literatura”. “Tento, dessa forma, fazer a ligação entre os dois campos, porém sem nivelar ou diminuir um ou outro, mas mostrar as suas correlações, afinidades e oposições”, diz Nu-

nes, que está bem perto de comemorar 80 anos de vida, mas de preferência em silêncio, no lugar em que mais gosta de ficar, sua biblioteca, sentindo o perfume dos livros. “Não gosto de parabéns, acho horrível, cafona.”

Considerado um dos maiores pensadores do Brasil, Nunes se classifica como “um autodidata e eterno aprendiz, sempre em busca de novos olhares”. Durante sua carreira, especializou-se em analisar obras de grandes escritores, como Clarice Lispector, João Cabral de Melo Neto, Guimarães Rosa, Fernando Pessoa, Jean-Paul Sartre e Martin Heidegger. Por seu trabalho intelectual, recebeu o Prêmio Jabuti de Literatura em 1987 (na categoria Estudos Literários, com *Passagem para o Poético - Filosofia e Poesia em Heidegger*), pela Câmara Brasileira do Livro, e o título de Professor Emérito da Universidade do Pará, em 1998.

Apesar de ter sua obra reconhecida e elogiada por muitos, Nunes sempre foi avesso a grandes badalações, preferindo ficar recluso em sua terra natal, o que talvez explique o fato de seu nome não ser tão conhecido nacionalmente. “Belém é meu canto. Sou um pouco

animal, gosto da minha toca. Belém é minha concha existencial, sempre foi.” A maneira que o paraense escolheu para viver o diferencia da maioria dos intelectuais. “O mais notável é que Benedito Nunes pertence a um tipo muito característico de intelectual brasileiro: o que não renuncia à sua província. Ele é um pioneiro ao acreditar que os núcleos de conhecimento devem ser desenvolvidos em vários pontos do Brasil, em várias universidades, em vez de se concentrar apenas nas faculdades famosas”, afirma o crítico Antonio Candido.

De família de intelectuais, Nunes nasceu um mês depois da morte de seu pai, o bancário Benedito da Costa Nunes. O filósofo aprendeu o alfabeto no Colégio Sagrado Coração de Jesus, que funcionava dentro da sua própria casa, onde tinha aulas com a professora Theodora da Cruz Vianna, a Dodô, uma de suas cinco tias. “Era um ‘coleginho’ muito bem frequentado, pessoas ilustres passaram por lá”, relembra.

Ainda menino, Nunes ganhou seu primeiro livro das mãos de um menino, *A Caçada da Onça*, de Monteiro Lobato (editado pela primeira vez em

*A presente reportagem foi publicada originalmente pela **Brasileiros**, revista mensal de reportagens, número 25, agosto de 2009, e teve sua reprodução em **A Leitura** devidamente autorizada pela autora e editores, sem custo para a Escola Superior da Magistratura do Pará.

1924). “O livro foi-me presenteado por um mendigo já idoso, barba branca, que às quartas-feiras pela manhã vinha buscar a sua esmola certa dada por minhas tias, que o achavam parecido com a tradicional imagem de São José carpinteiro, reverenciado no oratório de nossa família”.

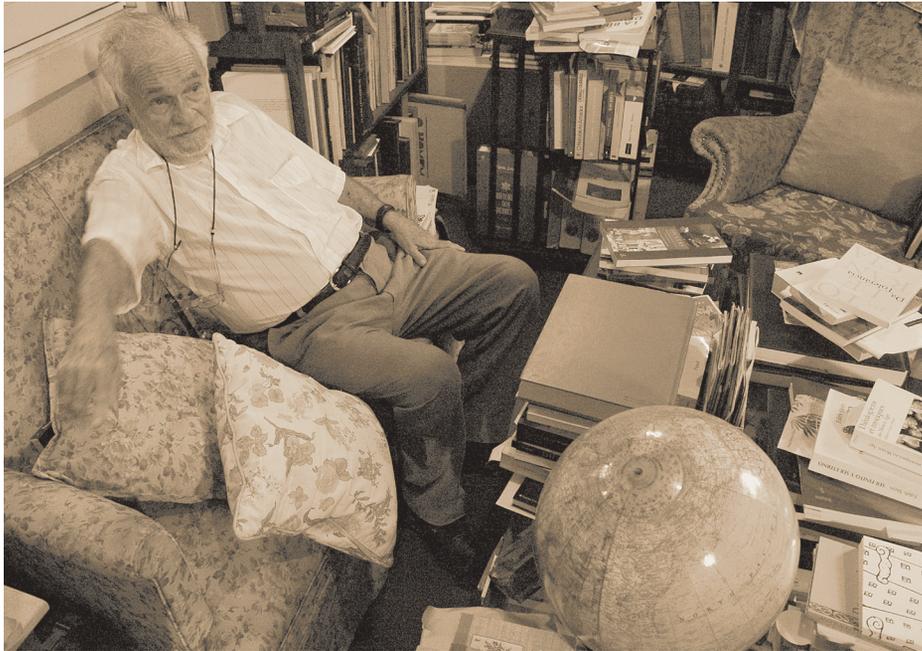
Foi também em sua própria casa que Nunes, além de aprender o ABC com as tias, teve contato com os primeiros e fiéis amigos, todos bem empilhados numa estante em madeira amarela envernizada: Machado de Assis, José de Alencar, Eça de Queiroz, Shakespeare, Monteiro Lobato, Joaquim Nabuco, Oliveira Viana, Lima Barreto, Taunay, Afrânio Peixoto,

Dante, Assis Cintra, Oliveira Lima, Antônio Torres, Mario Pinto Serva e Alberto Torres. “Lia Monteiro Lobato e *Mogli*, o *Menino Lobo*, entre outros amigos da estante amarela, que vez ou outra eram preteridos por amigos mais visuais, os gibis. O *Fantasma Voador* era meu grande herói”, conta.

Em 1942, Nunes, então estudante do Colégio Moderno em Belém, participou, ao lado de Haroldo Maranhão, colega de escola, da criação da “Academia dos Novos” – sociedade inspirada na Academia Brasileira de Letras –, que reunia os apóstolos do parnasianismo e dos clássicos portugueses. A sede da academia era a mesma “casa das tias”, sua residência. Fiel à sociedade, nunca aceitou o convite para ingressar em alguma outra academia. “Trata-se de uma questão de fidelidade, afinal fui sócio-

fundador da Academia dos Novos aos 13 anos”, brinca, para concluir: “Já sou imortal. A imortalidade, como se sabe, é indivisível”.

Ainda muito jovem, Nunes escreveu suas primeiras críticas e poesias como colaborador do suplemento literário



Benedito Nunes entre seus livros, na biblioteca de sua casa, em Belém.

“Arte e Literatura”, do jornal *Folha do Norte*, fundado e dirigido por Haroldo Maranhão, que vigorou até 1951. “Era um suplemento local, porém de amplitude nacional. Carlos Drummond de Andrade, Raquel de Queiroz, Manuel Bandeira e Cecília Meireles, por exemplo, escreviam especialmente para ele”, recorda.

Desde cedo, Nunes já pensava em estudar filosofia, de preferência em São Paulo, mas acabou ingressando na Faculdade de Direito do Pará. Boa lembrança do curso, porém, ele só tem uma – os alegres bate-papos nos corredores da faculdade com Maria Sylvia, com quem se casou e convive até hoje. No mesmo ano de sua formação em Direito, em 1952, recebeu um convite irrecusável da amiga e professora Anunciada Chaves para lecionar Filosofia no

Colégio Moderno. “Minha formação filosófica deu-se por um autodidatismo sistemático e metódico”, diz. “Na época, lia Hegel durante meses, toda a *Fenomenologia do Espírito*, a *Filosofia da História*, etc. Passava em seguida para Husserl, lia as *Idéias* para uma *Filosofia Fenomenológica*, as *Investigações Lógicas*... Eu ia anotando tudo em cadernos. Também li sistematicamente Heidegger”, conta.

No período em que ainda dava aula de filosofia em Belém, Nunes deixou sua terra natal para acompanhar sua mulher em uma romântica viagem de navio a Paris, na primeira classe, um

prêmio dado à Maria Sylvia pela montagem de uma peça de teatro (*Édipo Rei*), vencedora de um festival universitário realizado em Santos (SP). O casal acabou vivendo por seis meses na França e Nunes aproveitou esse período para aperfeiçoar o conhecimento em filosofia, fazendo cursos na Sorbonne, com Paul Ricoeur, e no Collège de France, com Merleau-Ponty, um dos maiores filósofos do século XX.

De volta ao Brasil, o professor paraense encontrou na filosofia – e nas teorias de Heidegger, Kierkegaard, Jean-Paul Sartre, entre outros – suporte teórico para lançar o seu primeiro livro, *O Mundo de Clarice Lispector*, em 1966, editado pelo governo de Manaus, com prefácio de Arthur Cézari Ferreira Reis. Foram ensaios seus publicados no Suplemento Literário de

O *Estado de S. Paulo* sobre quatro obras da grande escritora: *Perto do Coração Selvagem*, *Laços de Família*, *A Maçã no Escuro* e *A Paixão Segundo G.H.* Esses mesmos textos foram editados, mais tarde, sob o título "O mundo imaginário de Clarice Lispector" na obra *O Dorso do Tigre* (1969). Dona Clarice, como gosta de chamá-la, aliás, passa a ser a principal fonte de inspiração do crítico. "Eu me 'claricizei' lendo os livros de Clarice, porque me impressionei por uma singularidade que há nos livros dela, a partir do primeiro, se acentuando no último, *A Paixão Segundo G.H.*, que é uma estranheza diante da vida, até se tornar uma coisa orgânica, impossível", afirma.

Ainda na década de 1970, o crítico foi convidado pelo professor Antonio Candido para contribuir para uma coleção de livros, chamada Buriti. Surgem, assim, dois livros: *Introdução à Filosofia da Arte* (1966) e *A Filosofia Contemporânea* (1967).

Porém, Nunes considera o livro *O Dorso do Tigre* sua primeira obra propriamente dita. "*Introdução à Filosofia da Arte* e *A Filosofia Contemporânea* são livros de ensaios, foram livros encomendados, mais didáticos. Por sua vez, *O Dorso do Tigre* foi o primeiro livro que organizei sozinho, que inventei o título, que fiz da minha cabeça, ninguém me encomendou", diz. Nesse livro, analisa a simbiose que ocorre entre literatura e filosofia promovida por Clarice Lispector, Guimarães Rosa, João Cabral de Melo Neto e Fernando Pessoa. "Um flanco do *Dorso*

é literatura, o outro, filosofia. Se você escorrega para um lado, cai para literatura, se escorrega para o outro, cai para filosofia. Você tem de ficar no equilíbrio, sem cair pra lado nenhum", afirma o crítico.

Contudo, Nunes diz que o livro que mais lhe deu prazer em escrever foi O

onde o crítico se aposentou como professor titular. "Não havia curso de filosofia, mas sim matérias filosóficas que faziam parte do curso de pedagogia", diz.

Benedito, um baixinho de apenas 1,60 m de altura, é um homem de hábitos simples. Só come quatro frutas – banana, morango, abacate e

abacaxi –, adora soverte de açaí, queijo com goiabada, pirarucu de casaca, e não dispensa a caminhada matinal pelo Bosque Rodrigues Alves. Ao entrar em sua residência, rodeada de verde, árvores frutíferas, jasmineiros e bonsais, tem-se a impressão de estar em uma casa de campo, um ambiente que mistura o cheiro de mato com o de livros antigos. Com sua fala mansa, o professor conta suas histórias enquanto anda pela casa, muitas das vezes assoviando. Por todos os lugares, há muitas fotos – dele com Maria Sylvania, dos amigos, de ex-alunos, dos cachorros e dos gatos.

Próximo dos seus 80 anos, o crítico diz que pretende continuar escrevendo e lendo, "lendo muito", sempre ao lado de sua "torre de livros, que já passam dos 5 mil".

Embora não goste muito de bajulação, Benedito será homenageado em novembro pela Universidade da Amazônia (Unama), em Belém do Pará, que promoverá diversos eventos literários e filosóficos em comemoração do seu aniversário. Antes disso, em setembro, deixa sua terra natal, em companhia da mulher Maria Sylvania, para uma viagem a Istambul, onde pretende descansar por um mês, sem, porém, nunca parar de pensar.



Suplemento do jornal *Folha do Norte*, onde Benedito e outros foram colaboradores.

Tempo na Narrativa. "Fui descobrindo coisas enquanto eu escrevia o livro..." Os meus melhores, entretanto, são os mais difíceis, os mais chatos, isto é, os de filosofia, que sempre são elogiados por serem bonitos, mas difíceis", diz o professor, referindo-se a obras como *Heidegger* e *Ser e Tempo*. Para Nunes, porém, a transferência dos seus conhecimentos filosóficos por meio dos livros não bastava. Por isso, em 1975, criou um projeto para a criação do curso de filosofia, mais tarde incorporado à Universidade Federal do Pará (UFPA),

OBRAS

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA DA ARTE

Editora Dominus S.A.

Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1966.

Mostra como se deu a construção da ideia de Arte em Aristóteles e Platão para analisar os principais filósofos de arte contemporâneos.

FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA

Editora Dominus S.A. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967.

Trata das correntes e tendências que não só prefiguram um estilo de pensamento diferente da tradição filosófica moderna, mas manifestam a crise da filosofia enquanto discurso teórico.

PASSAGEM PARA O POÉTICO

(FILOSOFIA E POESIA EM HEIDEGGER).

Editora Ática, São Paulo, 1986.

Trajatória do pensamento filosófico para o poético na obra do pensador alemão Martin Heidegger.

O TEMPO DA NARRATIVA

Editora Ática, São Paulo, 1988. O livro analisa a pluralidade do tempo na obra literária, estudada a partir das noções de ordem, duração e direção.

O DORSO DO TIGRE

Editora Perspectiva, São Paulo, 1969.

Livro dedicado ao amigo Haroldo Maranhão e um dos dez mais importantes trabalhos de crítica literária do Brasil. Neste livro de ensaios filosóficos e literários, o autor mescla literatura com filosofia.

O NIETZSCHE E HEIDEGGER

Editora Pazulin, Rio de Janeiro, 2000.

Em que medida a "identidade filosófica" que Heidegger atribui a Nietzsche constitui um ponto decisivo e fundamental da constituição da própria identidade filosófica de Heidegger? É em torno deste círculo que a argumentação do autor transita.

JOÃO CABRAL, A MÁQUINA DO POEMA

Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Neste livro, com organização e prefácio de Adalberto Muller, o autor ensaísta faz uma releitura da obra do poeta pernambucano João Cabral de Melo Neto.

O DRAMA DA LINGUAGEM -

UMA LEITURA DE CLARICE LISPECTOR.

Editora Ática, São Paulo, 1989.

Na fronteira entre a literatura e a filosofia, o autor faz uma leitura já clássica da obra da autora.

A França Antártica dos professores

Benedito Nunes



Escrito entre 2002 e 2003, o presente artigo é o registro de apresentação oral feita em evento que reuniu profissionais do ensino da língua francesa em Belém. Nele, Benedito Nunes fala de professores e para professores, sendo ele também um professor, cujas aulas a ESM-PA já teve a honra de abrigar. O texto em questão não poderia ser mais oportuno quando também é comemorado, em 2009, o ano da França no Brasil.

Embora sapateiro de profissão, o genebrino Jean de Léry, que o reformador Jean Calvin despachou, como missionário, para a França Antártica – colônia protestante fundada em 1555, por Villegaignon, no Rio de Janeiro –, terá sido o primeiro francês que escreveu sobre o Brasil como se etnógrafo fosse. Sua vívida descrição em *Voyage au Brésil* (1578) dos costumes tupinambás teria abastecido as informações do ensaio XXX de Montaigne, *Des Cannibales*, que focaliza a antropofagia ritual desse grupo, com o qual Villegaignon deparou na ilha hoje levando o seu nome, na baía de Guanabara, mas já naquela época espalhado no litoral brasileiro.

Foi Jean de Léry o precursor dos cronistas católicos Claude d'Abbeville e Yves d'Évreux, que acompanharam Daniel de la Touche, senhor de La Ravardière, na fundação de São Luís do Maranhão no século XVII e que

foram, por sua vez, precursores de La Condamine, que veio à Amazônia descendo o grande Rio até o Oceano, no século XVIII, para efetuar medidas geodésicas. No século XIX e no começo do seguinte, visitamos principalmente exploradores e naturalistas ou etnógrafos e linguistas, como, para me ater somente àqueles a quem pessoalmente conheci, segundo o princípio memorialístico deste meu trabalho, Marx Henri Boudin, nos anos 50, que sobe ou desce o Gurupi, à busca dos urubus, entre os quais permanece quase um ano e, avançado o século XX, os aviões trazem a Belém escritores e pensadores como Sartre e Simone de Beauvoir, no final da década de 60, e Michel Foucault, por volta de 77. Conheci esses e outros franceses, homens de pensamento e também professores, como Merleau-Ponty e Paul Ricoeur, a cujas aulas tive a ventura de assistir no início dos

anos 60 em Paris, e que nunca vieram à Amazônia. No entanto, todos juntos, mais o antropólogo Lévi-Strauss e o poeta Michel Deguy, formariam, com os historiadores Serge Gruzinski e Nathan Wachtel, também professores, uma outra França Antártica, da qual vou falar, ora seguindo o indeciso curso da minha recordação, ora a marcha firme das ideias deles expostas em livro.

Chamemo-la a França Antártica dos professores e pensadores franceses, ou, simplesmente, a França Antárticadalínguafrancesa, imaginariamente colocada no meio do rio Guamá, confronte a Belém, como aquela jangada de pedra, aquela ilha desprendida do continente europeu, que José Saramago inventou num de seus romances. Essa nossa segunda ilha de Villegaignon começou a crescer muito cedo, e por isso tem uma facção brasileira, com os seus professores de língua na UFPA (do antigo Departamento de Línguas e Literaturas Estrangeiras, hoje Faculdade de Línguas Estrangeiras Modernas – FALEM), como Lília Silvestre Chaves, Izabel Cristina Rodrigues Soares, Maria da Graça Leal, Sonia Celia de Oliveira Alves, Myriam e José Carlos Cunha, aos quais estou ligado por amizade ou por reconhecido apreço. Na Villegaignon que imaginamos, encontram-se habitantes que não conheci – os exploradores Coudreau, os botânicos Paul Lecoite e Ledoux –, ou porque ainda não tinha nascido ou porque era ainda muito criança –, e dela faz parte, também, o professor de Literatura da

mesma Universidade, Christophe Golder.

Entretanto, não posso deixar de registrar os ancestrais da facção brasileira: Emiliana Sarmiento Ferreira, Maria Valmont, Yolanda de Carvalho e Chaves, Américo Guerra, Aurélio Barroso Rebelo, Fernanda Braga e Machado Coelho, o primeiro e o mais



Benedito Nunes, Maria Sylvia e Paulo Chaves Fernandes em visita a Paris.

constante interlocutor da *intelligentsia* francesa em Belém, que, por direito, deveria agora falar-vos, e a quem saudosamente rememoro. Àquela época, já avançada a década de 50, Machado fundara as *Amitiés Franco-brésiliennes*, matriz pré-histórica da atual Aliança. Basta isso para que os hoje professores de francês lhe creditem, como faço agora a esse amigo, merecida homenagem.

Max Boudin, por direito histórico o primeiro de minha lista da França Antártica, não se adaptaria à primitiva Aliança, em confronto com os primeiros diretores dessa instituição, arrogantes uns, intelectualmente medíocres outros.

Ele, Max, provinha do primeiro grupo, pacifista e anti-colonialista da revista *Espirit*, antes de 1939, sob a direção de Emmanuel Mounier. Nascido em Perpignan, de avós bascos, aprendera o árabe, o persa e o turco na *École des Langues Orientales*. Max, que já dominava o catalão, o italiano, o inglês, o alemão, o urdu e o provençal, aqui se familiarizou com o tupi tenetehar, lado a lado com o português, que falava sem sotaque, salvo na palavra tubarão, sempre pronunciada com o “r” rascante. Para ganhar a vida, esse linguista e antropólogo passou a lecionar, como ele dizia, o le-la-les em colégios particulares. Os urubus haviam-no incorporado à tribo. Trazia o sinal dessa incorporação em suas orelhas furadas. Foi então que começou a abrir as fichas, cinco mil ao todo no final, da língua tupi, base de seu *Dicionário de tupi*

moderno (1966) e de sua análise estrutural dessa língua, *O Simbolismo verbal primitivo* (1963). Já era professor da Faculdade de Filosofia de Presidente Prudente, em São Paulo, que publicou esses livros, quando morreu em 1992.

Teria ele, como eu, na Belém dos anos 50, frequentado a melhor livreria da cidade, a Dom Quixote, de propriedade de Haroldo Maranhão,

sita no final da galeria por onde hoje se abre a porta lateral da Igreja Universal, outrora Cine Palácio. Eu havia chegado de minha primeira estada na França, no segundo semestre de 1960. Sartre passava por Belém, a caminho de Cuba, depois de ter publicado no Rio o seu livro reunindo os artigos que escrevera sobre a tomada do poder por Fidel Castro, *Furacão sobre Cuba*. Procurei-o no Grande Hotel onde estava hospedado em companhia de Simone de Beauvoir, a pedido de Haroldo, para saber se estavam dispostos a conceder uma tarde de autógrafos na Dom Quixote. Formou-se imensa fila na proximidade da livraria. Os dois autografaram todos os seus livros disponíveis ali. Eu ainda estava às voltas com o original do calhamaço de Sartre recém-publicado, por mim trazido na bagagem, *A Crítica da Razão Dialética*, tentativa para juntar marxismo e existencialismo, sobre a qual ainda chegara a conversar com Paul Ricoeur, em Fontenay-aux-Roses onde ele morava, naquele recuado início da década de 60. "Ainda é cedo para se comentar esse livro", dizia-me Ricoeur, hoje autor de volumosa obra, mas que até então só publicara a importante coletânea *Histoire et Vérité*. No momento, preparava, ao longo de um de seus cursos, *O problema do Mal*, o que seria mais tarde o díptico *Finitude et Culpabilité* (*L'Homme faillible, La symbolique du Mal*), uma original interpretação da finitude humana como falibilidade,

complementado por uma "simbólica do mal", da autoria desse independente discípulo de Jaspers, que elaboraria a primeira crítica consequente do estruturalismo linguístico. Seu exame dos grandes mitos ocidentais, como o mito adâmico da queda, que atravessa da religião para a filosofia enquanto



Michel Foucault, autor de *Histoire de la Sexualité*, e Benedito Nunes, nos anos 1970.

narrativa dramática, fez-se quase ao mesmo tempo que a análise dos mitos primitivos por Claude Lévi-Strauss, enquanto reconstrução sintética da Natureza por meio de imagens sensíveis, graças, como explica esse antropólogo em *La Pensée Sauvage*, a um trabalho mental semelhante à francesíssima prática do *bricolage*, intraduzível, para outras línguas e culturas.

Lévi-Strauss, então tratando dos mitos relativos aos modos de comer (*Les manières de table*), lecionava na mesma sala do Collège de France que ocuparam H. Bergson e M. Merleau-Ponty, este último talvez o único pensador francês sob a influência da fenomenologia husserliana, a tentar, estudando a vida, os organismos, o comportamento animal, uma *Filosofia da Natureza*. Sua morte prematura em 1961 interrompeu esse notável trabalho que procurava conciliar as tradições divergentes de Henri Bergson e Edmund Husserl. Depois a mesma sala seria ocupada por Michel Foucault, que conheceria em Belém, na casa de Machado Coelho, de passagem para a ilha do Marajó em uma de suas férias. Nessa ocasião, ao perguntar-lhe se estaria disposto a prelecionar na Universidade Federal do Pará, acenou-me com a possibilidade de voltar no ano seguinte só para esse fim. A promessa foi cumprida em 1977, seu ano sabático.

Eu e os demais professores de Filosofia decidimos preparar-nos para as aulas de Foucault, estudando-lhe a obra em crescimento. Restava, entretanto, o problema a resolver da obtenção de uma plateia relativamente numerosa, estável e seleta. Conseguimos o compromisso de 60 pessoas, aptas para acompanhar as exposições em francês de Michel Foucault. Esse avantajado grupo, do qual participaram, além de

estudantes mais adiantados, professores de diferentes Centros ou Faculdades, só pôde ser constituído devido aos bons resultados do antigo, tradicional e pré-universitário ensino desse idioma em nosso meio, desde o período da *belle époque*, quando Belém começou a mirar-se em Paris pelo espelho cosmopolita através do qual o inteligente e sensível *maire* Antonio Lemos, deposto em 1912, *avis rara* em nosso meio, enxergava nossa cidade.

Quero dizer que o êxito daquele agrupamento pode ser creditado à facção brasileira da França Antártica, ou seja, a nossos mestres de língua francesa, os meus, da minha geração e da que a precedeu. Pois bem: aqueles mestres nacionais haviam estudado na Europa, fosse em Portugal, na França ou na Suíça. Alguns deles lecionavam em suas próprias casas, como a senhora que me ensinou de graça, pelo simples prazer de ensiná-lo, o idioma francês, seguindo o método Berlitz, Dona Emília Alice Cardoso do Amaral, para os familiares e conhecidos Dona Velha; outros trabalhavam nos colégios particulares e públicos da época, como Lucy Araújo, Elisa Silva, a Lili, e Licio Solheiro.

Dona Velha, já idosa, transbordava de energia intelectual; de sua majestosa casa, há muito demolida, a um quarteirão de distância da minha ressoava-lhe a voz tonitruante. Com ardor cotidiano, sem esmorecimento, dedicava-se aos seus poucos alunos e ao estudo das línguas estrangeiras. Em benefício deles organizava cadernos de sinônimos e antônimos em francês. Estudara em Portugal, como Lili. Já quase no fim da vida, arranjei-lhe, a seu pedido, um dicionário de alemão para que pudesse, por conta própria, aperfeiçoar o conhecimento dessa língua, que começara a aprender quando estudara em Portugal.

O método direto também



Cenário típico do tradicional mercado do Ver-O-Peso, em Belém, sob o olhar de Benedito Nunes.

era adotado por *Mlle. Lucy*, que, no meu primeiro dia de aula no Moderno, isso nos anos 40 do século passado, entrou em sala esmurando exemplificativamente *le mur, le tableau noir, le pupitre...* Ela tinha belas pernas, diziam meus colegas. Não assim Dona Lili, baixinha, atarracada, usando no rosto uma máscara de creme branco, e que não tive como professora. Mas as duas, Lucy e Lili, eram colegas e amigas, sempre as via juntas no cinema, onde só conversavam em francês antes e durante as sessões.

Já no final da década de 40, um só professor, Licio Solheiro, lecionava tanto francês quanto inglês para as turmas mais adiantadas do Moderno. De vez em quando se referia a "meu mestre Felicien de Saussure", nada mais nada menos, como muito mais tarde atinamos, do que o az do estruturalismo, tão citado nos anos 70,

o Saussure, autor do *Cours de Linguistique générale* (1911), com quem estudara na Suíça. Licio não tinha método, nem direto nem indireto. Daí as aulas de francês antigo que nos dava: escrevia no quadro-negro o *Serment de Strasbourg* e trechos da *Cantilena de Santa Eulália*. E, como ainda não havia cópia xerox, grafava a giz no mesmo quadro-negro extensos trechos da *Chanson de Rolland*, cuja tradução pedia nos trabalhos de classe do período, as chamadas provas parciais. Eu podia ter sido um especialista de francês medieval. Mas é hora de encerramos este escólio para voltarmos à visita de Foucault na Universidade Federal do Pará.

Mobilizamos, pois, como dizia-mos antes, sessenta pessoas para o curso a ser dado pelo autor de *Surveiller et Punir*. E no intuito de afiançar o comparecimento desse grupo, numericamente considerável, organizamos uma lista de



controle ou de honra, com os nomes dessas pessoas. O curso, versando sobre assunto novo, logo depois divulgado em livro sob o título *Histoire de la Sexualité* (*História da Sexualidade*), diariamente, às 7 da noite, sustentado por fiel e atenta plateia de professores, advogados e médicos, durou uma semana. Mas estávamos em 1975, no auge do regime de exceção, militar e militarista, que nos foi imposto em 1964. Mal Foucault saiu de Belém, o SNI, Serviço Nacional de Informação, agência secreta pré-inquisitorial, requisitou ao Diretor do Centro de Filosofia, onde as conferências se realizavam, a relação dos frequentadores daquelas aulas de subversão. E a lista teria ido parar na mão dos agentes governamentais, ou seja, dos agentes policiais, não fosse a coragem e a honradez do então Reitor Clovis Malcher, que, assumindo o lugar e responsabilidade do mencionado

Diretor, se negou a fornecê-la.

Palavras, ó palavras, que grande potência é a vossa, como diz no *Cancioneiro da Inconfidência*, o verso de Cecília Meireles, aplicável a esse episódio da *petite histoire* e à poesia de Michel Deguy, aparecida entre nós, como o seu autor, em 1999.

Lendo-se os poemas de seu livro *Gisants* (1985), reeditado, que combinam a reflexão e a expressão, o verso e a prosa, compreendemos melhor o dito de Aristóteles a respeito da superioridade filosófica da poesia sobre a história. *L'imagination est l'hôte de l'incommaissable / Ayant plongé au fonds de l'incommu*, escreve Deguy em seu *L'iconoclaste*. Aristóteles terá querido afirmar que é a imaginação, suporte dessa superioridade, a guia do conhecimento empírico, factual. Mas faltou ao autor da *Poética* a ideia de reunir o poeta e o historiador. Pois o primeiro

ajudaria o segundo a projetar sobre a história já feita a história que está por fazer, como o reverso imaginável de uma realidade a conquistar pela escrita, pela historiografia. A poesia é filosoficamente superior à história, porque suplementa o acontecido com o que pode acontecer, o real empírico com o possível imaginado. E o que é o filósofo senão o poeta do possível ou, então, como disse Michel Foucault de si mesmo, num momento de sua visita, *un historien d'un type particulier?*

Serge Gruzinski, do Centre National de la Recherche Scientifique, e Nathan Wachtel, do Collège de France, ambos à frente de novas vertentes da história, principalmente das Américas, encarnam esse historiador de uma espécie particular, porque tentam revirar o acontecido. Para eles, o possível imaginado é o real dos vencidos encoberto pelos vencedores, ponto de vista inverso ao das histórias oficiais da América Central, com os aztecas, e da América do Sul, com os maias, os quichuas, os indígenas brasileiros e os negros escravos africanos. São histórias da Conquista, a portuguesa e a espanhola, que silenciaram a voz dos conquistados, uma ampla categoria, inclusiva de duas outras, a dos idólatras – como os negros e os indígenas para os padres catequistas – e a dos desviantes, sejam judeus cristãos-novos, sejam feiticeiros ou sodomitas, para o olhar sadomasoquista da Inquisição.

Nathan Wachtel recorre a fontes autênticas, que permitem reconstituir os acontecimentos anteriores à chegada dos espanhóis e que podem remeter-nos ao “contexto global das diversas sociedades indígenas”. O que a elas sucedeu destruiu-lhes a cultura: o que significa, em primeiro lugar, a morte de seus deuses. Os acontecimentos da conquista são traumáticos, subsistindo, transformados, no folclore, como nos mostra Nathan Wachtel em *La vision*

des vaincus. O que também subsiste é a tradição enrijecida, como forma de resistência dos conquistados. Essa resistência pode estar na lembrança, mais propriamente na fé da lembrança, como é o caso dos cristãos-novos da península Ibérica – dos marranos –, “em sua quase totalidade de origem portuguesa”, estudados em *La Foi du Souvenir (Labyrinthes marranes)*.

Por que foi condenado em 1739 à fogueira inquisitorial, em Lisboa, Antonio José da Silva, judeu cristão-novo, dramaturgo de 21 anos, autor de peças para marionetes, nascido no Rio de Janeiro e advogado na capital do Reino quando, no seu processo, os familiares da Inquisição, que o espionavam diariamente no cárcere, nada testemunharam que pudesse confirmar a delação de práticas judaizantes? Nathan Wachtel inclina-se para a tese de que a condenação de Antonio José da Silva, o judeu, resultou “das ideias subversivas que seu teatro espalhava entre o público”.

Serge Gruzinski, quando estuda a sujeição do México aos espanhóis, trata não só de antagonismos cruentos, como esse ilustrado pela tragédia de Antonio José da Silva, mas também de conflitos entre os contrários, unidos por laços de sangue ou de mistura cultural, que começam a formar-se nos albores da era moderna. “Sem que se devam esquecer os horrores da colonização e os estragos causados pela ocidentalização, a mestiçagem dos seres e das culturas”, escreve ele em *A Passagem do Século (1480-1520)*, “será incontestavelmente uma das heranças mais preciosas e mais duradouras que nos terá transmitido a passagem do século XV para o século XVI”. Esse historiador-filósofo não teme completar a nomeação da mestiçagem

das culturas. Se a mestiçagem dos seres é a dos corpos, a das culturas é a do espírito ou do pensamento. Logo, há um pensamento mestiço, *une pensée métisse*, que se traduz na poesia, na pintura, nas artes em geral, criando uma linguagem e uma visualidade de interpenetração dos opostos, de fusão das diferenças. A visão dos vencidos é mestiçagem. Mestiça é a visão dos colonizados, o que a História do Brasil, culturalmente considerada, traduz sobejamente.

A ascensão do nosso modernismo, em 22, fez-se buscando esse pensamento mestiço, finalmente condensado por uma das mais fortes correntes desse movimento, na ideia da antropofagia ritual, testemunhada por Jean de Léry lá où *Villegaignon print terre*, como escreve Montaigne, e que se firmaria, de acordo com o *Manifesto Antropófago* de 28, assinado por Oswald de Andrade, na medida em que pudéssemos comer, deglutir, interiorizar, a cultura europeia de além-mar, tornando nosso o mais exterior, o mais adventício, o mais estranho a nós mesmos, tal como acertou fazer aquele chamado herói do nosso povo e da nossa gente, Macunaíma, saga ou sagarana escrita pelo outro Andrade, Mário, depois de sua viagem à Amazônia.

Seguindo a trilha da mestiçagem, o modernismo ainda nos trouxe, ao efetuar, tal como sucede nos livros de Gruzinski e Wachtel, o cruzamento da etnologia com a história, duas obras mestras das ciências sociais no Brasil, *Casa Grande e Senzala* (1933), de Gilberto Freyre e *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda (1936), que nos fizeram ouvir as vozes dos principais vencidos entre nós, os índios e os pretos escravos.

Finalmente, devo falar-vos de

quem não entrou na relação anterior: um mestiço voluntário ou às avessas, Michel Riadel, que viveu entre nós, em Belém, como professor *coopérant* de francês da Universidade Federal do Pará e que agora ensina numa das Universidades de Paris, como *agregé* dessa cidade onde nasceu e reside, aí publicando regularmente há vários anos já, uma revista mensal em francês para franceses, *Infos Brésil*, espelho límpido da política, dos livros e da arte brasileiros. Se eu fosse governo, já teria dado a ele a Ordem do Cruzeiro do Sul (é um dos raros que a merecem), por reais serviços prestados ao Brasil, sem mordomia e benesses. Mas para ganhá-lo, Michel, de apurado senso crítico, aplicado sobretudo à produção corrente da literatura, da música e do cinema brasileiros, teria que imprimir sua revista em papel brilhoso, em grande formato, exibindo os retratos, engalanados em verde e amarelo de nossas autoridades constituídas. O que, tenho certeza, ele jamais fará como franco-brasileiro e franco-atirador, franco-timor do pensamento que é. Também vocês todos são – ou na forma clássica vós todos sois – cidadãos de nossa professoral Antártica, nada ilusória, paradoxalmente se tornando mais real quanto mais imaginariamente nos transporta das cercanias da ilha de Villegaignon na Guanabara à ilha das Onças no Guamá, confronte a Belém.

Belém, out. 2002/ago. 2003.



Artigos



Zeno Veloso

Lei nº 11.441, de 04.01.2007

Aspectos práticos da separação, divórcio,
inventário e partilha consensuais

Resumo

O artigo analisa a Lei nº 11.441/07 que regula o novo procedimento – administrativo – para a separação, o divórcio, o inventário e a partilha, através de escritura pública. Aborda questões não previstas expressamente na nova lei como a união estável, as relações homoafetivas, a separação de corpos, a sobrepartilha e o inventário negativo, efetuando uma interpretação extensiva. Examina os requisitos para o procedimento na via administrativa inclusive sobre a separação da esposa grávida, abordando os direitos do nascituro. Efetua análise sobre a possibilidade e necessidade de as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e à retomada pelo cônjuge do nome de solteiro ou sua manutenção, constarem da escritura pública. Aborda a forma de reconciliação dos cônjuges separados mediante escritura pública e analisa a possibilidade de prisão civil do devedor em caso de inadimplemento da pensão alimentícia. Informa, mediante o Direito Comparado, que a partilha extrajudicial é utilizada em vários países e que não se aplicam ao inventário extrajudicial as regras de competência estabelecidas no Código de Processo Civil. Efetua estudo sobre a possibilidade de ser feita cessão e transferência de direitos hereditários seguida da partilha, na mesma escritura.

Palavras-chave

Lei nº 11.441/07. Resolução nº 35/2007 CNJ. Procedimento administrativo. Divórcio. Separação. Inventário. Partilha. Escritura pública.

Abstract

This paper analyses Law nº 11.441/07 which regulates the new administrative procedures on the issues: separation, divorce, inventory and deed of partition. It touches questions which have not been expressly foreseen in the new Law such as the stable union, the homoaffective relations, the separation a mensa et thoro, the probate de bonis non, and the negative inventory, achieving an extensive interpretation. It examines the requisites for the procedure in the administrative via including the pregnant wife separation, approaching the rights of the unborn child. It analyses the possibility and need of provisions in the Deed which deal with description and partition of the Marital property, Alimony, and the retaking, or not, of the maiden name by the spouse. It touches the spouses' reconciliation whose separation was made through Deed and analyzes the possibility of civil arrest of the debtor in the circumstance of Alimony default. It informs in accordance to the Comparative Jurisprudence, that the extrajudicial partition is employed in several countries and the competence rules established in the Code of Civil Procedures do not apply to the extrajudicial inventory. It studies the possibility of making the assignment and transference of hereditary rights following the partition in the same deed.

Key words

Law nº 11.441/07. Resolution nº 35/2007 National Council of Justice (CNJ). Administrative Procedures. Divorce. Separation. Inventory. Partition. Deed.

Lei nº 11.441, de 04.01.2007

Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais

Law nº 11.441, of jan 04, 2007
Practical aspects of separation, divorce,
inventory and voluntary partition

Zeno Veloso*

*Professor de Direito Civil e Direito Constitucional; doutor *honoris causa* da Universidade da Amazônia (UNAMA); *notório saber* reconhecido pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Medalha do Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados; Voto de Louvor do Senado Federal; Diretor Regional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Introdução

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, alterou completamente – e para melhor, muito melhor – o panorama do direito brasileiro com relação aos temas que veio regular – a separação, o divórcio, o inventário e a partilha – que, desde então, puderam ser feitos por via administrativa, através de escritura pública, observados os requisitos mencionados na aludida lei, representando negócios jurídicos com eficácia plena, por si mesmos, abrindo-se, pois, a faculdade de serem resolvidas essas questões fora do Poder Judiciário.

No art. 1º, a Lei nº 11.441/2007 deu nova redação ao art. 982 do Código de Processo Civil, que ficou assim:

Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial, se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Aqui, a referida lei regulou tema relativo ao Direito das Sucessões.

O art. 3º da Lei nº 11.441/2007 acrescentou o art. 1.124-A no Código de Processo Civil, *verbis*:

A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Neste ponto, a citada lei normatizou matéria integrante do Direito de Família.

Os poucos artigos da Lei nº 11.441/2007 têm gerado efeitos incontáveis, regendo situações diversas, inimagináveis por seus autores, mostrando que a lei, muitas vezes, elege o seu destino, abre veredas, segue caminhos próprios e é mais sábia do que o legislador.

Como apareceram muitas divergências quanto à aplicação da referida lei – e algumas dúvidas e objeções foram apresentadas pelos que renegam o novo e preferem manter a mesmice, o atraso –, os Tribunais de alguns Estados emitiram provimentos editando regras interpretativas e estabelecendo preceitos relativos à aplicação da Lei nº 11.441/2007. Entretanto, muitas regras dos diversos Tribunais eram conflitantes entre si, gerando desconforto, perplexidade, insegurança. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolveu intervir, considerando a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação dessa lei em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos, e editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, que é de leitura e conhecimento obrigatórios para quem deseja estudar o assunto.

A Resolução nº 35 do CNJ alcançou o objetivo de pacificar a matéria, superando as dificuldades que surgiram com a descoincidência entre os provimentos estaduais, mas, sem dúvida, algumas regras que ela contém são de direito material, autênticas normas substanciais, que só poderiam ser emitidas pelo Congresso Nacional, e com a sanção do Presidente da República. Enquanto a Lei nº 11.441/2007 tem somente 5 artigos, sendo que o art. 4º afirma que ela entra em vigor na data de sua publicação e o art. 5º revoga o parágrafo único do art. 983 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro 1973 – Código de Processo Civil, restando os três primeiros artigos para tratar do tema de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, a Resolução nº 35/2007 do CNJ, para regulamentar esses três dispositivos, pasmem, tem 54 artigos!

Não há nenhum exagero ao afirmar que a Lei nº 11.441/2007 é de extrema importância, introduziu um avanço notável, representa verdadeiro marco no direito brasileiro, porque faculta aos interessados adotar um procedimento abreviado, simplificado, fora do Poder Judiciário, sem burocracia, sem intermináveis idas e vindas. O cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar.

Se o afeto acabou, o relacionamento amoroso findou, o casamento faliu, marido e mulher, com a separação e o di-

vórcio, apenas querem legalizar uma situação já existente, pretendem somente formalizar o desmoronamento da vida conjugal. Se, afinal, o desencontro, irremediavelmente, ocorreu, o desenlace é inevitável, o viver juntos tornou-se insuportável, o legislador não tem de criar obstáculos e dificuldades para que se chegue, prontamente e com segurança, ao desfecho do impasse, mas, ao contrário, precisa facilitar a materialização da dissolução da união que, na vida e na prática, já acabou. A separação ou o divórcio não é a causa ou a doença, mas o remédio para o mal. Um remédio amargo, talvez. Mas, às vezes, é preciso tomar medicamento travoso para curar a enfermidade.

Durante um longo e tenebroso tempo, e sob o argumento falacioso de que “era preciso manter a paz e a tranquilidade das famílias”, o divórcio foi proibido em nosso País, como se isso pudesse garantir o amor eterno. Tratava-se de influência da religião, outrora oficial. No direito canônico, o casamento é considerado sacramento e não se admite a dissolução do vínculo conjugal válido, fora da morte, e apenas se concede a separação *quoad thorum et habitationem*, equivalente ao antigo desquite e à atual separação.

Graças, sobretudo, à atuação de um homem admirável, grande político e jurista, Néelson Carneiro – o pai do moderno Direito de Família legislado do Brasil –, conseguimos superar a questão, vencer as adversidades e o divórcio, desde 1977, é permitido. Mas foi mantido o desquite, com mudado nome: separação judicial.

Tanto a separação judicial – como a própria denominação indica –, quanto o divórcio só eram obtidos através de ação judicial, com todos os percalços, dificuldades e angústias dos que precisam resolver alguma pendência na Justiça.

A Lei nº 11.441/2007 alterou profundamente o quadro. Mantida a possibilidade de se recorrer à Justiça, que, aliás, é garantia constitucional, permitiu, sob determinadas condições e havendo acordo entre as partes, que a separação e o divórcio, bem como o inventário e a partilha sejam feitos administrativamente, por acordo de vontades, através de simples escritura pública, estabelecendo, portanto, uma solução negocial. Houve, inequivocamente, a desjudicialização (!) da matéria.

Portanto, na interpretação da Lei nº 11.441/2007 esses fatos e essas razões têm de ser observados, precisam ser

considerados. Trata-se de uma lei que veio facilitar, baratear, simplificar, descomplicar, desburocratizar. O que for estabelecido na escritura de separação e divórcio, de inventário e partilha tem de ter a mesma força e vigor do que a sentença judicial respectiva. Ou é assim – e tem de ser assim –, ou de nada teria adiantado o esforço.

Adiante, apresento o que chamo “primeiras reflexões sobre a nova lei”, que já externei em vários seminários e congressos, por todo o País. Como não sou – e não quero ser – “dono da verdade”, minhas conclusões a respeito da Lei nº 11.441/2007 ficam submetidas à reflexão e ao debate. Eu ensino com o coração de estudante; eu ensino para aprender.

Comentários

1) Alguns autores opinaram que a Lei nº 11.441/2007 incorreu em omissão porque não previu que as questões referentes à união estável pudessem ser resolvidas por escritura pública. A crítica não procede. A união estável é uma situação de fato. Observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, a entidade familiar está constituída, automaticamente, por força de lei, independentemente de qualquer formalidade, sem necessidade de algum papel ou documento. O Código Civil, art. 1.725, permite que, por contrato escrito, os companheiros escolham o regime de bens que vigora entre eles, diferente do regime legal, que é o da comunhão parcial de bens. Nada impede que os companheiros celebrem um contrato – por escritura pública ou instrumento particular – reconhecendo a existência de união estável entre eles, adotando cláusulas, regulando alguns aspectos de seu relacionamento. Ademais, se a afetividade terminar, a dissolução da união estável dá-se pela só extinção da vida em comum, pelo término da convivência. E nada impede – ao contrário, tudo milita para que isso ocorra – que os ex-companheiros celebrem um contrato, expressando o fim de sua união, estabelecendo os efeitos patrimoniais dessa dissolução – partilha de bens, obrigação alimentícia – e outras disposições.

Em suma, praticamente tudo que se pode fazer e estatuir, por escritura pública, para formalizar a separação consensual e o divórcio consensual das pessoas que se casaram, pode ser realizado e estabelecido, por escritura pública, para confirmar o desfazimento da união dos que optaram em constituir família sem o vínculo matrimonial.

E essa conclusão se aplica às relações homoafetivas. O casal homossexual pode, é claro, celebrar uma escritura pública, declarando, formalmente, seu relacionamento familiar, segundo sua orientação sexual, que tem de ser respeitada, que não pode ser objeto de preconceito e discriminação. Esse pacto de convivência é legítimo. Do mesmo modo, pode a parceria homossexual outorgar escritura pública reconhecendo a extinção do relacionamento e a separação dos conviventes, estatuinto, inclusive, efeitos patrimoniais. Mas se houver filho comum (no caso de adoção conjunta, o que a jurisprudência vem admitindo), e se o filho é menor, a extinção do relacionamento homoafetivo precisa ser objeto de ação judicial.

2) Para que o casal promova sua separação, via administrativa, através de escritura pública, não pode ter filhos menores ou filhos maiores que sejam incapazes. É preciso observar o prazo do art. 1.574 do Código Civil, ou seja, os cônjuges precisam estar casados há mais de um ano.

Se o casal tem filho com menos de 18 anos, que, entretanto, foi emancipado, consoante o art. 5º, parágrafo único, incisos I a V, do Código Civil, pode separar-se por escritura pública. A emancipação faz cessar a incapacidade; a pessoa emancipada fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Não há interesse de incapaz a ser resguardado pelo Ministério Público e pelo juiz, e, por isso, não há razão ou motivo para proibir que os pais de um filho emancipado promovam a sua separação pela via administrativa.

O legislador sinalizou, claramente, que não quer que a separação e o divórcio sejam realizados administrativamente, por escritura pública, se o casal tem filho menor ou incapaz. A dissolução da vida conjugal, nesse caso, tem de seguir, inexoravelmente, o procedimento judicial. É que todas as questões relativas aos filhos pequenos (crianças, adolescentes) ou maiores, mas incapazes – guarda, visita, alimentos e outras disposições – têm de ser feitas com a fiscalização do Ministério Público e direta intervenção do juiz, além de participação de equipe interdisciplinar, se for o caso.

Cristiano Chaves de Farias (2007, p. 134) opina que se o casal tem prole, ainda incapaz, comum, poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, “dês que o pacto ajustado não verse sobre eventuais direitos dos filhos, que são indisponíveis”. Assim, o casal

poderia, através de escritura pública, ajustar a partilha dos bens comuns, os alimentos devidos reciprocamente e a eventual permanência do nome de casado, deixando para resolver as questões atinentes à guarda e visita dos filhos e aos alimentos devidos a eles (além de outras eventuais indagações) na via judicial, através de ações próprias. Embora louvando a criatividade da ideia do autor, que almeja facilitar a solução da crise conjugal, deixando para juízo sucessivo a decisão sobre os interesses dos filhos, confesso que tenho grande dificuldade de aderir à sua tese, na falta de uma disposição legal expressa a esse respeito.

Apesar da vedação expressa que faz a lei para a utilização da separação ou do divórcio extrajudicial se o casal tem filhos menores, ou filhos maiores, mas incapazes, Rolf Madaleno (2008, p. 253) pondera que em nada interfere a separação ou o divórcio extrajudicial se o casal já cuidou de acordar em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, visitas e aos alimentos da sua prole menor ou incapaz, ou mesmo se já tratou desses itens em uma antecedente separação consensual de corpos homologada e transitada em julgado. Essa opinião de Rolf tem respaldo no direito comparado, especialmente na legislação portuguesa, como será visto logo a seguir, e coincide com a lição de Cristiano Chaves de Farias, acima apontada, a respeito da qual já dei o meu parecer, que é extensivo ao magistério do professor Madaleno.

No direito português, a separação de pessoas e bens, por mútuo consentimento, é requerida por ambos os cônjuges, sem indicação de causa, e pode ser judicial ou administrativa, esta última na Conservatória do Registro Civil, se o casal não tiver filhos menores, ou se, havendo esses filhos, o poder paternal já estiver judicialmente regulado. As mesmas regras se aplicam ao divórcio por mútuo consentimento (Código Civil português, arts. 1.773,2; 1.778-A, 1; 1.794). Portanto, lá como aqui, não é mais exigível, de modo absoluto, uma declaração judicial, mediante sentença, para a dissolução da sociedade conjugal (separação) ou para a extinção do casamento (divórcio).

E se a esposa estiver grávida, pode separar-se por escritura pública? A Lei nº 11.441/2007 diz que a via administrativa para a dissolução da vida conjugal só é possível se não houver filhos menores ou incapazes. A meu ver, a disposição inclui o nascituro. O nascituro não é um vegetal,

uma coisa qualquer, mas uma pessoa que está por nascer. Todo ser humano menor de 18 anos recebe proteção especial, não só depois, como antes do nascimento. A personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Sim, há direitos que não dependem do nascimento com vida. O primeiro deles é o direito à própria vida, e mais: direito à integridade física, à saúde, aos alimentos, direito de ser reconhecido, de ser adotado, de estar submetido ao poder familiar, à curatela, de receber doação, direito sucessório. O nascituro já adquiriu o *status* de filho. Silmara Chinelato e Almeida (2000, p. 222) enuncia:

Tendo em vista que o nascituro é um ser humano, é plenamente defensável poder ser incluído no conceito de *criança* do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Sem o servilismo de uma compreensão literal-gramatical, e, ao contrário, fazendo uma interpretação teleológica, finalística, dando uma exegese extensiva, com leitura do texto conforme a Constituição Federal, não tenho dúvida de concluir que, se o casal estiver esperando um filho, se há uma criança *in fieri*, a separação por via administrativa não é admissível. Como diz Ferrara, citado por Carlos Maximiliano, os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. Neste assunto, a semelhança das hipóteses supera a mera semelhança, é mais do que parelha, chegando à equivalência, à igualdade (CASSETARI, 2007, p. 32-33).

3) É possível que na escritura pública o separando seja representado por procurador. Mas o mandato tem de ser outorgado por instrumento público, para atender a exigência do art. 657, primeira parte, do Código Civil, e deve conter poderes especiais. O mandato em termos gerais não pode ser utilizado para a representação numa escritura pública de separação. O art. 1.542 do Código Civil deve ser aplicado, analogicamente. Por sinal, num sistema jurídico, como o nosso, que admite a celebração do próprio casamento por procuração, que razão haveria para que a separação e o divórcio não pudessem ser feitos com a utilização de mandato? Alerta-se que a circunstância de estar o cônjuge representado por procurador não dispensa a presença do advogado que, na forma da lei, deve assistir as partes, conforme mostrarei a seguir.

4) Na escritura de separação ou de divórcio (bem como na de inventário e partilha consensuais), os contratantes têm de ser assistidos por advogado comum ou advogado de cada um deles. A presença desse profissional, legalmente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é exigência capital, solenidade impostergável, cuja preterição invalida a escritura, fulminando-a de nulidade, consoante o art. 166, inciso V, do Código Civil.

Não há necessidade de as partes entregarem uma procuração ao advogado. A meu ver, já há o mandato tácito, previsto no art. 656 do Código Civil, caracterizado pela própria presença do advogado, assistindo seu cliente, fiscalizando o ato, assinando a escritura pública.

5) A Lei nº 11.441/2007 permitiu o emprego da via administrativa não somente para a separação consensual – que extingue a sociedade conjugal –, como também para o divórcio consensual – que rompe o vínculo matrimonial, dissolve o próprio casamento.

No direito brasileiro, em regra, o divórcio é obtido por conversão, e é chamado divórcio indireto: decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio (Constituição Federal, art. 226, § 6º, primeira parte; Código Civil, art. 1.580, *caput*). O divórcio direto pode ocorrer no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos (Constituição Federal, art. 226, § 6º, segunda parte; Código Civil, art. 1.580, § 2º).

Admitindo a Lei nº 11.441/2007, com o art. 1.124-A, que introduziu no Código de Processo Civil, a utilização de escritura pública de divórcio consensual, e não tendo feito qualquer distinção, isso vale para a conversão da separação em divórcio, como para o divórcio direto, com base na comprovada separação de fato do casal, por mais de dois anos. Neste último caso, a comprovação do transcurso do lapso temporal mínimo de dois anos de separação de fato pode ser feita por todos os meios admitidos em direito. A prova testemunhal será a mais utilizada. Além da declaração das partes, sob as penas da lei (que, a meu ver, goza da presunção de que é verdadeira, e devia ser suficiente, bastante), duas testemunhas comparecem à escritura, atestando, confirmando que os cônjuges estão separados de fato há mais de dois anos.

No futuro, quando já existirem muitas separações feitas por escritura pública, em consequência do que faculta a Lei nº 11.441/2007, o divórcio indireto poderá ser acordado, por escritura pública, não só depois de um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, como depois de ter passado um ano da lavratura da escritura pública de separação consensual.

Aproveito a oportunidade para afirmar que apoio o movimento de alteração de nossa legislação – que, no caso, tem de passar por uma emenda constitucional – para acabar com essa dualidade: separação e divórcio, de modo que a ruptura da vida conjugal ocorra apenas pelo divórcio. Paulo Lôbo (2008, p. 127) expõe que essa duplicidade de tratamento legal não mais se sustenta e, nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) elaborou anteprojeto de emenda constitucional, que iniciou sua tramitação como projeto na Câmara dos Deputados, para dar nova redação ao preceito constitucional, suprimindo-se a referência à separação, com previsão exclusiva ao divórcio direto amigável ou litigioso. A chamada “PEC do Divórcio” (nº 413-C) já foi aprovada na Câmara dos Deputados e está dependendo das votações no Senado Federal (cf. Constituição Federal, art. 60, § 2º). Maria Benice Dias (2007, p. 269) diz que a separação é instituto que traz em suas entranhas a marca de um conservadorismo atualmente injustificável: “É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo”, concluindo que a dispensabilidade da dupla via para pôr fim ao matrimônio é evidente.

6) Diz o novo art. 1.124-A do CPC que da escritura pública constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Não se pense que essas cláusulas devam constar, obrigatoriamente, nessas escrituras. Como promover a partilha de bens comuns, se o casal não tem bens a partilhar? Como fixar o valor da pensão alimentícia, se ninguém vai pagar pensão? Como estabelecer que o cônjuge voltará a usar o nome de solteiro, ou manterá o nome que adotou

com o casamento, se não houve alteração do nome com o matrimônio?...

Em suma, as aludidas disposições constarão nas escrituras se for possível, necessário, dependendo do caso concreto, do interesse das partes.

Mesmo que existam bens comuns, por exemplo, os interessados podem querer não dividi-los, continuando a propriedade em condomínio, e a divisão poderá ser feita futuramente, por acordo, ou judicialmente. A comunhão se transmuda em condomínio, e a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, o que pode dar-se amigável ou judicialmente (*actio communi dividundo*, dos romanos). Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (cf. Código Civil, arts. 1.320 e 1.321).

Tratando-se de separação judicial consensual, o Código de Processo Civil, art. 1.121, parágrafo único, admite que a separação seja homologada sem a partilha de bens. O Código Civil, art. 1.581, enuncia que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Na III Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 255, incidente sobre o art. 1.575 do Código Civil: “*Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial*”. Essa tendência deve ser observada nos casos de separação consensual e divórcio consensual, realizados por escritura pública. O fundamental é resolver a questão pessoal, o problema patrimonial pode ser deixado para depois, e a falta de acordo quanto à divisão dos bens não deve atrapalhar, atrasar ou inviabilizar a separação ou o divórcio. No entanto, nada impede que fique a circunstância mencionada na escritura, ou seja, de que existem bens comuns e a partilha dos mesmos, se for o caso, será realizada no futuro. É conveniente e útil que essa ressalva fique expressa.

7) Mencionei, acima, que as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento, referidas no art. 1.124-A do CPC, não são obrigatórias, essenciais. Pode haver escritura de separação consensual ou de divórcio consensual sem referência a esses assuntos e, no caso de existirem bens comuns, deixando a divisão dos mesmos para depois;

e nada impede que as partes, nas aludidas escrituras, acordem sobre outras questões, resolvam outras pendências, que não as relativas aos temas apontados no dito art. 1.124-A do CPC. Estão, por exemplo, autorizados a fixar pensão alimentícia a um filho maior e capaz; a resolver que determinado imóvel do casal será doado aos filhos comuns, como adiantamento de suas legítimas; a estabelecer que um dos contratantes exercerá direito real de habitação sobre determinado apartamento. Não se infringindo a lei, a ordem pública e os bons costumes, quaisquer disposições ou ajustes são possíveis, com base no princípio da liberdade de contratar, da autonomia da vontade.

8) O Código Civil, art. 1.577, prevê que, seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Se, porém, o casal já se divorciou, e deseja reconstituir a vida conjugal, tem de casar novamente, pois o divórcio extinguiu não somente a sociedade conjugal, mas o próprio casamento.

A reconciliação dos cônjuges que estão separados pode ser feita por escritura pública. Não houve, quanto a isso, referência expressa na Lei nº 11.441/2007, mas, sem dúvida, está no seu espírito. Uma lei que veio permitir a separação do casal por escritura pública, portanto, sem intervenção judicial, agilizando, simplificando, facilitando o procedimento, sem dúvida, não estaria homenageando a lógica nem prestigiando o bom senso se exigisse a via judicial para a reconciliação. Então, numa interpretação finalística e sistemática da citada lei, observando-se os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º), entendo que o restabelecimento da sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial, mas continua indispensável, a meu ver, na reconciliação, a assistência do advogado das partes. Observe-se que o casal que se reconcilia não pode alterar, por força da própria escritura pública, o regime de bens que outrora vigeu. Embora o novo Código Civil não tenha adotado o princípio da irrevogabilidade e inalterabilidade do regime de bens e, ao contrário, admitiu a mudança do regime, condiciona a alteração a três requisitos: autorização judicial, motivação relevante, ressalva de direitos de terceiros (art. 1.639, § 2º). A norma especial a respeito da matéria, como se vê, exige a intervenção judicial.

9) Se o casal fizer a descrição de seus bens e promover a partilha dos mesmos, e se esta for desigual – por exemplo, um

imóvel do patrimônio comum coube, exclusivamente, à mulher, ou, no caso de o casal possuir três imóveis, de valores equivalentes, um dos cônjuges fica com um deles, somente, cabendo os demais ao outro cônjuge –, há incidência de imposto de transmissão. O fato gerador do tributo é a diferença dos quinhões atribuídos aos cônjuges; incide o imposto de transmissão (que se chama, também, imposto de reposição) sobre o que exceder à meação (Súmula 116 do STF).

10) O art. 1.124-A, § 3º, do CPC diz que a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. Basta, pois, a declaração da parte de que é carente, sem mais nada. Presume-se que a afirmação é verdadeira. Absurdo seria exigir a prova da miséria. Entretanto, o legislador disse menos do que queria e é necessário dar uma interpretação sistemática e teleológica ao texto. A gratuidade tem de ser estendida não só aos “demais atos notariais”, como aos atos registrais e a todos os outros que decorrem da escritura e são necessários para a plena eficácia da mesma. O dispositivo legal, com essa compreensão e amplitude, estará sendo lido de modo progressista, democrático, construtivo, conforme à Constituição Federal.

Mas o que o pobre não vai pagar são as custas, emolumentos notariais e registrais. Terá de pagar o tributo que incidir sobre o ato. Em alguns Estados, são previstos, ainda, selos de segurança e taxas relativas aos atos, destinadas aos tribunais, dos quais os pobres não estão dispensados, salvo provimentos, neste sentido, dos respectivos Tribunais de Justiça.

11) No caso de serem fixados alimentos na escritura pública de separação consensual, do varão em favor da mulher, por exemplo, e não havendo, depois, culposamente, o pagamento de prestações, discute-se se é possível a prisão civil do devedor, com base no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal e no art. 733 do Código de Processo Civil. A opinião dominante é a de que a prisão civil, em consequência do descumprimento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, só é admissível quando a obrigação foi estabelecida em título executivo judicial. Se o título executivo é extrajudicial – como o que se origina de obrigação assumida em uma escritura pública, por exemplo –, o não-pagamento da pensão alimentícia não pode ensejar a prisão do devedor (STJ, 3ª T., HC 22.401/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RT, 809/209).

O devedor de alimentos que, podendo, tendo dinheiro para cumprir, simplesmente não paga a pensão, está comprometendo a própria sobrevivência do credor. Prática, pois, ilícito gravíssimo, que precisa ser reprimido com o máximo rigor. A meu ver, ele tem de ser preso, como meio de coerção – aliás, extremamente eficaz, como bem sabem os que, saindo das puras elucubrações acadêmicas, têm experiência no foro –, com vistas a que ele forneça a verba alimentícia a quem dela necessita para atender necessidades básicas.

O que se decidiu, acordou e estabeleceu na escritura pública de separação ou de divórcio, prevista na Lei nº 11.441/2007, precisa ter a mesma força, o mesmo valor, efeito idêntico ao que teria a sentença do juiz. Se pode ser preso o devedor inadimplente e culposamente da pensão que foi estabelecida com a intervenção do Poder Judiciário, seria um disparate não poder ser preso o devedor inadimplente da pensão alimentícia contraída na escritura pública de separação ou de divórcio consensuais. O advento da Lei nº 11.441/2007 vai imprimir o entendimento de que a prisão, como meio de coerção do pagamento da obrigação alimentar, pode ser decretada com base no descumprimento do que foi estabelecido na escritura pública.

De qualquer sorte, expõe Cristiano Chaves de Farias (2007, p. 67), poderá o advogado das partes, preferindo, utilizar-se da via administrativa para dissolver o casamento (deixando de contemplar, em qualquer das cláusulas, a obrigação alimentícia, bem como não constando, também, que as partes renunciam ao direito de receber os alimentos), garantindo uma rápida modificação do estado civil dos consortes, e se valer da via judicial somente para obter a homologação do acordo de alimentos. Nesse caso, o pedido dirigido ao juiz será, unicamente, de homologação de alimentos, deixando a dissolução matrimonial para a via administrativa, através de escritura pública.

12) Copiando o que constava na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77, art. 3º, § 1º), o Código Civil, art. 1.576, parágrafo único, enuncia que o procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

Pode-se admitir uma aplicação por analogia e pensar que o curador ou aqueles parentes do cônjuge incapaz es-

tão autorizados a representá-lo numa escritura pública de separação ou de divórcio, utilizando essa via administrativa para regularizar a extinção da vida conjugal?

A resposta é não. Não é não! O cônjuge incapaz não pode se separar ou se divorciar por escritura pública. Essa via administrativa, extrajudicial, prevista na Lei nº 11.441/2007, pressupõe a capacidade das partes. Trata-se, registre-se bem isso, de um negócio jurídico, ao qual se aplicam todos os requisitos dos negócios jurídicos.

13) A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, como estatui o art. 4º da mesma, entrou em vigor na data de sua publicação, que se deu no dia 5 de janeiro de 2007. Portanto, trata-se de uma lei sem *vacatio legis*, contrariando, neste passo, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que prevê, no art. 8º:

A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

Recentemente, editou-se a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Nova Lei do Mandado de Segurança), cujo projeto, há anos, tramitava no Poder Legislativo, e, apesar da extrema gravidade, importância e enorme repercussão da matéria, a citada lei entrou em vigor na data de sua publicação, numa violação, igualmente, do art. 8º da Lei Complementar nº 95/1998. É preciso denunciar este fato, que vem se repetindo, e representa um desrespeito à cidadania, uma agressão à segurança jurídica.

Essa Lei nº 11.441/2007, então, começou a vigorar no próprio dia em que saiu publicada no Diário Oficial da União, e com efeito imediato e geral. Desde que não existam filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos (Código Civil, arts. 1.574, 1.580, *caput*, e § 2º), a separação e o divórcio consensuais podem ser realizados extrajudicialmente, por escritura pública, como temos visto, e tudo isso se aplica, inclusive, para os casamentos celebrados em data anterior ao do começo da vigência da Lei nº 11.441. Mesmo nos casos em que o marido e a mulher já tivessem ingressado em juízo com a ação de separação por mútuo consentimento ou de divórcio (por conversão ou direto), podem desistir da ação e promover a separação ou o divórcio pelo procedimento administrativo, simplificado, utilizando a faculdade prevista na citada Lei nº 11.441.

14) O art. 1.124-A, § 1º, do CPC enuncia que a escritura pública de separação consensual ou de divórcio consensual não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. Quer dizer, a escritura pública vale por si mesma, no que pertine à separação e ao divórcio, e é dotada de eficácia plena. Mas a Lei nº 11.441/2007, também neste ponto, precisa ser interpretada de modo ampliativo. Há outros efeitos, além dos que ocorrem no registro civil e no registro imobiliário, e que são determinados pela escritura pública. Assim, há efeitos que dependem de providências em bancos, instituições financeiras, no departamento de trânsito, na Junta Comercial, em empresas de telefonia, etc., e a escritura pública é suficiente e bastante para que tudo seja feito nesses locais. Não há que se pensar na necessidade de alvará judicial para tais providências. É fundamental que se compreenda o que quis a Lei nº 11.441/2007: que a escritura pública, no que se refere à separação, divórcio, inventário e partilha, tenha a mesma importância, o mesmo valor, o mesmo efeito da sentença judicial. Note-se bem: a força e o vigor inerentes ao formal de partilha (ou à carta de adjudicação) ou à sentença de separação ou de divórcio equivalem ao vigor e à força relativos à escritura pública de partilha (ou de adjudicação) ou de separação, ou de divórcio.

15) Por algum motivo, embora não queira mais manter a sociedade conjugal, o casal pode desejar formalizar a separação de corpos, através de escritura pública, por exemplo, para afastar a presunção *pater is est*, para determinar a extinção de efeitos do regime de bens, para permitir a constituição de união estável, ou, simplesmente, para produzir prova escrita da separação de fato. Como ainda não decorreu o tempo mínimo necessário do casamento (mais de um ano), para que se promova a separação consensual (seja judicial, seja administrativa), e o marido ou a mulher não tem motivo ou não quer requerer a separação litigiosa, a escritura pública que atesta e reconhece a separação de corpos do casal terá serventia e utilidade. Maria Berenice Dias (2007, p. 306) adverte que a partir da data da escritura passa a fluir o prazo de um ano para a conversão da separação em divórcio (Código Civil, art. 1.580).

A separação de corpos vem mencionada no art. 1.562 do Código Civil, que integra o Capítulo que trata da inva-

lidade do casamento, e o citado artigo, além de prever essa separação nos casos de nulidade ou de anulação do casamento, refere-se, igualmente, às hipóteses de separação judicial, divórcio direto ou dissolução de união estável.

Mesmo antes do começo da vigência do atual Código Civil, já a jurisprudência assentava que, embora não houvesse autorização legislativa expressa, a separação de corpos podia ser pedida pelos cônjuges enquanto aguardavam o decurso do prazo legal de existência do casamento, essencial para que seja ajuizado o requerimento de separação consensual, e o alvará de separação não fica submetido ao prazo de 30 dias para que seja intentada a demanda principal, inaplicando-se o art. 806 do CPC. A separação de corpos, neste caso, tem feição preventiva e não preparatória, e alguns autores afirmam tratar-se de “medida cautelar satisfativa”.

Toda a construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da separação de corpos mediante decisão judicial aplica-se, *mutatis mutandis*, à separação de corpos consensual, por escritura pública.

Rolf Madaleno (2008, p. 268) adverte que a Lei nº 11.441/07 não prevê a possibilidade de os cônjuges escriturarem sua precedente separação de corpos extrajudicial, o que não impede que essa separação de corpos consensual seja feita por escritura pública, quando os consortes ainda não podem promover a sua separação consensual por estarem casados há menos de um ano (CC, art. 1.574), argumentando o mestre gaúcho:

Ora, se podem promover a separação de corpos judicial como pré-estreia da sua separação judicial amistosa depois de completado um ano de casamento, para evitarem indesejadas demandas litigiosas, e improcedentes acusações de abandono do lar conjugal e de falta de assistência material, nada mais adequado possam pelas mesmas razões fazer uso de precedente escritura consensual de separação de corpos, para nela ajustar as mesmas cláusulas e preocupações, até substituí-la pela escritura de separação ou de divórcio, atingidos os pressupostos legais de tempo.

16) Nos termos da Lei nº 11.441, o inventário e partilha por escritura pública só podem ser feitos se todos os interessados forem capazes e concordes, devendo estar assistidos por advogado. Mas a utilização deste expediente, extrajudicial, não pode ocorrer se o falecido deixou testa-

mento. Não importa a forma do testamento – ordinário ou especial – ou da natureza das disposições testamentárias, ou de o testamento já ter sido registrado ou confirmado em juízo e com o “cumpra-se” do juiz (CPC, arts. 1.125 a 1.134). Dada a expressa vedação legal, não há como fugir à conclusão de que a existência do testamento impede a utilização da partilha extrajudicial. Mas se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, na forma do art. 2.015 do Código Civil, mesmo que o autor da herança tenha deixado testamento, todavia, como prevê o art. 1.031 do CPC – com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 11.441/2007 –, a partilha, neste caso, tem de ser homologada pelo juiz. Entretanto, o falecido pode ter morrido sem testamento, mas ter deixado um codicilo (Código Civil, art. 1.881), que é disposição de última vontade, de conteúdo e objeto limitados, e testamento não é. Penso que, neste caso, é possível fazer-se a partilha extrajudicial, por escritura pública (BONATES, 2007, p. 318).

A partilha extrajudicial é prevista no direito de muitos povos. O Código Civil francês, art. 819, prevê: *Si tous les héritiers sont présents et capables, le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties jugent convenables* = “Se todos os herdeiros estão presentes e são capazes, a partilha pode ser feita na forma e pelo ato que as partes julguem convenientes”. O Código Civil português, art. 2.102,1, afirma que a partilha pode fazer-se extrajudicialmente, quando houver acordo de todos os interessados, ou por inventário judicial nos termos previstos na lei do processo; a partilha extrajudicial deve ser feita por escritura pública se na herança existirem bens imóveis, como exige o Código do Notariado. O Código Civil espanhol, art. 1.058, permite que a partilha da herança seja feita extrajudicialmente, se os herdeiros forem maiores, tiverem a livre administração de seus bens e houver acordo unânime (*nemine discrepante*) de todos eles. O art. 3.462 do Código Civil argentino, reformado pela Lei nº 17.711/68, admite a partilha extrajudicial ou privada, que pode ser feita pelos herdeiros presentes e capazes, desde que haja acordo entre eles. Na Suíça, o art. 607,2, do Código Civil estabelece o princípio da liberdade da convenção em matéria de partilha. No mesmo sentido: art. 2.530 do Código Civil paraguaio; art. 853 do Código Civil peruano; art. 907,1, do Código Civil japonês; art.

838, al.1, do Código Civil de Québec. O art. 2.048 do Código Civil alemão (BGB) e o art. 733, II, do Código Civil italiano afirmam que o testador pode determinar que a partilha seja feita segundo o critério (que deve ser equitativo, justo) de um terceiro.

17) Se o inventário é judicial fica submetido às regras de competência estabelecidas no art. 96 do Código de Processo Civil. Em princípio, o foro do domicílio do autor da herança é o competente para o inventário e a partilha. No caso de ser utilizada a escritura pública para promover o inventário e a partilha, já não se aplicam as regras de competência das leis processuais, mas a norma do art. 8º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e dos Registradores), que é lei especial sobre o tema e consagra o princípio da plena liberdade das partes na escolha do tabelião, embora seja proibido que este pratique atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação (Lei nº 8.935/94, art. 9º). Portanto, independentemente do domicílio do *de cujus*, ou da situação dos bens hereditários, ou do lugar em que ocorreu o óbito, ou do domicílio das partes, os interessados podem escolher o notário de qualquer Município para redigir a escritura pública de inventário e partilha. Esse princípio da liberdade de escolha do tabelião aplica-se, também, às escrituras de separação e de divórcio consensuais.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2006, p. 11) enunciam que a competência para escrituras de inventário e partilha no Brasil cinge-se aos bens situados no território nacional; essa é a regra para o inventário judicial (arts. 89 e 96 do CPC), que se aplica igualmente à escritura pública: "Os bens situados no estrangeiro não podem ser aqui partilhados. Devem ser objeto de procedimentos autônomos, no país onde se situem".

No caso de brasileiros que estejam no estrangeiro, e pretendem fazer a separação, o divórcio, o inventário, a partilha, poderão recorrer ao cônsul brasileiro, que exerce funções de tabelionato e de oficial de registro civil, nos termos do art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil. O cônsul, atuando como tabelião, redigirá a escritura, observados os requisitos da Lei nº 11.441/2007. É indispensável a assistência de advogado, legalmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

18) A escritura pública de inventário e partilha presuppõe que todos os herdeiros são capazes e concordes. O herdeiro menor, mas emancipado, está habilitado. E todos têm de comparecer à escritura, assinando-a. Se algum deles não souber ou não puder assinar, outra pessoa assinará por ele, a seu rogo. Os requisitos das escrituras públicas, mencionados no art. 215 do Código Civil, têm de ser observados. A escritura não poderá ser feita se ao menos um dos herdeiros não acordar. A unanimidade é essencial. O cônjuge sobrevivente, ou como meeiro, como herdeiro, ou, no mínimo, como titular do direito real de habitação (Código Civil, art. 1.831), tem de comparecer à escritura.

19) Mesmo tratando-se de procedimento administrativo, em que, no geral dos casos, o inventário e partilha serão feitos na escritura pública, sem necessidade de mais nada, a não ser as providências registras e outras, para dar eficácia à escritura, pode haver necessidade da nomeação de inventariante, para que, em nome do espólio – e representando todos os interessados –, pratique alguns atos, resolva algumas questões que ficaram pendentes, como, por exemplo, assinar em favor do comprador a escritura definitiva de compra e venda de um bem que o falecido, em vida, prometeu vender, fazer levantamento de numerário em conta corrente bancária, promover registro da escritura em serviços registras imobiliários e civis, etc. A indicação do inventariante é facultativa, não obrigatória, e a nomeação do mesmo não precisa seguir, rigorosamente, a ordem apresentada no art. 990 do Código de Processo Civil.

20) Ainda que o autor da herança tenha morrido antes de 5 de janeiro de 2007, data em que começou a vigorar a Lei nº 11.441, é possível promover o inventário e a partilha por escritura pública, uma vez que essa lei é de aplicação imediata, como de natureza processual que é, aplicando-se, também, a fatos passados, que não representem direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI; Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). E, ainda, a morte do autor da herança pode ter acontecido antes mesmo de 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil, e, apesar do longo tempo decorrido, não ter sido promovido o inventário. Do mesmo modo, o inventário e a partilha podem ser feitos por escritura pública, obser-

vado o art. 982, segunda parte, do CPC, com a redação da Lei nº 11.441/2007. Há um detalhe, porém: as normas procedimentais a respeito do inventário e partilha são as da lei vigente no momento em que essas providências são tomadas, mas as regras substanciais ou materiais a respeito da sucessão hereditária são as da lei civil em vigor ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, do dia em que o hereditando faleceu (Código Civil, arts. 1.787 e 2.041). Portanto, se a abertura da sucessão ocorreu, por exemplo, em 2000, o inventário e a partilha podem ser feitos conforme a Lei nº 11.441/2007, mas as normas materiais da sucessão serão as vigentes ao tempo da morte do *de cuius*, ou seja, vai ser aplicado o Código revogado, o Código Civil de 1916, e não o atual Código Civil, bem como a legislação tributária que vigorava na mesma época da abertura da sucessão.

21) A Lei nº 11.441/2007 faculta a celebração do inventário e partilha por escritura pública. Partilha, como a expressão indica, pressupõe que haja mais de um herdeiro. Entretanto, como tenho dito em algumas passagens deste escrito, a dita lei tem de receber uma interpretação teleológica, progressiva, construtiva. Assim, no caso de haver um só herdeiro, não pode ser feita a “partilha” dos bens, obviamente, e não é lógico que se invoque essa filigrana verbal para concluir que a Lei nº 11.441/2007 não é aplicável ao caso. É, sim! O herdeiro único, capaz, titular dos direitos da totalidade da herança, por escritura pública, pode promover o inventário e a **adjudicação** dos bens deixados pelo *de cuius*.

22) É possível que seja feita, numa só escritura, a cessão e transferência de direitos hereditários, seguida da partilha. Haverá incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, quanto à cessão de direitos, e de transmissão *mortis causa*, por causa da sucessão hereditária. Este último tributo é estadual (Constituição Federal, art. 155, I). O imposto de transmissão que tem como fato gerador a cessão de direitos será estadual ou municipal, conforme a cessão seja gratuita (equivalente à doação) ou onerosa (semelhante à compra e venda), respectivamente (Constituição Federal, arts. 155, I, e 156, II). Se a escritura cuidar, apenas, da partilha entre os herdeiros incide, somente, o imposto de transmissão *causa mortis*.

Avulta a responsabilidade do tabelião, que tem de fiscalizar o pagamento do imposto devido e mencionar a prova da quitação do mesmo, tanto nas escrituras de inventário e partilha, quanto nas escrituras de separação e divórcio, neste último caso, quando houver desigualdade nos quinhões partilhados (ver alínea 9). Em qualquer caso, não pode a escritura ser lavrada e assinada e o imposto cabível ser pago depois. A responsabilidade do notário vem referida no art. 134, VI, do Código Tributário Nacional (CTN). Os notários e registradores precisam ficar muito atentos para a questão do pagamento de impostos relativos às escrituras que redigirem ou registrarem. Nos termos da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, art. 30, XI, são deveres desses delegados de serviço público fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar. Além disso, esses serventuários têm responsabilidade subsidiária pelos tributos que incidirem sobre os ditos atos, consoante o art. 134 do CNT (que, por sinal, num erro técnico, chama a esta responsabilidade de **solidária**).

A Resolução nº 35/2007, do CNJ, art. 22, dentre os documentos que devem ser apresentados para a lavratura de escrituras de inventário e partilha, menciona: “g) certidão negativa de tributos”; “h) certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), se houver imóvel rural a ser partilhado”.

23) O art. 1.784 do Código Civil, consagrando o *droit de saisine*, afirma que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão (CC, art. 1.804, *caput*). Mas o herdeiro pode renunciar à herança e, então, a transmissão tem-se por não verificada (CC, art. 1.804, parágrafo único). Seguindo antiga tradição de nosso direito e inspirando-se na legislação romana, o art. 426 do Código Civil edita: *Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*. A proibição dos pactos sucessórios é absoluta. Não pode haver renúncia antes da abertura da sucessão. É inválido, nulo de pleno direito o repúdio de herança de pessoa viva (PEREIRA, 2004, p. 57; GOMES, 2007, p. 25). A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial (CC, art. 1.806), sendo necessária a autorização do cônjuge do renunciante,

salvo se o regime é da separação absoluta (CC, art. 1.647, *caput*) ou da participação final nos aquestos, se tiver sido convencionado, no pacto antenupcial, a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (CC, art. 1.656). Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente (CC, art. 1.810). Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo (CC, art. 1.808, *caput*).

Observadas essas regras sobre o tema, a renúncia de herança – negócio jurídico unilateral, não-receptício, gratuito, irrevogável e formal, como expõe Paulo Nader (2007, p. 97) que, com muito prazer, prefeciei – pode constar numa escritura pública e, em seguida, na mesma escritura, ser formalizados o inventário e a partilha pelos demais herdeiros, tudo conforme a Lei nº 11.441/2007.

A renúncia, no melhor sentido técnico-jurídico, é negócio unilateral, tratando-se de uma demissão do direito; é sempre abdicativa. A chamada renúncia translativa ou *in favorem* (feita a favor de alguém) verdadeira renúncia não é, mas cessão de direitos hereditários (CC, art. 1.793), em que há, inclusive, incidência de imposto de transmissão *inter vivos*. Na renúncia propriamente dita, não incide tal imposto, pela simples razão de não existir uma transmissão a determinada pessoa; não requer anuência, nem, muito menos, aceitação de quem quer que seja; o renunciante é tido como se nunca tivesse sido herdeiro, e não como se tivesse sido herdeiro e transferido seu direito a outrem.

24) O art. 1.793, § 2º, do Código Civil afirma que é ineficaz a cessão feita pelo co-herdeiro de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança individuado (p. ex. o terreno da rua da Liberdade nº 78; o apartamento nº 201 do Edifício Volpi). Note-se: a cessão não é inválida – nula ou anulável –, mas é ineficaz, não produz efeito, é inoponível aos demais herdeiros. Porém, no caso de haver somente um herdeiro, como não há outros interessados (co-herdeiros), não é ineficaz a cessão de direitos que ele fizer a respeito de um bem singular, de um determinado bem da herança. Do mesmo modo, se todos os herdeiros fazem a cessão, é plenamente eficaz essa cessão de bens singularmente determinados. Dita cessão terá de ser formalizada por escritura pública (CC, art. 1.793, *caput*), incidindo sobre este negócio jurídico o imposto de

transmissão *inter vivos*, devido ao Município ou ao Estado, conforme a cessão tenha sido onerosa ou gratuita. E nada impede, até por uma questão de economia, que, em seguida, aproveitando o mesmo instrumento público, e nos termos da Lei nº 11.441/2007, seja promovida a partilha ou a adjudicação do bem hereditário objeto da cessão, incidindo, agora, o imposto de transmissão *mortis causa*. Os primitivos herdeiros, posteriormente, judicial ou extrajudicialmente, farão o inventário dos outros bens do espólio e a respectiva partilha.

25) A partilha extrajudicial, ou a adjudicação, feita por escritura pública, consoante a Lei nº 11.441/2007 pode ser realizada ainda que o espólio tenha credores. O art. 1.997 do Código Civil diz que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. A responsabilidade da herança pelas dívidas do falecido limita-se às forças desta. Os herdeiros não respondem *ultra vires hereditatis*, ou seja, além, acima das forças da herança (CC, art. 1.792). Se as dívidas absorverem todo o ativo, os herdeiros nada recebem. São herdeiros sem herança! Essas regras não deixam de valer só pelo fato de estar permitida, agora, a partilha e a adjudicação extrajudiciais. A escritura pública pode conter a ressalva de que ficam resguardados ou garantidos os direitos dos credores, e essa cláusula expressa até seria dispensável, pois os credores têm direitos garantidos por lei. Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2006, p. 9) abordam o assunto e enunciam que o credor do espólio poderá haver diretamente os seus direitos, mediante acordo com os herdeiros, ou constar da escritura pública para oportuno recebimento do crédito reconhecido pelos demais interessados. Advertem os autores que cabe aos herdeiros indicar não só o ativo, mas também o passivo do espólio, nesse caso discriminando as dívidas e os respectivos credores bem como a forma de seu pagamento. De qualquer forma, concluem: “ainda que não sejam indicados, os credores terão sempre ressalvados os seus direitos, podendo agir por ação própria contra os herdeiros, na medida dos quinhões da herança atribuídos na partilha”. Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa (2007, p. 96), apontam que a existência de credores não impede a partilha extrajudicial, como assim também é na partilha judicial, pelos expressos termos do art. 1.035 do Código de Processo

Civil, exceção feita, apenas, aos débitos tributários, cuja quitação se faz necessária por força do art. 1.031 do mesmo Código, mas não se pode olvidar, alertam, que o credor do falecido que se sentir prejudicado e frustrado em seu crédito poderá valer-se de todos os meios para invalidar a partilha (como acontece no procedimento judicial), e arrematam: “O patrimônio do falecido é a garantia de seu pagamento, e até mesmo a fraude à execução pode ser invocada para tornar ineficaz a partilha, se os requisitos específicos deste instituto estiverem presentes”.

26) Se a partilha obedecer ao princípio da igualdade e os quinhões são equivalentes, os herdeiros casados não necessitam da assistência dos respectivos cônjuges na escritura pública. Todavia, se houver renúncia da herança, cessão de direitos ou partilha desigual, com prejuízo do herdeiro, o cônjuge tem de anuir, concordar, assinar a escritura, a não ser, conforme mencionado acima, que o regime de bens seja o da separação absoluta, quando a outorga para a alienação de bens imóveis é dispensável, nos termos do art. 1.647 do Código Civil, e o mesmo se aplica ao regime de participação final nos aquestos, se, no pacto antenupcial, tiver sido convencionada a livre disposição dos bens imóveis particulares, como estabelece o art. 1.656 do Código Civil. Registre-se que, de acordo com o art. 80, II, do Código Civil, considera-se imóvel para os efeitos legais o direito à sucessão aberta, princípio que vem do Código Civil de 1916, art. 44, III.

27) O art. 1.040, incisos I a IV, do CPC indica os casos em que haverá a sobrepartilha. O Código Civil, art. 2.022, enuncia que ficam sujeitos a sobrepartilha os bens sonegados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha. A sobrepartilha é um complemento da partilha, e correrá nos autos do inventário do autor da herança (CPC, art. 1.041, parágrafo único). Ainda que o inventário tenha sido feito em juízo, ou já tenha sido realizado pela via administrativa, conforme a Lei nº 11.441/2007, havendo necessidade de sobrepartilha, esta pode ser feita por escritura pública, se todos os interessados forem capazes e concordes. A lei que autorizou a fazer a partilha por escritura pública, permite, é óbvio, que se faça a sobrepartilha, que, afinal, é partilha, ainda.

28) Introduziu-se em nosso direito, por uma praxe jurídica há longo tempo estabelecida, para atender neces-

sidades práticas, o inventário negativo, que, vê-se logo, é uma expressão contraditória, em que o segundo vocábulo briga com o primeiro, pois inventariar é relacionar bens, descrevê-los, discriminar dívidas. O inventário negativo não foi previsto em nossas leis, mas faz parte do costume jurídico, ressalta meu querido e saudoso mestre Silvio Rodrigues (2002, p. 290), no livro *Direito das Sucessões*, que tive a honra de atualizar. No inventário negativo não se vão arrolar bens se, justamente, não há bens. Não se inventaria o nada! O fato concreto que mais justifica o inventário negativo é a necessidade de viúvos ou viúvas, que têm filhos do extinto casal, e querem casar-se novamente, sem que incida o regime obrigatório da separação de bens (Código Civil, art. 1.523, I, c/c art. 1.641, I). Outro caso seria o do herdeiro, que promove inventário negativo para mostrar que o *de cujus* não deixou patrimônio para garantir pagamento de suas dívidas. Sem que isto tenha sido mencionado expressamente, não há dúvida, entretanto, que a Lei nº 11.441/2007 admite que o chamado inventário negativo seja feito por escritura pública, observados os requisitos da mesma lei.

29) A previsão de que a escritura pública e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei consta no § 3º do art. 1.124-A, do CPC. E este artigo, no *caput*, está tratando da separação consensual e do divórcio consensual. Numa interpretação literal, restritiva, a gratuidade só ocorreria nas escrituras de separação e de divórcio. Mas, com certeza, não é este o espírito da lei, e deve ser dada ao preceito uma interpretação extensiva que, como o nome indica, nas hipóteses em que isto for pertinente, conveniente e justo, dilata-se, estica-se o sentido da regra jurídica, verificando-se que o legislador disse menos do que pretendia (*minus dixit quam voluit*) e o alcance da lei vai além de suas palavras (VELOSO, 2006, p. 96). Assim, a gratuidade prevista no art. 1.124-A do CPC, numa visão sistemática, se estende às escrituras de inventário e partilha; e não só às escrituras e demais atos notariais, como, também, aos atos registrares. Seria patético que o pobre ficasse dispensado de pagar a escritura e tivesse de pagar o registro imobiliário!

30) Diz o art. 982, parte final, do CPC que a escritura pública de inventário e partilha constitui título hábil para o registro imobiliário. Aqui, também, o legislador *minus*

dixit quam voluit. Falei, antes, reafirmo e, até, insisto nisso: a escritura pública prevista na Lei nº 11.441/2007, para os casos nesta tratados, tem igual estatura, idêntica importância e o mesmo efeito da sentença judicial. Todos os efeitos que normalmente são produzidos pelo formal de partilha ou pela carta de adjudicação ocorrem por força da escritura pública de inventário e partilha, celebrada nos termos do art. 982, segunda parte, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.441/2007. Então, e independentemente de homologação judicial, a escritura pública é dotada de eficácia plena, para tudo que se refira à partilha. Assim, ela tem eficácia no Registro de Imóveis, na Superintendência do Patrimônio da União (SPU), no Registro Civil e onde mais for preciso, quer se trate de órgãos públicos ou de entidades privadas: bancos, entidades financeiras, Departamento Estadual de Trânsito (Detran), companhias telefônicas, Junta Comercial, etc.

31) O Código Civil, art. 1.830, primeira parte, afirma que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente. Realmente, se já ocorreu a separação judicial, transitada em julgado, cai o fundamento moral e jurídico da sucessão hereditária. Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 220), a constância jurídica e fática do casamento é pressuposto para a participação do cônjuge sobrevivente na herança do falecido.

Como fica a situação, agora, diante da Lei nº 11.441/2007, que admite que a separação do casal se faça **extrajudicialmente**, por escritura pública?

Evidentemente, o art. 1.830 será objeto de uma releitura, para abranger o caso tratado na legislação superveniente. A separação pela via judicial e a separação pela via administrativa têm o mesmo valor e efeitos idênticos. Celebrada a escritura pública de separação (extrajudicial), conforme a Lei nº 11.441/2007, o cônjuge sobrevivente não tem direito sucessório, uma vez que a sociedade conjugal já estava dissolvida.

Alias, inovando com relação ao Código Civil de 1916, mas retroagindo quatrocentos anos e adotando a solução que determinavam as Ordenações Filipinas, de 1603, o Código Civil em vigor, art. 1.830, segunda parte, ordena

o afastamento da sucessão do cônjuge sobrevivente se, ao tempo em que o outro faleceu, estava o casal separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, sendo certo que, em muitos casos, não será fácil produzir a prova de quem teve culpa pela extinção da convivência, considerando, especialmente, que um dos parceiros já morreu. Analiso a questão no livro *Código Civil Comentado* (SILVA, 2008, p. 2012).

32) A separação e o divórcio extrajudiciais representam alternativas criadas pela Lei nº 11.441/07, enaltecendo a autonomia das vontades dos cônjuges, ficando dispensada a intervenção judicial, pois tudo se passa perante o tabelião, com assistência do advogado, e o acordo é formalizado numa escritura pública. Jamais, na história do direito positivo brasileiro, a figura do tabelião ou notário ficou tão respeitada e engrandecida, e essa categoria haverá de agir com toda a dedicação e honestidade para justificar a confiança depositada pelo legislador. O art. 46 da Resolução nº 35/2007 do CNJ é de máxima importância, prevendo que o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito. O art. 32 dessa Resolução já prevê a negativa do tabelião no caso de lavratura de escritura de inventário ou partilha. O notário não é mero expectador, passivo, neutro, dos negócios jurídicos cuja instrumentalização preside, mas é um profissional de direito que deve atuar com toda a sabedoria e empenho para garantir o cumprimento das leis. Aproveitando exemplos dados por Frederico Henrique Viegas de Lima (2008, p. 141), o notário está autorizado a se abster da escrituração se o pacto for ilegal ou contrário à moral, se existe lesão a uma das partes, se viola interesses da Fazenda ou de terceiros. Mas a recusa tem de ser motivada, fundamentada, por escrito, até para que a parte que se sentir prejudicada possa reclamar, recorrer ao Poder Judiciário.

Referências

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. 380 p.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006. 692 p.

BONATES, Juliana da Fonseca et al. Direito das sucessões. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. São Paulo: Método, 2007. 352 p., p. 318.

CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. **Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. São Paulo: RT, 2007. 238 p.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática**. 2. ed., São Paulo: Método, 2007. 124 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. 608 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio: de acordo com a Lei n.º 11.441/07**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 231 p.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 366 p. Coordenador: Edvaldo Brito. Atualizador: Mario Roberto Carvalho de Faria.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A motivação da recusa do notário na lavratura da escritura de separação e divórcio consensuais. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coord.). **Família e jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 335 p., p. 131-142.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 926 p.

NADER, Paulo. Direito das sucessões. In: _____. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito das sucessões. In: _____. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6, 524 p. Atualizador: Carlos Roberto Barbosa Moreira.

RODRIGUES, Silvio. Direito das sucessões. In: _____. **Direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7. Atualizador: Zeno Veloso.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil Comentado**, 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 2321 p.

VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**: arts. 1.º a 6.º. 2. ed. Belém: Unama, 2006. 212 p.



Suzy Cavalcante Koury

Planejamento estratégico do Poder Judiciário: o papel das escolas judiciais

Resumo

O artigo trata da importância das escolas judiciais na reestruturação do Poder Judiciário, destacando o seu papel na formação dos juízes, especialmente o de conciliar as capacitações técnica e tecnológica com uma formação humanística. Destaca a necessidade de elaboração de planejamento estratégico no âmbito das escolas, com o estabelecimento de programas e de ações a serem desenvolvidas para o alcance dos seus objetivos, bem como o de sua constante avaliação, a fim de que sejam, efetivamente, apoiadoras da construção de uma nova realidade no Poder Judiciário.

Palavras-chave

Escolas judiciais. Planejamento estratégico. Capacitação de juízes. Formação técnica e humanística.

Abstract

The article deals with the importance of the judicial schools to restructure the Judiciary, emphasizing their role of forming the judges. It focuses on the task of conciliating the technical and technological qualifications with a humanistic formation. It highlights the need of elaborating strategic plannings for the judicial schools, establishing actions and programs to be developed. Such programs include frequent evaluations, in order to achieve the goal of creating a new and better Judiciary.

Key words

Judicial schools. Strategic planning. Qualification of judges. Humanistic and technical formation.

Planejamento estratégico do Poder Judiciário: o papel das escolas judiciais

Strategic planning in the Judiciary:
the role of the judicial schools

Suzy Cavalcante Koury*

*Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região e Professora do Centro Universitário do Pará (CESUPA). skoury.gab@trt8.gov.br

Introdução

Reputo de fundamental importância o estudo das reformas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que impuseram um novo modelo de gestão para o Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e das Escolas Judiciais, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), que funciona junto ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), modelo este que se encontra em pleno desenvolvimento e que deve sofrer constantes aperfeiçoamentos.

Pareceu-me relevante iniciar a análise perquirindo que reflexões estratégicas passaram a ser exigidas do Poder Judiciário com a aludida reestruturação, a fim de que, identificadas, possa-se analisar como as escolas judiciais podem contribuir para que sejam atingidos os objetivos estratégicos.

Buscarei discutir que tipo de juiz o novo modelo demanda e, a partir dele, que saberes, habilidades e atitudes lhe serão exigidos e como podem as escolas contribuir para que os adquiram.

Por fim, abordarei a necessidade de que as escolas judiciais elaborem seu planejamento estratégico, única maneira de cumprir-se a grande missão do Poder Judiciário: a de distribuir justiça efetiva, solucionando conflitos em um tempo razoável, que nada mais é do que cumprir o dever que lhe é atribuído constitucionalmente.

A reestruturação do poder judiciário: a administração judiciária e a administração jurisdicional

A ideia de profissionalização da administração do Poder Judiciário é bem recente, tendo essa necessidade sido revelada pelo que muitos denominam de “crise do Poder Judiciário”, representada pelo grande número de demandas que permanecem sem solução, pela morosidade e, pior, pela descrença que causa na sociedade, que, quase sempre, considera o Judiciário como seu último recurso para ver realizada justiça.

Enquanto a iniciativa privada evoluía, aplicando uma série de instrumentos desenvolvidos pelos estudiosos de Administração, com o fito de garantir maior eficiência, dependendo menos recursos e obtendo melhores resultados, o Poder Público, em especial o Judiciário, perma-

neceu replicando os procedimentos anteriores, a ponto de ter sido difícil para juízes e servidores abandonarem a máquina de escrever e as fichas onde era anotada, manualmente, a tramitação do processo, e em que local físico se encontravam, na caixa ou na estante, para que passassem a utilizar os meios eletrônicos.

Isso se explica pelo fato de o aspirante ao ingresso na carreira de juiz ter em mente que deve adquirir saberes e competências que lhe permitam distribuir justiça, sequer tendo ideia de que, quando isto se realizar, terá que administrar comarcas, varas, gabinetes, seções, foros e tribunais. O indicativo errôneo tem como origem os próprios editais dos concursos, nos quais constam, como conteúdo programático, apenas matérias de direito.

Com a Emenda Constitucional nº 45/04 houve uma tomada de consciência de que o Judiciário precisava ser administrado de forma eficiente, sob pena de não conseguir distribuir justiça, sua finalidade precípua. Isso é revelado pela missão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a saber: “Órgão de coordenação e de planejamento estratégico do Poder Judiciário, com vistas à melhoria de sua eficiência, efetividade, transparência, acesso aos cidadãos e, sobretudo, combate à morosidade judicial”.

Releva destacar, também, que uma das metas nacionais a serem alcançadas pelo Poder Judiciário no ano de 2009 é a de “capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas”.

Ou seja, o Poder Judiciário percebeu que precisa prever, organizar, comandar, coordenar e controlar suas atividades, ou seja, administrar. Deve-se ressaltar que, como não há uma base teórica, nem, tampouco, experiência prática consolidada, há uma grande tendência à aplicação, pura e simples, das técnicas utilizadas pela iniciativa privada, o que, todavia, nem sempre se adequa à administração da Justiça.

Necessário se faz, portanto, construir esses fundamentos teóricos e procurar adequar as técnicas administrativas à realização da atividade jurisdicional, pois, como ensina Cláudia Dantas da Silva (2005), a administração judiciária é

[...] a atividade exteriorizada nas ações de planejamento, organização, direção e controle dos serviços administrativos

necessários a operacionalizar a prestação jurisdicional. Esses serviços são usualmente denominados atividades-meio e sua administração é, normalmente, delegada a um administrador – o diretor-geral, secretário-geral, diretor de secretaria, diretor de vara ou chefe de gabinete.

A administração judiciária soma-se, assim, à chamada administração jurisdicional, pois faz surgir a figura do juiz-administrador, que, de acordo com as competências e habilidades dos servidores a ele subordinados, deve delegar atividades, definir rotinas, ditar o ritmo e a organização do trabalho, todas atividades-meio que são essenciais ao atendimento de sua atividade-fim, a prestação jurisdicional. Em um artigo intitulado “Os Dez Mandamentos do Juiz Administrador”, ensina Vladimir Passos de Freitas (2009), *verbis*:

Ao administrar, cumpre-lhe deixar a toga de lado devendo: a) obrigação à lei e não à jurisprudência; b) inteirar-se das técnicas modernas de administração pública e empresarial; c) adaptar-se aos recursos tecnológicos; d) decidir de maneira ágil e direta, sem a burocracia dos processos judiciais; e) manter o bom e corrigir o ruim; e) delegar, se tiver confiança; f) atender a imprensa; g) lembrar que não existe unidade judiciária ruim, mas sim mal administrada.

Portanto, é preciso que o juiz aprenda a administrar a fim de que possam ser atingidas as metas constantes do planejamento estratégico do Poder Judiciário, cabendo às escolas judiciais o relevante papel de sua formação para esse fim.

As escolas judiciais e seu papel na reestruturação do poder judiciário

À função jurisdicional clássica, eminentemente formal, que coloca o juiz como um terceiro que, em nome do Estado, faz substituir as vontades das partes em litígio pela sua, a que, vulgarmente, chama-se de “juiz boca de lei” e que se revela pela frase “o que não está nos autos, não está no mundo”, sucedeu a função do juiz como concretizador dos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e de justiça para todos, sem quaisquer distinções.

Fala-se, então, no modelo humanista de juiz, que pensa, pergunta e sugere, um juiz que tem conhecimentos transdisciplinares e multidisciplinares, que entende a realidade em que está inserido. Deve-se, assim, procurar conciliar as capacitações técnica e tecnológica com uma formação

humanística para que se formem juízes que, efetivamente, atendam aos anseios da sociedade.

Todavia, os cursos superiores que formam bacharéis em Direito continuam, em sua maioria, mantendo currículos que ignoram as mudanças ocorridas no mundo do direito, que exigem que os egressos das instituições de ensino superior tenham estudado sociologia, antropologia, psicologia, economia, filosofia, enfim, todas as disciplinas das áreas das ciências humanas, a fim de que possam bem desempenhar suas funções, quer na magistratura, quer no ministério público, no executivo ou na advocacia privada.

Desse modo, em se tratando da formação dos juízes, cabe às escolas judiciais suprir essas lacunas na formação, o que, por certo, contribui para que sejam atingidos os objetivos estratégicos do Poder Judiciário, devendo voltar-se para a formação de juízes, e não para a promoção de cursos de especialização nas áreas do direito à que estejam afetas, nem, tampouco, a proporcionar a realização de mestrados e doutorados, papel este que é próprio das instituições de ensino superior, sob pena de perderem o foco e deixarem de contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional.

Como ensina Fragale Filho (2008, p.123), ao referir-se ao fato de que as escolas judiciais são espaços de socialização, onde juízes em diferentes fases da carreira se encontram e se articulam, contribuindo para a composição de um *ethos* profissional, no trecho que passa a ser reproduzido, *verbis*:

“Aprender a ser juiz” torna-se, nessa perspectiva, sinônimo de “aprender a se comportar como um juiz”. É um aprendizado no qual se espera que o novel magistrado desenvolva todas as aptidões necessárias para assegurar qualquer função na estrutura judiciária correspondente. Sua bagagem teórica é incentivada e ampliada para atender às diferentes demandas que lhe são apresentadas, estimulando uma espécie de polivalência funcional. Todos devem ser, portanto, capazes de realizar as mesmas tarefas. Mais ainda: radicalizando essa lógica, os juízes, que ocupam as posições de direção, por certo também são capazes de realizar as tarefas dos demais e, portanto, como um prolongamento necessário dessa capacidade, estariam aptos para realizar a sua avaliação.

Percebe-se, portanto, que a formação dos juízes deve ser planejada, inserindo-se no planejamento estratégico do tribunal a que estiver vinculada a escola judicial.

O primeiro passo é, sem nenhuma dúvida, instituir a gestão por competências na capacitação dos juízes, criando projetos e desenvolvendo ações, destinados à formação profissional que os capacitem para atender às demandas da nova administração judicial e jurisdicional, o que passamos a analisar.

A gestão por competências no poder judiciário: as escolas judiciais

Não há como falar em conceito de competência sem fazer referência à tríade, sugerida por Durand (1999), que envolve conhecimentos, habilidades e atitudes, por muitos resumida como o CHA, os pilares da competência, utilizada na grande maioria dos conceitos de competência, como, por exemplo, no de Scott B. Parry (apud LEME, 2008, p. 17), a saber:

Um agrupamento de conhecimentos, habilidades e atitudes correlacionadas, que afeta parte considerável da atividade de alguém, que se relaciona com seu desempenho, que pode ser medido segundo padrões preestabelecidos, e que pode ser melhorado por meio de treinamento e desenvolvimento.

Assim é que se busca, na formação de gestores, associar o conceito de competência ao planejamento estratégico e à aprendizagem, e a primeira questão a ser levantada diz respeito ao tipo de conhecimentos, habilidades e atitudes que devem ser desenvolvidas por um juiz.

Ao estudar as competências em uma organização, Zarifian (apud FLEURY, FLEURY, 2001, p.189) as diferenciou da seguinte forma: 1- Competências sobre Processos: os conhecimentos dos processos de trabalho; 2- Competências Técnicas: conhecimentos específicos sobre o trabalho que deve ser realizado; 3- Competências sobre a organização: saber organizar os fluxos de trabalho; 4- Competências de serviço: aliar à competência técnica à pergunta: qual o impacto que este produto ou serviço terá sobre o consumidor final?; 5- Competências sociais: saber ser, incluindo atitudes que sustentem os comportamentos das pessoas, no qual o autor identifica três domínios: autonomia, responsabilização e comunicação.

Parece-me que as competências e habilidades descritas por Zarifian se adequam, com as devidas adaptações, às escolas judiciais e que, em alguns casos, voluntária ou involuntariamente, norteiam a gestão de várias delas, en-

volvendo a formação dos magistrados de um modo geral.

Com efeito, em palestra ministrada em Brasília, durante o Curso de Formação de Gestores de Escola Judicial, promovido pela ENAMAT, o juiz e membro do Conselho Consultivo da ENAMAT, Giovanni Olsson, apontou os objetivos da formação dos magistrados, sendo possível enquadrá-los nas competências listadas por Zarifian, se não, vejamos: a) consolidar e complementar os conhecimentos teóricos na perspectiva das necessidades práticas da aplicação do direito na atividade jurisdicional (COMPETÊNCIA TÉCNICA); b) promover e aprimorar o domínio da metodologia jurídica no tratamento jurisdicional de casos práticos (COMPETÊNCIA TÉCNICA); c) promover e aprimorar a aprendizagem de técnicas de conciliação (COMPETÊNCIA TÉCNICA); d) promover o estudo e reflexão da deontologia profissional aplicada e das relações interpessoais (COMPETÊNCIA SOCIAL); e) propiciar o conhecimento básico das tecnologias de informação, de comunicação e de administração gerencial da atividade judiciária (COMPETÊNCIAS SOBRE PROCESSO E SOBRE A ORGANIZAÇÃO); f) desenvolver a capacidade de estruturação lógica, de argumentação e de convencimento na prolação de decisões (COMPETÊNCIA TÉCNICA).

Todos esses objetivos para nada serviriam se não houvesse a preocupação com o que Zarifian denomina de competências de serviço, a saber, o juiz deve sempre ter em mente que, lá na ponta, está o consumidor final, o jurisdicionado, que espera que o produto do seu trabalho, a solução efetiva do conflito, seja-lhe entregue com rapidez e eficácia, o que pode e já está sendo medido pelo CNJ, através dos indicadores sobre o Poder Judiciário.

Resta, então, definir que atitudes devem ser adotadas para que sejam desenvolvidas ou aperfeiçoadas, o que pode ser alcançado através de projetos e de ações de formação levados a efeito pelas escolas judiciais, pois, como ensinam Fleury; Fleury (2001, p.193), "é por meio dos processos de aprendizagem que a organização desenvolve as competências essenciais à realização de suas estratégias de negócio", no caso do Judiciário, a prestação jurisdicional célere e efetiva, com a solução dos conflitos.

O planejamento estratégico nas escolas judiciais

A própria Constituição da República de 1988, com a criação do CNJ, sinalizou no sentido da necessidade de que os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário implementem seu planejamento estratégico, a fim de que possam ser operadas as mudanças que a sociedade vem exigindo.

Com efeito, não há outra maneira de cumprir a missão e estabelecer a visão de futuro, sempre observando os valores eleitos, sem estabelecer a estratégia da instituição.

O CNJ fez publicar seu Mapa Estratégico, no qual constam sua missão (contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da Sociedade), sua visão de futuro (ser um instrumento efetivo de desenvolvimento do Poder Judiciário) e os atributos de valor para a sociedade (agilidade, ética, imparcialidade, probidade e transparência), suas metas e os recursos necessários para que sejam alcançadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009).

De igual sorte, entendo que as escolas judiciais, seguindo as orientações da ENAMAT e da ENFAM, devam elaborar seu planejamento estratégico, listando os objetivos que direcionam seu comportamento e estabelecendo os programas, projetos e ações para que sejam efetivamente atingidos.

Em um artigo no qual trata da concepção estratégica das escolas de governo, Roberto Bevilacqua Otero (2008, p. 10) descreve o caso da implantação da Escola Nacional de Administração da República de Angola, iniciando pelos debates no processo de constituição das bases da sua gestão estratégica, a partir do qual foram estabelecidos sua missão, sua visão e seus valores, partindo, então, para a definição de seus objetivos, trabalho este que pode servir de base para que cada escola judicial implante seu planejamento estratégico.

A fim de alcançar esses objetivos, foram definidos: a área de atuação da escola (no caso das judiciais, escola somente para juízes, para juízes e todos os servidores ou para juízes e servidores ligados à atividade-fim?), os produtos a serem entregues à sociedade (disseminação de conhecimentos: publicações, realização de seminários abertos ao público, produção de cartilhas, gravações e

disponibilização de aulas e palestras, etc.) e os *stakeholders* (pessoas ou grupos de pessoas que têm relação de interesse associada ao que faz a escola judicial, por exemplo, os juízes, outros órgãos do Poder Judiciário, servidores da escola, meio acadêmico e outras escolas).

Otero passou, então, a analisar os pontos fortes e fraquezas da Escola, tanto interna, quanto externamente, fixando suas ambiências externa e interna, com o intuito de antecipar os riscos para orientar a elaboração de questões e objetivos estratégicos, nos seguintes termos:

Pontos fortes internos como, por exemplo: a tradição em cursos de capacitação, o alcance nacional, a credibilidade externa, o domínio de processos de execução, bem como a estrutura física da Escola e os efeitos na facilidade de atração da clientela-alvo e de operação de serviços.

Possíveis fragilidades como, por exemplo: riscos de insuficiência de corpo técnico e docente, de adaptação a novos paradigmas de gestão compatíveis com a proposta da Escola, de condições de trabalho adequadas aos quadros técnicos, de condições para atualização contínua do corpo docente, de possibilidade de predomínio da dimensão formal e burocrática sobre a dimensão gerencial almejada, aspectos cuja manifestação poderiam impactar de forma negativa na qualidade e cumprimento dos objetivos, na imagem, no grau de comprometimento das chefias e dos funcionários, motivação, produtividade e desempenho da Escola (OTERO, 2008, p. 10).

A partir desses subsídios, elegem-se os objetivos estratégicos da escola, devidamente alinhados com a missão e a visão previamente estabelecidas, como fez a ENAMAT, no exemplo acima citado.

Por fim, partindo dos objetivos, passa-se ao estabelecimento dos programas e das ações a serem desenvolvidas para os alcançar, os quais devem ser incluídos na proposta orçamentária.

Têm-se, por exemplo, dentro do programa de capacitação judicial, as ações orçamentárias, que se subdividem em projetos, com prazo de término determinado, transformando-se, ao final, ou em uma atividade já existente ou servindo para transformar as atividades já existentes, e atividades com prazo indeterminado.

No âmbito das escolas judiciais, pode-se citar, como atividades, o Curso de Formação Inicial, Cursos de Formação Continuada, Cursos de Formação de Formadores e projetos, como, por exemplo, o de capacitação de pro-

fessores em elaboração de material didático para o ensino à distância que, ao final, transformará as atividades já existentes.

Releva ressaltar que o planejamento deve, necessariamente, ser controlado e avaliado, a fim de que se verifiquem eventuais falhas e se adotem medidas de correção, a ser realizado através de avaliações constantes e recíprocas pelos alunos, pelos professores e pelos servidores, construindo-se indicadores que permitam que se adequem determinadas atividades ou programas, a fim de que o objetivo constante do plano estratégico seja alcançado. Nesse sentido, pode-se afirmar que:

A flexibilidade é muito importante, pois um planejamento não pode ser estático. Se necessário ele pode e deve sofrer alterações, principalmente no curso de sua aplicação. Quando se focaliza o que se pretende atingir é porque se tem em mente a necessidade do cliente e a partir daí deve-se fazer o melhor para atendê-lo (SANTOS; FERREIRA, 2007)¹.

Esse, portanto, é um bom caminho a ser trilhado por cada escola judicial, sempre tendo em mente que se insere no planejamento estratégico do Tribunal a que esteja vinculada, devendo ser construído em conjunto por todos os atores envolvidos, passo a passo, desde a definição do perfil de escola que se almeja, passando pelo diagnóstico das fraquezas e fortalezas, até chegar à construção do plano, que não é o fim, mas o início de um processo de acompanhamento e de reavaliação permanente.

Conclusão

Os dados disponíveis acerca da atuação do Poder Judiciário, especialmente em algumas unidades jurisdicionais, revelam que há sérios problemas de gestão e que os modelos burocráticos que vinham sendo utilizados não mais atendem às necessidades e às mudanças ocorridas na sociedade.

O processo costurado, literalmente, com linha, transformou-se em processo virtual, a complexidade da sociedade atual criou novas demandas e exige rapidez nas

¹As autoras fazem uma rigorosa e importante análise da implantação do planejamento estratégico no Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região e avaliam os resultados exitosos da sua aplicação.

respostas, de tal sorte que o lema do Poder Judiciário só pode ser “mudar para atender aos anseios dos jurisdicionados”.

O planejamento estratégico é indispensável e um facilitador da efetivação das mudanças, consistindo em uma ferramenta administrativa apropriada à construção de uma nova realidade para o Poder Judiciário, que, por certo, saberá dar as respostas que a sociedade dele espera.

Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 09 jul. 2009.

FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. Construindo o conceito de competência. *RAC - Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v.5, p.183-196, 2001. Edição especial.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Aprendendo a ser juiz*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008. 227 p.

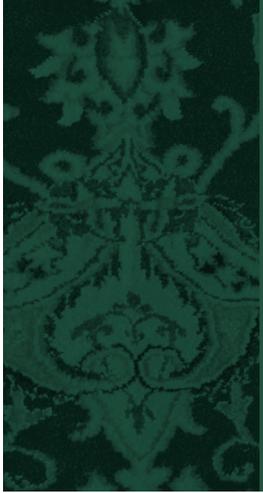
FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *Os dez mandamentos do juiz administrador*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=8>. Acesso em: 09 jul. 2009.

LEME, Rogério. *Aplicação prática de gestão de pessoas por competências*. 2 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. 244 p.

OTERO, Roberto Bevilacqua. A concepção estratégica de escolas de governo: o caso da Escola Nacional de Administração da República de Angola. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 12., 2008, Buenos Aires. Buenos Aires: s.n., 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br>. Acesso em: 10 jul. 2009.

SANTOS, Paula Regina Galdino; FERREIRA, Rita de Cássia Monteiro. Planejamento estratégico na administração pública: utopia ou realidade. In: SEMINÁRIO UFPE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS, 1., 2007. Disponível em: [http://www.controladoria.ufpe.br/anais2007/arquivos/Area%20Tematica%20\(e\)/5.pdf](http://www.controladoria.ufpe.br/anais2007/arquivos/Area%20Tematica%20(e)/5.pdf). Acesso em: 14 jul. 2009.

SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. *Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro* [Elaborado em dez. 2005]. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8062>. Acesso em: 09 jul. 2009.



Paulo Klautau Filho

**Ativismo judicial e devido processo legal substantivo:
uma leitura do caso *Roe vs. Wade* (1973)**

Resumo

O presente artigo oferece uma tradução do caso *Roe vs. Wade* (1973), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com fulcro na cláusula do *substantive due process of law*, passou a considerar constitucionais leis que autorizam a prática do aborto naquele país. O caso é estudado de maneira a construir um diálogo com o momento vivido pelo Poder Judiciário brasileiro sob dois aspectos: o interesse pelo conceito de processo legal substantivo no fenômeno do “ativismo judicial” e a iminência do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do aborto de fetos anencefálicos..

Palavras-chave

Judicialização da vida. “Ativismo judicial”. Devido processo legal substantivo. Recepção da doutrina estrangeira. Critérios de atuação jurisdicional. Direito constitucional. Aborto. Feto anencefálico.

Abstract

The present study offers a translation of the *Roe vs. Wade* case (1973), in which the Supreme Court of the United States of America, with the support of the clause *substantive due process of law*, started to consider the constitutional laws which authorize the practice of abortion in that country. The case is studied in a way to build a connection with the context lived by the Brazilian Judiciary Power under two aspects: the interest in the concept of substantive legal procedure within the phenomenon of “judicial activism” and the imminence of the Trial, by the Supreme Federal Court, about the constitutionality of the abortion of anencephalic fetuses.

Key words

Judicialization of life. “Judicial activism”. Substantive right to do process. Foreign doctrine reception. Jurisdictional procedure criteria. Constitutional right. Abortion. Anencephalic fetuses.

Ativismo judicial e devido processo legal substantivo: uma leitura do caso *Roe vs. Wade* (1973)

Judicial activism and substantive right to do process: a reading of the *Roe vs Wade* case (1973)

Paulo Klautau Filho*

*Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). *Master of Laws* pela New York University. Professor de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará. Advogado. klautau@uol.com.br

Introdução

No Brasil, a judicialização da vida e o ativismo judicial, cujas expressões máximas residem nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), têm sido temas recorrentes no meio jurídico, acadêmico, político e midiático, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esse processo intensificou-se especialmente durante o ano de 2008, quando o STF julgou casos de elevada importância e repercussão social, tais como: o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5.º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias; o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução n.º 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988; a demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol; o uso de algemas, entre muitos outros.

Luís Roberto Barroso (2009) pondera que, em todas as decisões citadas e em muitas outras em anos recentes, o STF manifestou-se somente após provocação e dentro

dos limites dos pedidos apresentados, agindo conforme os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e do *non liquet*. Não se imputa, pois, aos Ministros do STF, a pretensão de criar um modelo de hegemonia judicial.

Ainda assim, penso que o esclarecimento de alguns conceitos jurídicos, recorrentemente utilizados pela Corte no exercício desse seu protagonismo recente no Brasil, pode ser muito útil para a compreensão deste fenômeno e para a determinação precisa de seus limites. No presente trabalho, voltarei a atenção, particularmente, ao conceito de devido processo legal substantivo, claramente importado da jurisprudência norte-americana em torno do chamado *substantive due process of law*, a respeito do qual tomo, como ponto de partida, a seguinte ampla e vaga definição de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 482-483):

significa entregar ao Poder Judiciário a competência para analisar se as escolhas realizadas pelo Parlamento ou Pelo Executivo, no seu campo de discricionariedade, afetam de forma não-razoável ou desproporcional um direito assegurado pela Constituição.

Na busca de uma melhor compreensão do conceito, proponho uma leitura e reflexão sobre um caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que se tornou um marco no processo histórico e jurisprudencial de

construção da doutrina do *substantive due process of law* naquele país: *Roe vs Wade* (1973).

Trata-se da decisão que assegurou às mulheres norte-americanas, atendidos determinados critérios, o direito de optar pelo aborto em caso de gravidez indesejada. Além do interesse conceitual quanto ao tema do devido processo legal substantivo, a atenta leitura desta ainda hoje famosa e polêmica decisão guarda especial interesse para a comunidade jurídica brasileira no momento em que o STF se encontra prestes a julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-2-DF (ADPF 54), ajuizada, desde junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Como se sabe, o ato atacado pela ADPF 54 consiste na interpretação, por diversos juízes e tribunais brasileiros, dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal, para considerar que tais dispositivos vedam a prática do que a exordial qualifica de “antecipação terapêutica do parto”, nas hipóteses de fetos anencefálicos.

Contudo, a Procuradoria Geral da República não concorda com essa diferenciação entre “antecipação terapêutica do parto” de fetos anencefálicos e a prática proibida do aborto, conforme se pode verificar do Parecer oferecido em 18 de agosto de 2004¹. Naquela peça, o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, considera que a anencefalia do feto não afasta a antijuridicidade da prática abortiva.

Desse modo, parece-me que, apesar de *Roe vs. Wade* ter sido proferida em contexto histórico e tradição jurídica distinta da brasileira, o estudo cuidadoso daquela decisão pode enriquecer a atuação jurisprudencial no Brasil, tanto no que tange ao ativismo judicial, como no que respeita à questão específica dos fetos anencefálicos.

Além disso, sigo no presente texto a proposta, já adotada anteriormente², de contribuir para tornar acessível a leitura de casos paradigmáticos do Direito Constitucional

estrangeiro que são muito citados e pouco lidos pelos profissionais e acadêmicos de Direito no Brasil.

Esclareço, por fim, que o presente texto também se insere no contexto do programa político-pedagógico do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA), buscando aprimorar, entre outras possibilidades e recursos didático-pedagógicos, o método do caso no estudo e prática do Direito.

Judicialização da vida e ativismo judicial: definições, contextualização e relação com o devido processo legal substantivo no Brasil

Acompanho, no presente tópico, por sua clareza e precisão, as definições oferecidas por Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-7).

Há, é certo, um parentesco entre as expressões “judicialização da vida” e “ativismo judicial”, mas não significam a mesma coisa.

Por “judicialização da vida”, entende-se o processo mediante o qual algumas das questões de maior repercussão política ou social vêm sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelos órgãos dos poderes de representação majoritária – o Executivo e o Legislativo –, numa transferência de poder para magistrados e tribunais que traz consigo mudanças substantivas na linguagem, nos argumentos e no modo de participação da sociedade ao lidar com tais questões.

Em um esforço de sistematização e síntese, Barroso (2009, p. 3-4) aponta três causas para a recente judicialização no Brasil: 1) a *redemocratização* do país, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, com a restauração do Judiciário como verdadeiro poder político e com a crescente demanda por justiça por uma reavivada cidadania no seio de nossa sociedade; 2) a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição muitas matérias, antes deixadas exclusivamente para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, ocasionando uma frequente transformação da Política em Direito; 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, o qual, em seu caráter híbrido, combinando aspectos dos sistemas americano e europeu, tornou-se um dos modelos mais abrangentes.

¹ A petição inicial e o parecer fazem parte da coletânea de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 79-105).

² KLAUTAU FILHO (2003, p. 105-139). O artigo foi posteriormente publicado, em separata de 2004, pela Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Chamo, ainda, a atenção para um fenômeno que se relaciona direta e indiretamente com as três causas indicadas e para o qual o próprio Professor Barroso havia voltado sua atenção em trabalho anterior (BARROSO, 2003, p. 1-48): a positivação, na Constituição Federal de 1988, de princípios éticos aos quais se passou a atribuir força vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, na busca da superação do modelo positivista predominante no regime autoritário (e, reconheçamos, em boa parte da história do Direito no Brasil). Daí a afirmação de que a nossa Carta Magna deve ser interpretada à luz do “pós-positivismo jurídico”, marcado, entre outros aspectos, pela “normatividade dos princípios”. É o que alguns chamaram também de “neoconstitucionalismo” ou “novo direito constitucional brasileiro” (BARROSO, 2003, p. 47).

Um dos traços desse novo modelo de hermenêutica constitucional tem sido a abertura para a forte influência de autores estrangeiros, com especial destaque para as obras do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy³. Estes dois autores são referidos como exemplos da concepção do direito “pós-positivista” (BARROSO, 2003, p. 30-33), entre outras razões, porque advogam contra a rígida separação entre Direito e Moral defendida por autores positivistas como o austríaco Hans Kelsen e o inglês Herbert L. A. Hart⁴. Dworkin defende explicitamente uma “leitura moral” da Constituição e das leis (DWORKIN, 1999, p. 1-38). Alexy, no seu *Theorie der Grundrechte*, sustenta que os princípios jurídicos e os valores morais relacionam-se intimamente uns com os outros. Para ele (ALEXY, 2002, p. 86 et seq.), assim como se pode falar de princípios colidentes e de uma ponderação entre princípios, pode-se também falar de valores concorrentes e de um balanceamento de valores. Em adição, a satisfação

graduada de princípios corresponde à realização graduada de valores⁵.

A recepção e adaptação da doutrina estrangeira pela doutrina e pela jurisprudência brasileira não se fazem sem dificuldades, e vêm eivadas de uma série de equívocos conceituais⁶, os quais em nada favorecem a boa prática do Direito, confundindo mais do que esclarecendo, além de serem portas para a arbitrariedade judicial. Sustento que o conceito de devido processo legal substantivo tem padecido desses equívocos por nossa doutrina e nossos tribunais. Busco contribuir para a superação dessa confusão e de suas conseqüências danosas.

Antes, porém, é preciso esclarecer que a *judicialização da vida* pode ou não coincidir com uma *atitude* dos membros do Poder Judiciário designada por *ativismo judicial*⁷. Trata-se, segundo Barroso, de atitude caracterizada por um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance. Em outros termos, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação

⁵ Veja-se, como exemplo da influência desses autores na atual doutrina brasileira, a definição de “princípios” oferecida por Comparato (2006, p. 511): “os princípios éticos nada mais são do que a tradução normativa dos grandes valores da convivência humana. Nessa condição, nunca se pode dizer que um princípio se acha completamente realizado na vida social. Uma característica essencial dos valores, como sabido, é a sua transcendência em relação à realidade. Cada valor representa um ideal jamais atingível em sua plenitude. É ridículo pretender que a justiça será, um dia, plenamente realizada na face da Terra; ou que determinado país já atingiu um estado de perfeita liberdade, em todos os setores da vida social, de sorte que nada mais resta fazer para melhorar a condição dos seus cidadãos a esse respeito. Os princípios éticos, para usarmos da expressão cunhada por um jurista [Alexy], constituem, na verdade, ‘mandamentos de otimização’ (*Optimierungsgebote*), e de otimização permanente, jamais acabada”.

⁶ A esse respeito, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 115-143; 2003, p. 607-630) vem apresentando relevante contribuição, sobretudo no que tange à recepção no Brasil da literatura jurídica alemã. De particular interesse para o presente trabalho por sua crítica à confusa aproximação, realizada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entre o conceito de devido processo legal substantivo (de origem anglo-saxã e desenvolvido pela jurisprudência norte-americana) e a regra da proporcionalidade (tal como proposta na obra de Robert Alexy), ver também: Silva (2002, p. 23-50).

⁷ Cabe referir a distinção proposta por Luiz Flávio Gomes (2009) entre duas espécies de ativismo judicial: “há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa”. Considero a modalidade “ativismo judicial inovador” nociva à segurança jurídica e incompatível com uma República Democrática de Direito. Portanto, interessa aqui estabelecer o diálogo com o “ativismo judicial revelador”, este, sim, muitas vezes inevitável e necessário, dentro de critérios razoáveis, para a afirmação dos valores constitucionais.

³ Não por coincidência, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 483-482), aponta Dworkin (2005) e Alexy (1998) entre “os que defendem o devido processo legal substantivo”, remetendo às obras destes autores.

⁴ O chamado “debate Hart-Dworkin” é, ainda, um ponto central nos cursos de Filosofia do Direito nas universidades norte-americanas. Isso se dá, porque, como afirma Scott Shapiro (2007, p. 22), *for the past four decades, Anglo-American legal philosophy has been pré-occupied – some might say obsessed – with something called the ‘Hart-Dworkin’ debate. Since the appearance in 1967 of ‘The Model of Rules I’, Ronald Dworkin’s seminal critique of H. L. Hart’s theory of legal positivism, countless books and articles have been written either defending Hart against Dworkin’s objections or defending Dworkin against Hart’s defender.*

mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2009, p. 6).

Barroso (2009, p. 7) remete as origens do *ativismo judicial* à jurisprudência norte-americana, arrolando uma sequência de decisões de evidente pertinência ao tema do presente trabalho:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Reitero, com base no trecho citado, que vários dos casos que contam a história do *ativismo judicial* norte-americano foram decididos com fundamento no devido processo legal substantivo, com destaque, pelas razões que veremos, para *Lochner vs. New York* (que marcou a denominação de uma “era” na atuação da Suprema Corte) e *Roe vs. Wade*.

Em síntese, a doutrina do *substantive due process of law* foi construída no processo de afirmação histórica do protagonismo social e político da Suprema Corte dos Estados Unidos. Merece, portanto, nossa atenção nesse momento de intensa e extensa atuação do STF no Brasil.

Voltando ao contexto brasileiro, destaco, inicialmente, a seguinte afirmativa do atual Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em notória e influente obra de doutrina de Direito Constitucional:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito

constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo) (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 641).

Essa associação entre o devido processo legal substantivo e o “princípio da proporcionalidade”, apesar de equívoca por fundir conceitos oriundos de distintas tradições jurídicas, é frequente nas decisões do STF. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 32-33) atenta, entre outras impropriedades metodológicas, para a utilização do devido processo legal substantivo como “fundamento” da aplicação da regra da proporcionalidade em casos de colisão de princípios jurídicos (portanto, com base na obra de Alexy).

A recorrência dessa confusão conceitual na jurisprudência do STF é exemplificada no seguinte trecho da decisão proferida na ADIn 1407-2:

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de *diversas* cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a *inibir* e a *neutralizar os abusos* do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria *constitucionalidade material* dos atos estatais. A norma estatal, *que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade*, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, *ajustando-se* à cláusula que consagra, em sua *dimensão material*, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV) (DJU 15.03.1996).

No seu voto vencedor, proferido no famoso “Caso Ellwanger” (HC 82.424-2-RS), o Ministro Gilmar Mendes, também, em nada contribui para elucidar a confusão de conceitos:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt AM Maim, 1986) coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como defende o próprio Alexy (DJU 19.03.2004).

Se a doutrina do *substantive due process of law* surge da prática jurisprudencial norte-americana, não me parece

cabível a sinonímia com a regra da proporcionalidade, tal como sintetizada na obra de Robert Alexy, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Desse modo, ficamos sem uma adequada compreensão do significado do *substantive due process of law*.

Virgílio Afonso da Silva, nos artigos já referidos, contribui para esclarecer confusões conceituais relativas à adoção da regra da proporcionalidade no Brasil. De minha parte, gostaria de oferecer alguns elementos para um melhor entendimento da história e do significado do devido processo legal substantivo⁸. Afinal, se o Judiciário vai continuar desempenhando seu protagonismo no Brasil, é preciso que o faça sem mistificação, com clareza de critérios e de conceitos. Ou, ao menos, sem banalizar as complexidades envolvidas na aplicação de determinados conceitos importados.

Devido processo legal: origens e sentidos

O devido processo legal tem uma longa história no Ocidente, sobretudo, nos países da tradição anglo-saxã. É provável que sua primeira formulação date da Magna Carta de 1215.

O Capítulo 39 daquele Pacto histórico entre os barões ingleses e o Rei João assim estabelecia:

Nenhum homem será detido, ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra⁹.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 474-476) atenta para a estreita ligação, no período medieval, entre a lei da terra e a idéia de direito costumeiro, que decorria da consolidação de decisões passadas, especialmente decisões judiciais.

Dessa ligação decorrem dois pontos de destaque desde a origem da ideia de devido processo legal: 1) a noção de que há limites legais substantivos ao exercício de autoridade pelo Rei ou pelo próprio Parlamento; 2) esses limites são o direito costumeiro e a razão.

Além disso, sabe-se que, anteriormente a uma visão substantiva do devido processo legal, ele foi concebido como um conjunto de garantias procedimentais. Temos, assim, dois significados distintos associados à noção mais ampla de devido processo legal:

(1) o primeiro designava o estabelecimento de um juízo imparcial – equidistante das partes –, onde estivessem asseguradas determinadas garantias processuais, como contraditório, a possibilidade de defesa e de recurso a uma instância superior, voltadas a conferir o maior grau possível de justiça aos julgamentos; (2) Num segundo sentido, a idéia de devido processo legal estava associada aos limites substantivos que deveriam ser impostos ao exercício da autoridade. Neste caso, o direito costumeiro era tomado como restrição material àquilo que poderia ser decidido pelo Parlamento ou outras instâncias de determinação de conduta (VIEIRA, 2006, p. 476).

Interessa-me discutir este segundo sentido à luz do seu desenvolvimento no Direito norte-americano durante o século XX.

Aspectos da evolução do *substantive due process of law* na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos no Século XX

A Constituição norte-americana, inicialmente na Emenda V da *Bill of Rights* de 1791, e, posteriormente, na Emenda XIV de 1868, incorporou expressamente a cláusula do devido processo legal:

⁸ Vale notar que, de modo diverso ao que transporece na doutrina e jurisprudência brasileiras, a precisa definição do conceito de *substantive due process of law* é ainda um desafio para os estudiosos do Direito norte-americano, como alerta John Orth, (2003, p. ix-x), professor da Universidade da Carolina do Norte em recente monografia dedicada ao tema: *'Due process of law' has long been part of our constitutional vocabulary; few phrases are more important. But the words themselves, while suggestive, are hardly self-explanatory. Judges and lawyers have struggled, literally for hundreds of years, to give them content in specific cases. Their results have not always been universally accepted, and consensus, when achieved, has rarely endured for long. The attempt to realize the ideal in ever-changing conditions is probably an inescapable part of our legal tradition, and one from which we should hesitate to escape by a peremptory announcement that the demands of due process have been ascertained once and for all.*

⁹ A tradução é de Fábio Konder Comparato (2008, p. 85). Comparato afirma: "Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), expresso na 14.^a Emenda à Constituição norte-americana e adotado na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5.^o, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal")". Segue o texto da citação, na versão original, em latim – *nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exulatur, aut aliquo modo destruat, Nec super eum ibimus, Nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* – e em inglês – *no free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled, or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land* (ORTH, 2003, p. 7).

EMENDA V

Ninguém será [...] privado de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal;

EMENDA XIV

Seção 1. [...] Os Estados não privarão qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal¹⁰.

Durante muitos anos, a cláusula do *due process of law* foi aplicada pelo Judiciário norte-americano de modo predominantemente formal, procedimental – voltada às garantias processuais, como a devida notificação das partes, a ampla possibilidade de defesa, o contraditório etc. (VIEIRA, 2006, p. 476-477).

Somente no final do Século XIX é que a Suprema Corte iniciou um longo processo de afirmação de que a cláusula também deveria ser empregada para impugnar atos do Legislativo com base na afronta a valores substantivos da Constituição – concebida como a verdadeira *law of the land* contemporânea.

Como já referido, o grande marco inicial desse processo foi o caso *Lochner vs. New York*, de 1906 (ainda que muito criticado e polêmico ao longo da história do direito constitucional norte-americano, como veremos), no qual o Estado de Nova York aprovou legislação limitando a 10 horas a jornada de trabalho dos padeiros. Mas a Suprema Corte derrubou a legislação, afirmando que violava a *liberdade* de contratar, protegida pela Emenda XIV.

Note-se, pois, que, em *Lochner*, a Suprema Corte não aplicou a cláusula do devido processo legal apenas para assegurar a imparcialidade do processo judicial. Ela analisou, sob a lente do devido processo legal, se a lei feria ou não valores constitucionais substantivos e não meramente procedimentais.

A chamada “Era *Lochner*”, marcada pela forte intervenção do Judiciário contra a legislação econômica e social, encerrou-se somente no final dos anos trinta do século XX, após uma forte pressão do Governo Roosevelt sobre a Suprema Corte.

¹⁰ No original: AMENDMENT V “No person shall be (...) deprived of life, liberty or property, without the due process of law”; AMENDMENT XIV “Section 1. (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without the due process of law”. Vale lembrar que a Emenda XIV buscava, entre outras finalidades, deixar claro, após a Guerra Civil, que as garantias contra a União também se aplicavam aos Estados da Federação.

A partir de então, a utilização da cláusula do devido processo legal substantivo, como defesa de interesses econômicos, foi abandonada, sendo, contudo, retomada, nas décadas de 1960 e 1970, para ampliar a proteção às chamadas “liberdades não-econômicas”, entre as quais a privacidade – que foi determinante para que se assegurassem os direitos das mulheres ao uso de meios contraceptivos (*Griswold vs. Connecticut*) e ao próprio aborto (*Roe vs Wade*).

Os críticos dessas decisões mais recentes acusam a Corte de ter agido da mesma forma que em *Lochner*, usando o devido processo legal para derrubar decisões do Legislativo, com base em critérios substantivos (e, para muitos destes críticos, meramente subjetivos). A diferença seria que as decisões mais recentes estariam mais em sintonia com o espírito de seu tempo – o que não impediria a crítica à sua suposta falta de clareza nos critérios de interpretação da Constituição e da cláusula do devido processo legal substantivo.

Verifica-se, portanto, entre os críticos, uma pertinente preocupação com o risco de arbitrariedade judicial (travestida de “ativismo”) na aplicação da cláusula. Aqui, parece-nos útil, antes e a título de orientação para a leitura de um dos casos centrais neste debate, sistematizar as questões mais importantes que o mesmo tem despertado.

Questões e considerações iniciais para a leitura do caso

A turbulenta história do *substantive due process of law* na jurisprudência da Suprema Corte ilustra uma das mais difíceis e controversas buscas por critérios legítimos de interpretação no Direito Constitucional norte-americano. Por isso, reiterando a proposta do presente trabalho, defendo um contato inicial com essa história, porque acredito que ela possa trazer luzes ao debate contemporâneo sobre o ativismo judicial e a jurisdição constitucional no Brasil.

Nessa linha, sugiro uma leitura de *Roe vs Wade*, iniciando pelas seguintes questões:

– A cláusula do devido processo legal diz respeito não apenas aos métodos de ação governamental, mas também à substância, ao conteúdo, de tal ação? Ou “devido processo substantivo” é uma contradição em termos?

– *Em que medida a cláusula do devido processo legal autoriza a Suprema Corte a operar valores fundamentais – valores não explicitamente designados para proteção especial no texto constitucional, mas, ainda assim, valores sobre os quais o governo poderá impor restrições somente mediante um elevado e diferenciado padrão de justificativa?*

A decisão de 1905, em *Lochner vs. New York*, afastando a lei de Nova York que estipulava o máximo de horas permitidas na jornada de trabalho dos padeiros, simboliza a ascensão do devido processo substantivo como uma proteção de direitos econômicos e de propriedade. A partir de então, por três décadas (até o *New Deal* de Roosevelt), a Suprema Corte praticou um detalhado escrutínio sobre a legislação econômica e social, que frequentemente levava à derrubada das leis sob exame (SULLIVAN; GUNTHER, 2001, p. 451).

Essa prática, porque inspirada em uma das mais criticadas decisões da história da Suprema Corte, gerou o surgimento, carregado de ironia, de um novo verbo no jargão jurídico norte-americano: *to lochnerize*.

Ainda hoje, quando se quer dizer que a Corte está indo além de seu âmbito de atuação no exame da constitucionalidade de atos discricionários do Executivo e do Legislativo, diz-se pejorativamente que a Corte está *lochnerizing*.

A partir de meados da década de 1930, o “ativismo judicial” sobre legislação econômica começou a declinar. Hoje, o uso do devido processo legal substantivo para a proteção especial dos direitos econômico e de propriedade caiu em descrédito na jurisprudência norte-americana. É assente que o Judiciário, via de regra, deve ser deferente (*deferential*) aos poderes majoritários em questões de políticas públicas de natureza econômica.

Ainda assim, como vimos, nas últimas décadas do século XX, a aplicação da cláusula do devido processo legal substantivo foi revigorada, tomando-se sua adoção como um abrigo para valores fundamentais outros que não os econômicos. Esse desenvolvimento mais recente é ilustrado pelas decisões modernas que, para proteger a autonomia e a privacidade, derrubaram leis que proibiam o uso de contraceptivos (*Griswold vs. Connecticut* - 1965) e o aborto (*Roe vs. Wade* - 1973).

Os casos decididos pela Suprema Corte dos Estados

Unidos com base no devido processo legal substantivo levantam outras questões comuns (relevantes, *mutatis mutandis*, também para o momento vivido pela jurisdição constitucional brasileira):

– *representam eles interpretações - aplicações justificáveis da Constituição (Americana)?*

– *Os valores fundamentais identificados nesses casos são passíveis de serem extraídos do texto, da história e da estrutura da Constituição? Ou eles são simplesmente o resultado da inserção extraconstitucional de valores não-interpretativos dos magistrados em determinadas circunstâncias históricas e ou pessoais?*

– *Quais valores fundamentais, se é que há algum, pode o Judiciário, propriamente impor?*

– *Existem valores básicos – morais, sociais ou econômicos – que verdadeiramente refletem um consenso nacional? Mesmo que existam tais valores, isto autoriza os Juízes a lê-los na Constituição? Ou a adjudicação de valores fundamentais é inaceitável se as Cortes não puderem demonstrar sua relação adequada com o texto, a história e a estrutura da Constituição?*

– *É possível estabelecer diferença entre uma abordagem que proteja “valores fundamentais” adequadamente e uma produção meramente subjetiva de direito novo por parte dos juízes?*

Penso que essas questões demonstram que há boas razões, além das históricas, para conhecermos até mesmo os casos do início do Século XX, da chamada “Era *Lochner*”¹¹, ainda que o devido processo legal substantivo não seja mais utilizado como fundamento para impor restrições judiciais à legislação econômica. Os casos acerca de direitos econômicos daquele período guardam relação direta com a compreensão da função jurisdicional na defesa e promoção das liberdades individuais que recebem maior atenção das cortes constitucionais contemporâneas.

Cabe indagar, a partir do contexto norte-americano, mas com validade e relevância para nossa reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil, se as decisões sobre o aborto e a contracepção são essencialmente exemplos modernos de *lochnerizing*, ou se estes exemplos contemporâneos caracterizam aplicações da cláusula do devido processo legal substantivo mais justificáveis que as dos casos antigos.

¹¹ O que pretendo fazer em outros trabalhos na linha de pesquisa do método do caso.

Em outros termos: como se trata da defesa e da conquista de direitos históricos das mulheres, estaríamos diante da mesma prática de “ativismo judicial” (Lochnerizing), mas à qual, hoje, atribuímos aprovação e não reprovação moral, como em *Lochner*?

Além das semelhanças mais evidentes, deve-se considerar outras ligações entre a Era *Lochner* e as decisões do final do século XX. Por exemplo, a fonte textual da intervenção da Corte na era *Lochner* era usualmente a “liberdade” protegida pela cláusula do devido processo legal: a “liberdade de contratar” e o seu papel como um suporte constitucional para uma economia liberal eram as maiores preocupações dos Juizes da Suprema Corte (*Justices*) naquele momento.

Contemporaneamente, o termo “liberdade” é também a maior base para a ativa defesa, pela Corte, de direitos pessoais não expressamente assegurados no texto constitucional (como a privacidade e a autonomia). O que nos leva a indagar se há justificção para o abandono da proteção judicial de alguns tipos de “liberdade” e a crescente intervenção do Judiciário em nome de outras espécies de “liberdade”. Este problema do duplo padrão e da construção de critérios coerentes de interpretação constitucional é um dos grandes desafios da atuação judicial no mundo contemporâneo.

Considerando os desafios e problemas inicialmente levantados é que convido à leitura desse caso-marco da jurisdição constitucional e do ativismo judicial contemporâneos.

Acredito que com esta experiência o leitor brasileiro poderá, ao menos, sistematizar um tanto melhor suas dúvidas, para prosseguir buscando soluções para problemas concretos, o que representa o melhor da tradição do conhecimento científico levado a sério.

ROE vs. WADE: 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d. 147 (1973)¹²

[Essa decisão representa um ataque às leis do Texas sobre o aborto – semelhantes às normalmente adotadas pela maioria dos estados – tornando um crime “proporcionar um aborto”,

exceto em casos de “aconselhamento médico com o intuito de salvar a vida da mãe”. As partes aqui eram uma mãe solteira grávida (Jane Roe), um casal sem filhos, cuja mulher não estava grávida (John e Mary Doe), e um médico licenciado (Dr. Halford). As ações de Roe e dos Does foram “*class actions*”. A Corte distrital, composta por três juizes entendeu ser injustificável o pleito dos Does, mas concedeu escusa declarada a Roe e ao Dr. Halford, entendendo ser a lei (sobre o aborto) inconstitucional, de acordo com a Nona Emenda].

Justice BLACKMUN deu a opinião da Corte.

[Nós] de imediato, admitimos ter consciência acerca da natureza sensível e emocional da controvérsia inerente ao aborto, sobre os vigorosos pontos de vista opostos, [e] sobre as profundas e, aparentemente, absolutas convicções que esse assunto acarreta. [Nossa] tarefa, é claro, é solucionar esse problema através de meios constitucionais, livres de emoções e predileções. Nós nos empenhamos com toda a seriedade em realizar essa tarefa e, por essa razão, nós nos voltamos para a história médica e da medicina legal e o que elas revelam sobre a atitude humana acerca do aborto ao longo de séculos. Temos em mente, também, o cauteloso aviso do Mr. Justice Holmes no seu, agora devidamente reconhecido voto divergente no caso *Lochner*. O ponto principal do ataque da recorrente às leis do Texas é o de que elas invadem um direito, que se diz ser possuído pela mulher grávida, que é o de escolher encerrar sua gravidez. [Antes] de apreciar este pleito, nós entendemos desejável um breve exame, sob vários aspectos, da história do aborto, pelos *insights* que essa história possa nos proporcionar. [A revisão do Justice Blackmun acerca dessa história foi omitida. A pesquisa começa com as atitudes antigas – tendo início com “os métodos abortivos do Império Persa” – e continua com o “Juramento de Hipócrates”, “o *common law*”, o conjunto do “*English statutory law*” e o “*American law*”, para as posições das Associações Americanas de Medicina, de Saúde Pública e das Associações da Advocacia (*Bar Associations*). Após relatar os possíveis interesses do Estado em restringir o aborto (como abaixo sintetizado), ele prosseguiu:]

A Constituição não menciona explicitamente qualquer direito à privacidade. [Mas] a Corte já reconheceu que um direito pessoal à privacidade, ou uma garantia a certas zonas ou áreas de privacidade existem sob a tutela constitucional. Em contextos variados, a Corte ou os *Justices* individualmente têm, de fato, encontrado pelo menos as raízes desses direitos na Primeira Emenda [*Stanley vs. Geórgia*]; na Quarta e Quinta Emendas; nas entrelinhas da *Bill of Rights* [Griswold]; na Nona

¹² Texto traduzido com base na edição de Sullivan; Gunther (2001, p. 521-527).

Emenda [id.], ou no conceito de liberdade garantido pela 14ª Emenda. Essas decisões deixam claro que somente direitos pessoais que possam ser considerados “fundamentais” ou “implícitos no conceito de liberdade ordenada” [Palko] são incluídos nessa garantia de privacidade pessoal. Eles ainda deixam claro que o direito se estende a atividades relacionadas ao casamento [*Loving vs. Virginia*], procriação [Skinner], contracepção [*Eisenstadt vs. Baird*], relações familiares [*Prince vs. Massachusetts*], e educação infantil [Pierce, Meyer].

Esse direito à privacidade, seja fundamentado na concepção da 14ª Emenda de liberdade pessoal como acreditamos ser, seja como a Corte Distrital determinou, na Nona Emenda, é amplo o suficiente para abranger a decisão de uma mulher em encerrar ou não a sua gravidez. O dano que o Estado imporia à mulher grávida ao lhe negar essa escolha é de todo evidente. Perigos específicos e diretos medicamente diagnosticáveis, mesmo em uma gravidez incipiente, podem estar envolvidos. A maternidade ou outros filhos podem acarretar à mulher uma vida e um futuro estressantes. Danos psicológicos podem ser iminentes. A saúde mental e física pode ser excessivamente exigida pelos cuidados com a criança. É importante mencionar que há também o estresse associado à criança indesejada, além do problema de trazer a criança a uma família psicologicamente incapaz de criá-la. Em outros casos, como nesse, as dificuldades adicionais e o estigma contínuo de maternidade indesejada pode estar envolvido. Todos esses fatores devem ser levados em consideração em uma consulta realizada entre a mulher e o médico responsável.

Tendo por base elementos como estes, os requerentes e alguns *amici* aduzem que o direito da mulher é absoluto e que ela pode encerrar sua gravidez a qualquer hora, de qualquer maneira e por qualquer razão que ela própria escolha. Com isso, não concordamos. [As] decisões da Corte reconhecendo o direito à privacidade também entendem que alguma regulamentação em áreas protegidas por esse direito é apropriada. [Um] Estado pode afirmar interesses importantes em salvaguardar a saúde, em manter padrões médicos e em proteger vidas em potencial. Em algum ponto da gravidez, esses respectivos interesses tornam-se suficientemente cogentes para sustentar uma regulamentação de fatores que regem a decisão do aborto. O direito à privacidade envolvido, portanto, não pode ser dito absoluto. Na verdade, não está clara para nós a afirmação trazida por alguns *amici* de que o direito ilimitado de uma pessoa em fazer o que bem entender com seu corpo guarde uma relação próxima com o direito de privacidade previamente articulado nas decisões da Corte. No passado, a Corte já se recusou a reconhecer um direito ilimitado desta natureza. [*Jacobson vs. Massachusetts*, 1905 - vacinação; *Buck vs.*

Bell, 1927 - esterilização]. Nós, portanto, concluímos que o direito à privacidade pessoal inclui a decisão de abortar, mas que esse direito não é incondicional e que sua regulamentação deve levar em conta importantes interesses estatais. [Onde] certos “direitos fundamentais” estão envolvidos, a Corte tem entendido que a regulamentação que limita esses direitos deve ser justificada somente por um “interesse estatal imperativo” (*compelling state interest*) [e] que atos legislativos devem ser delineados estritamente para expressar somente os legítimos interesses estatais em questão. [A recorrente alega] um direito absoluto que veda a imposição pelo Estado de qualquer penalidade criminal na área. O recorrido argumenta que a determinação do Estado em reconhecer e proteger a vida pré-natal a partir da concepção constitui um *compelling state interest*. Nós não concordamos por completo com nenhuma das formulações.

A. O requerido [alega] que o feto é uma “pessoa”, na linguagem e significado da 14ª Emenda. [Se é assim,] o caso da requerente, é claro, entra em colapso, pois o direito do feto à vida torna-se garantido especificamente pela Emenda. [A] Constituição não define “pessoa” em tantas palavras. A seção 1 da 14ª Emenda contém três referências a “pessoa”. [“Pessoa”] é utilizado em outros trechos da Constituição. [Mas], em todas as situações, o uso da palavra é tal que só se aplica ao pós-natal. Nenhum exemplo indica, com segurança, que se possa aplicar ao momento pré-natal¹³. Tudo isso, em conjunto com nossa observação de [que], na maior parte do século 19, as práticas legais referentes ao aborto eram bem mais liberais que hoje, leva-nos a crer que a palavra “pessoa”, da forma que é utilizada na 14ª Emenda, não inclui o nascituro. [Nós] passamos a outras considerações.

B. A mulher grávida não pode ser isolada em sua privacidade. Ela carrega um embrião e, mais tarde, um [feto]. A situação, portanto, é substancialmente diferente das situações de intimidade marital, ou da posse de material obsceno em um quarto, ou de casamento, ou procriação, ou educação, tratadas em *Eisenstadt*, *Griswold*, *Stanley*, *Loving*, *Skinner*, *Pierce*, e *Meyer*. É razoável e apropriado que um Estado decida que,

¹³ [Nota de rodapé do Justice Blackmun]: Quando o Estado do Texas alega que o feto tem direito à proteção da 14ª Emenda na condição de pessoa, ele se coloca diante de um dilema. Nem no Texas, nem em qualquer outro Estado todos os abortos são proibidos. Apesar da larga proibição, sempre há exceções. A exceção [na lei do Texas], no caso de um aborto provocado ou tentado por aconselhamento médico com o propósito de proteger a vida da mãe, é típica. Mas se o feto é uma pessoa da qual a vida não pode ser retirada sem o devido processo legal, e se a condição da mãe é a única determinante, não parece que a exceção do Texas está fora da linha (*out of line*) quanto ao comando da 14ª Emenda?

em certo ponto, outro interesse, como o da saúde da mãe ou da vida humana em potencial, torne-se significativamente envolvido. A privacidade da mulher não é mais considerada isoladamente e qualquer direito à privacidade que ela possua deve ser adequadamente mensurado.

O Estado do Texas defende que, independentemente da 14ª Emenda, a vida se inicia com a concepção e se faz presente durante a gravidez e que, portanto, o Estado tem interesse em proteger essa vida a partir da e após a concepção. Nós não precisamos resolver a difícil questão de saber quando a vida se inicia. Enquanto os que são bem treinados em medicina, filosofia, e teologia são incapazes de chegar a um consenso, o Judiciário, a esse ponto do desenvolvimento humano, não se encontra em uma posição de especular acerca da resposta. Deverá ser suficiente notar a vasta divergência de pensamento sobre essa questão difícil e sensível. [Após revisar uma diversidade de crenças filosóficas e religiosas, o Justice Blackmun observou:] Médicos vêm pondo ênfase na concepção, no nascimento com vida, ou no ponto intermediário em que o feto se torna “viável”, isto é, potencialmente capaz de sobreviver fora do ventre materno, ainda que com ajuda de equipamentos. A viabilidade é normalmente situada a partir de sete meses (28 semanas), mas pode ocorrer antes, até mesmo a partir de 24 semanas. A crença moderna oficial da Igreja Católica reconhecendo a existência de vida a partir do momento da concepção é uma visão fortemente seguida por muitos não católicos, bem como por muitos médicos. Entretanto, muitos problemas substanciais acerca dessa definição são trazidos por novos dados embriológicos que se propõem a indicar que a concepção é mais um “processo” temporal que um evento, e por novas técnicas médicas como a extração menstrual, a “pílula do dia seguinte”, a implantação de embriões, a inseminação artificial e até ventres artificiais. Em outras áreas além do aborto criminal, a lei tem sido relutante em endossar que a vida, como a reconhecemos, começa antes do nascimento com vida, ou em conferir direitos ao nascituro, exceto em situações muito bem definidas e quando os direitos são contingentes ao nascimento com vida [Justice Blackmun fornece exemplos de direito sucessório e de responsabilidade civil]. Em suma, o nascituro nunca foi conhecido como pessoa *lato sensu*. Tendo isto em vista, não concordamos que, adotando uma teoria de vida, o Texas pode anular os direitos da gestante que estão em questão. Repetimos, entretanto, que o Estado possui um interesse importante e legítimo em preservar e proteger a saúde da mulher grávida, [e] que possui *outro* interesse importante e legítimo em proteger a potencialidade da vida humana. Esses interesses são separados e distintos. Cada um cresce em substancialidade enquanto a mulher se aproxima do termo e, a certo ponto, esses direitos tornam-se

“determinantes” (*compelling*).

Com respeito ao interesse da saúde da mãe, o momento “determinante” (*compelling point*), à luz do conhecimento médico atual, encontra-se aproximadamente no final do primeiro trimestre. Assim é em razão do fato médico agora estabelecido [de que] até o fim do primeiro trimestre, a mortalidade em abortos é menor que a mortalidade em partos normais. Segue que, a partir desse ponto, o Estado pode regulamentar o procedimento abortivo na medida em que a regulamentação razoavelmente relaciona-se à preservação e à proteção da saúde materna. São exemplos de regulamentação estatal permissiva nessa área a exigência de requisitos que comprovem a qualificação da pessoa que executará o aborto; bem como da qualificação das instalações nas quais o procedimento será realizado, e assim por diante. Isso significa, por outro lado, que, para o período da gravidez anterior a este ponto “impositivo”, o médico atendente, em consulta com a paciente, é livre para determinar, sem regulamentação estatal, que, em sua avaliação médica, se deva pôr termo à gravidez da paciente. Se essa decisão for tomada, a avaliação pode ser por um aborto livre da intervenção estatal. Com respeito [ao] interesse na vida em potencial, o momento determinante é o da viabilidade. Assim é porque o feto possui, então, presumidamente, a capacidade de vida significativa fora do ventre materno. Assim, a regulamentação do Estado na proteção da vida fetal após a viabilidade possui justificativa tanto lógica quanto biológica. Se o Estado possui interesse em proteger a vida do feto após a viabilidade, pode ir ao ponto de proibir o aborto durante esse período, exceto quando for necessário para proteger a vida ou saúde da mãe. Mensurada contra esses padrões, [a lei do Texas] atua de forma muito ampla [e] não pode sobreviver ao ataque constitucional que lhe é feito aqui.

Repetindo e resumindo: um estatuto estadual de criminalização do aborto como o do Texas, que exclui da criminalidade *somente* um procedimento que vise salvar a vida da mãe, sem considerar o estágio da gravidez e sem reconhecer outros interesses envolvidos, constitui violação do [devido processo]: (a) No estágio anterior a aproximadamente o fim do primeiro trimestre, a decisão abortiva e sua efetivação deve ser deixada a cargo do julgamento profissional do médico que atendeu a mulher grávida; (b) No estágio subsequente a aproximadamente o final do primeiro trimestre, o Estado, ao promover seu interesse na saúde da mãe, pode, se assim escolher, regulamentar o procedimento abortivo de maneiras razoavelmente relacionadas à saúde materna; (c) No estágio subsequente à viabilidade, o Estado pode, se assim escolher, promovendo seus interesses em face da vida humana em potencial, regulamentar e até mesmo proibir o aborto, exceto quando for necessário, de acordo com o julgamento médico apropriado, visando a preservação da vida da mãe. Estes princípios jurídicos que regem nossa decisão (*holding*) são consistentes, acreditamos, com os pesos relativos dos respectivos interesses envolvidos, com as lições e exemplos da

história médica e legal, com a tolerância da *common law* e com as demandas dos profundos problemas contemporâneos. A decisão deixa o Estado livre para estabelecer restrições ainda maiores referentes ao aborto conforme o período de gravidez avança, tanto quanto essas restrições se conformem aos interesses reconhecidos do Estado. A decisão afirma o direito do médico de administrar o tratamento médico de acordo com seu julgamento profissional até o ponto no qual os importantes interesses estaduais oferecem justificativas determinantes da intervenção. De acordo com o exposto, a decisão abortiva em todos os seus aspectos é, inerente e primariamente, uma decisão médica e sua responsabilidade básica deve ser deixada a cargo do [médico].

Assim é determinado.

Justice STEWART [acompanhando].

Em 1963, esta Corte, em [*Ferguson vs. Skrupa*], pretendeu anunciar a morte da doutrina do devido processo legal substantivo. Quase dois anos depois, [em *Griswold*], a Corte sustentou que uma lei de Connecticut sobre o controle de natalidade era inconstitucional. Em razão do que havia sido recentemente dito em *Skrupa*, a opinião da Corte, notavelmente, fez o seu melhor para evitar embasamento no [devido processo]. [Ainda assim], a lei de Connecticut não violou nenhuma provisão constitucional específica. Assim, ficou claro para mim na época, e é igualmente claro para mim agora, que a decisão de *Griswold* pode ser racionalmente entendida somente como uma afirmação de que o Estatuto de Connecticut invadiu substantivamente a ["liberdade"]. Entendido desse modo, *Griswold* situa-se apenas como um na longa linha de casos pré-*Skrupa*, decididos sob a doutrina do devido processo substantivo (*substantive due process*), e eu agora o aceito como tal. A "liberdade" protegida pelo [devido processo] abrange mais que as liberdades explicitamente nomeadas na Declaração de Direitos da Constituição Americana (*Bill of Rights*). [Em *Eisenstadt*], nós reconhecemos "o direito do indivíduo, casado ou solteiro, em ser livre de intrusão governamental injustificada em questões que afetam tão fundamentalmente uma pessoa, como a de procriar ou gerar uma criança". Esse direito necessariamente inclui o direito de uma mulher em decidir se vai ou não encerrar sua [gravidez]. É evidente que o Estatuto de Aborto do Texas infringe diretamente esse direito. [A] questão então é a de saber se os interesses estaduais que se pretende promover justificam tal restrição de direitos e podem sobreviver ao "particularmente cuidadoso escrutínio" (*particularly careful scrutiny*) que a 14^a Emenda aqui impõe. Os interesses estaduais afirmados [são] objetivos legítimos, [mas

como] a Corte hoje demonstrou, [esses] interesses estaduais não podem embasar constitucionalmente a ampla restrição dos direitos pessoais da forma posta pela lei do Texas.

Justice DOUGLAS [acompanhando as opiniões em *Doe vs. Bolton* e em *Roe vs. Wade*]

[Esses casos] envolvem o direito à privacidade. [A] Nona Emenda obviamente não cria direitos exigíveis em nível federal, [mas] sim um catálogo de direitos reconhecidos [por] direitos costumeiros e tradicionais honrados pelo tempo, *amenities*, privilégios e imunidades abrangidos pelas "Bênçãos da Liberdade" mencionadas no preâmbulo da Constituição. Muitas delas, a meu ver, acompanham o significado da palavra "liberdade", como empregada pela 14^a Emenda. *Em primeiro lugar, é o controle autônomo sobre o desenvolvimento e expressão do intelecto de uma pessoa, bem como seus interesses, gostos e personalidades*. Esses são direitos protegidos pela Primeira Emenda, e, a meu ver, eles são [absolutos]. *Em segundo lugar, está a liberdade de escolha em decisões básicas na vida de uma pessoa a respeito de casamento, divórcio, procriação, contracepção e a educação e criação de seus filhos*. Esses direitos [fundamentais], diferentemente daqueles protegidos pela Primeira Emenda, são objeto de algum controle pelo [poder de polícia]¹⁴. *Em terceiro lugar está a liberdade de cuidar da saúde e de si, liberdade para agir livre de restrições corporais ou compulsões, liberdade para andar, passear ou flunar*. Esses direitos, ainda que fundamentais, estão sujeitos a regulamentação ante a demonstração de ["interesse estadual imperativo" (*compelling state interest*)]. [Uma] mulher é livre para tomar a decisão básica acerca de gerar ou não uma criança não desejada. [O nascimento] pode privar a mulher do estilo de vida que prefere e forçá-la a um futuro radicalmente diferente e indesejado. Essa argumentação é, entretanto, somente o começo do problema. O Estado tem interesses a proteger. O aborto [voluntário], a qualquer tempo e lugar, independente de cuidados médicos adequados, colidiria com uma preocupação legítima da sociedade. A saúde da mulher é parte dessa preocupação, como é a vida do nascituro. Essas preocupações justificam o fato de o Estado tratar esse procedimento como [médico]. [Omitiu-se um outro voto concorrente (*concurring opinion*) do Justice Burger].

¹⁴ [Nota de rodapé do Justice Douglas]: [Justice] Stewart [afirma] que a nossa decisão em *Griswold* reintroduziu o devido processo legal substantivo que havia sido rejeitado em *Ferguson vs. Skrupa*. Com todo o respeito, decisões como *Griswold*, *Pierce* e *Meyer* não têm nada a ver com o devido processo legal substantivo. Pode-se pensar que elas não são periféricas com relação a outros direitos expressos na *Bill of Rights*. Mas isto não é suficiente para invocar nestes casos a proteção do devido processo legal substantivo.

Justice WHITE [que foi acompanhado pelo Justice REHNQUIST, divergindo em *Doe vs. Bolton*, bem como em *Roe vs. Wade*]:

Não encontro nada na linguagem ou história da Constituição que possa apoiar o julgamento da Corte. A Corte simplesmente elabora e anuncia um novo direito constitucional para mães gestantes e, com quase nenhuma razão ou autoridade para seus atos, atribui a esse direito substância suficiente para anular a maior parte das leis estaduais acerca do aborto. O resultado é que o povo e as legislações de 50 Estados estão constitucionalmente desautorizados a ponderar a importância relativa de continuada existência e desenvolvimento do feto, por um lado, contra um espectro de possíveis impactos sobre a mãe, por outro lado. Como um exercício de poder judicial cru, a Corte talvez tenha autoridade para fazer o que faz hoje, mas, a meu ver, seu julgamento é um exercício extravagante e imprudente do poder de controle de constitucionalidade (*judicial review*). Numa área sensível como esta, envolvendo (como envolve) assuntos sobre os quais homens razoáveis podem facilmente e fervorosamente divergir, não posso aceitar o exercício do poder da Corte. Esse assunto deveria ser deixado ao povo.

Justice REHNQUIST [divergindo]:

[Eu] tenho dificuldade em concluir que o direito à “privacidade” está envolvido neste caso. O Estado do Texas impede a realização do procedimento abortivo a ser realizado por um médico autorizado sobre um autor como Roe. O resultado de um procedimento como este não é “privado” no uso comum dessa palavra. A “privacidade” que a Corte encontra aqui não possui sequer um parentesco distante com a da [Quarta Emenda, liberdade de buscas e apreensões (*Searches and Seizures*)]. Se a Corte quer, com o termo “privacidade”, dizer apenas que o direito de uma pessoa ser livre de indesejadas regulamentações estatais relativas a transações consensuais, pode ser uma forma de “liberdade” protegida pela 14ª Emenda, não há dúvida de que alegações similares já foram asseguradas em decisões nossas anteriores, baseadas nessa liberdade. Eu concordo [que essa “liberdade”] abrange mais que direitos encontrados na *Bill of Rights*. Mas esta liberdade não é garantida de forma absoluta contra privações, mas somente contra privações sem o devido processo legal. O teste tradicionalmente aplicado à área de legislação econômica ou social é o de verificar se a lei questionada possui ou não uma relação racional com um objetivo estatal válido [*Lee Optical*]. Se a lei do Texas proibisse a realização de um aborto, mesmo quando a vida da mãe estivesse em perigo, eu tenho pouca dúvida de que faltaria

a tal Estatuto uma relação racional com um objetivo estadual válido, sob o teste estabelecido em [*Lee Optical*]. Mas a ampla invalidação da Corte de qualquer restrição ao aborto durante o período do primeiro trimestre é impossível de se justificar sob esse padrão. Enquanto a opinião da Corte cita a divergência do Sr. Justice Holmes em [*Lochner*], o resultado por ela alcançado é mais aproximado da opinião majoritária do Sr. Justice Peckham naquele caso. Como em *Lochner* e em casos similares, em que são aplicados os padrões do devido processo legal substantivo sobre legislação econômica e de bem-estar social, a adoção do padrão do interesse estadual imperativo obrigará inevitavelmente que esta Corte examine as políticas legislativas e revise a sabedoria dessas políticas no processo de decidir se um determinado interesse estatal positivado pode ou não ser “imperativo” (*compelling*). A decisão aqui de que subdividir o termo de gravidez em três termos distintos e de delimitar as restrições que o Estado pode impor em cada um deles, por exemplo, tem mais a ver com legislação judicial do que com a determinação da intenção dos autores da 14ª Emenda. O fato de uma maioria dos Estados ter restringido o aborto por, no mínimo, um século, é uma forte indicação, parece-me, de que o afirmado direito a um aborto não é “tão radicado nas tradições e consciência do nosso povo a ponto de ser qualificado como fundamental”. Mesmo hoje, quando as visões da sociedade sobre o aborto estão mudando, a própria existência do debate é prova de que o “direito” ao aborto não é tão universalmente aceito como os requerentes querem que acreditemos. Quando a 14ª Emenda foi adotada, em 1886, havia ao menos 36 leis estaduais ou territoriais limitando o aborto. [A] única conclusão possível dessa história é que os autores da 14ª Emenda não pretendiam que ela retirasse dos Estados o poder de legislar a respeito desse [assunto].

Referências

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**: palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, na cidade do Rio de Janeiro, em 11 de dezembro de 1998. [Rio de Janeiro: s.n., 1998?].

_____. A defence of Radbruch’s formula. In: DYZENHAUS, David (Ed.). **Recrafting the rule of law: the limits of legal order**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 15-39.

_____. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **A theory of constitutional rights**. New York: Oxford University, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 419 p., p. 1-48.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 592 p.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University, 1999.

_____. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University, 1997.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Luis Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 13 set. 2009.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1997.

_____. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: *Marbury v. Madison* (1803). In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso (Org.). *Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao Professor Orlando Bitar*. Belém: CESUPA, 2003. 404 p.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434 p.

ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003. 116 p.

SHAPIRO, Scott J. The 'Hart-Dworkin' debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin: contemporary philosophy in focus*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. 392 p., p.115-143.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n.1, p. 607-630, jan./jul 2003.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SULLIVAN, Kathleen; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 14. ed. New York: Foundation Press, 2001. 1537 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. 688 p.



José Fernando Simão

Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar

Resumo

O presente trabalho pretende analisar o tratamento dado ao instituto jurídico da outorga conjugal pelo Código Civil de 2002 à luz das influências constitucionais sobre o direito privado, em especial o princípio da solidariedade familiar. Identificar a razão de ser do instituto da outorga conjugal no contexto do Código Civil de 1916 e compará-la com o contexto do Código Civil de 2002, bem como a interação entre a outorga conjugal e o sistema de regimes de bens dos casamentos, são os outros temas abordados pelo presente estudo.

Palavras-chave

Outorga Conjugal; História do Direito Civil; Princípio da Autonomia Privada; Princípio da Solidariedade Familiar; Regime de Bens.

Abstract

The present study aims at analysing the treatment given to the marital consent juridical institute by the Brazilian Civil Code of 2002 under the light of the constitutional influences on the Private Rights, specially the principle of family solidarity. Identify the reason to be of the marital consent institute in the context of the Civil Code of 1916 and compare it to the context of the Civil Code of 2002. The interaction between the marital consent and the marital property systems are other topics dealt with in the present study.

Key words

Marital consent; History of Civil Rights; Principle of Private Autonomy; Principle of Family Solidarity; Property system.

Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar*

To be or not to be: marital consent

José Fernando Simão**

*Artigo apresentado ao VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, ocorrido nos dias 14 a 17 de novembro de 2007, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

**Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado em São Paulo. simaojfs@uol.com.br

Introdução

A razão de existir da outorga conjugal

O objetivo de nossa reflexão é analisar a questão da outorga conjugal de acordo com a principiologia do Código Civil de 2002 e a influência constitucional sobre o direito privado, notadamente a solidariedade familiar.

Teria o Código Civil de 2002 realmente avançado no tratamento da matéria, de acordo com os princípios em questão? Para responder a essa aparentemente singela questão, devemos passar por uma introdução sobre o tema, pela análise dos princípios e do dilema do sistema, para, então, chegar à conclusão sobre a matéria.

O Código Civil de 1916, no artigo 233, em sua redação original, determinava que o marido era o chefe da sociedade conjugal. Essa noção de chefia gerava uma clara hierarquia entre a vontade do marido e a da mulher.

Já em 1937, Carvalho Santos explicava que a condição da mulher seria a de sócia do marido, em perfeita igualdade com o homem, não mais sendo tolerável a doutrina que a relegava para o plano inferior, considerando-a escrava ou obrigando-a a prestar obediência incondicional ao marido.

A lição do autor não para por aí. Na sequência, ele enfatiza:

mas para que aquela sociedade conjugal possa preencher o fim a que se destina é necessária uma autoridade diretiva, uma direção que se oriente por um critério uniforme e constante. E porque a direção deva ser unificada, para evitar os conflitos que naturalmente surgiram com o dualismo de orientação, acarretando perene perturbação no seio da família, a autoridade diretiva da família, segundo o código, cabe ao marido (SANTOS, 1937, p. 349).

Note-se que, em nome da tranquilidade familiar e de uma pseudo-harmonia, caberiam ao marido as decisões dos rumos e destinos da família. A orientação no princípio do século XX poderia ser diferente? A resposta é negativa. Em uma sociedade eminentemente agrária e patriarcal, em que a função primordial da mulher era cuidar do marido e dos filhos, na incumbência natural de administradora do lar, as decisões só poderiam ser tomadas pelo marido. Afinal, como provedor do sustento familiar, trabalhava fora do lar e, portanto, tinha toda a experiência necessária para decidir o destino da família, na qualidade de chefe da sociedade conjugal.

Na última década do século XIX, como nos revela o historiador inglês Eric Hobsbawm (2006, p. 276),

95% dos homens casados estavam ocupados, ao passo que apenas 12% das mulheres encontravam-se nessa condição. A emancipação econômica da mulher se iniciou principalmente com a evolução do setor de serviços no limiar do século XX, não tanto com a sociedade industrial, como é contumaz afirmar-se. Na estrutura agrária, em geral, o local de trabalho e a casa confundem-se, de forma que é inconcebível, em uma família rural dessa época, imaginar qualquer êxito sem o esforço da mulher, seja no lar cuidando dos filhos e da casa, seja ao lado do marido arando as terras. Todavia, a mulher no contexto industrial passou cada vez a ser mais excluída, pois o local de trabalho e o lar foram separados, restando-lhe apenas cuidar do lar, ao esperar que o marido retornasse da fábrica no final do mês com o dinheiro para sustentar toda a família. Com isso, às jovens mais abastadas, restava-lhes apenas uma profissão: o bom casamento. Às outras menos afortunadas, as fábricas reservavam-lhes empregos menores e com salários igualmente reduzidos.

Nesse contexto histórico, não havia outra opção na mente do legislador de 1916. Se a chefia da sociedade conjugal deveria ser exercida de maneira hierárquica, apenas o marido poderia ocupar o topo da hierarquia.

Apesar da regra do artigo 233, que comentamos, mesmo tendo-se em vista que o sistema dava à mulher casada pouca ou nenhuma autonomia, o Código dispunha, em seu artigo 235, que o marido não poderia, sem o consentimento da esposa, qualquer que fosse o regime de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios.

A questão da outorga uxória para alienação de imóveis não era novidade no sistema brasileiro. As Ordenações Filipinas, em seu livro IV, título 48, determinavam:

Mandamos que o marido não possa vender nem alhear bens alguns de raiz sem procuração ou expresse consentimento de sua mulher, nem bens em que cada um deles tenha uso e fruto somente, quer sejam casados por carta de metade, segundo o Costume do Reino, quer por dotes e arras.

O qual consentimento se não poderá provar, senão por escritura pública; e fazendo-se o contrário, a venda ou alheação seja nenhuma e sem efeito algum (CÓDIGO, 2004, t. 3, p. 837-838).

A regra tinha a sua razão de ser. Os bens imóveis (chamados de bens de raiz) sempre foram considerados de grande

valor econômico, mormente na sociedade eminentemente agrária do fim do século XIX e início do século XX, época em que o Código Civil de 1916 foi concebido e aprovado.

Assim, a limitação imposta ao marido tinha o claro objetivo de evitar a alienação de um bem de grande valor que, saindo do patrimônio do marido, poderia causar prejuízos à própria família (e não a ele pessoalmente). A regra, então, visava à proteção patrimonial da família como ente merecedor de cuidados, ainda que em detrimento do direito individual de alienação de bens do cônjuge varão.

Clovis Bevilacqua (1956, v. 2, p. 93), de maneira precisa, explica que, sobre os bens imóveis e direitos reais que sobre eles recaem, não pretende o Código que somente um dos cônjuges tenha direito de disposição, pois os imóveis podem oferecer base mais segura ao bem estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura. Explica que se trata do bem-estar, da terra *nutrix*, que o Código Civil defende de possíveis dilapidações, sem tirar o bem do comércio, mas apenas conferindo a fiscalização de um dos cônjuges sobre os atos do outro.

A limitação protetiva da família atingia não só a alienação (venda ou doação), mas também os demais negócios jurídicos que viessem a gravar o imóvel com ônus real. Entende-se ônus real como um gravame que possa gerar a perda da propriedade (direito real de garantia), daí a razão de proibir-se que seja constituída hipoteca sobre o bem sem a autorização da esposa.

Na mesma ordem, o simples compromisso de compra e venda sobre imóveis¹ sempre necessitaria da concordância

¹ Há um outro aspecto que pode ser fruto de controvérsias quando se versa acerca do compromisso de compra e venda e cuja análise se faz imperiosa: haverá necessidade de outorga conjugal quando um dos contratantes for casado e o negócio versar sobre futura alienação de bem imóvel, ou esta se faz necessária apenas por ocasião do acordo definitivo? A questão é respondida mediante leitura conjunta do disposto nos artigos 1647, inciso I, 462 e 166, inciso VII, todos do Código Civil. Aparentemente não existem argumentos que autorizem a dispensa da anuência do cônjuge, excepcionados os regimes que não a exigem. De fato, enquanto o artigo 462 do Código Civil impõe que para além da forma, todos os demais elementos de validade do negócio jurídico deverão ser observados e o artigo 1647 antes referenciado proíbe a transmissão de bens imóveis sem autorização do cônjuge, salvo no regime da separação absoluta, não pode ser outra a consequência da inobservância da outorga uxória senão a anulabilidade do ajuste preliminar a ser buscada até dois anos após o fim da sociedade conjugal. Fato é que, ausente a necessária legitimação para o negócio em questão, na ausência da autorização do cônjuge, a consequência é a não recepção pelo sistema dos efeitos pretendidos pelas partes (CATALAN; CANEZIN, 2006, v. 3, p. 297-298).

do cônjuge (VENOSA, 2007, v. 6, p. 132; RODRIGUES, 2004, v. 6, p. 155).

Curioso notar que o Projeto Clovis, em seu artigo 275, pretendia limitar a outorga uxória à alienação ou gravame de bens imóveis comuns, permitindo a livre disposição com relações aos bens particulares. Entretanto, lembra João Luiz Alves (1935, v. 1, p. 264), o Código de 1916 preferiu manter nossa tradição jurídica, exigindo sempre a outorga uxória.

A outorga uxória representava verdadeiro freio à vontade do marido, que, exercendo a chefia da sociedade conjugal, sofria certo controle quando praticava negócios jurídicos considerados relevantes pelo ordenamento.

Assim, na sistemática do revogado Código, tínhamos que o marido não poderia, sem consentimento da mulher, qualquer que fosse o regime de bens, alienar, hipotecar ou gravar de ônus os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; prestar fiança; fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Em conclusão, pelo sistema original do Código Bevilacqua, o marido era o chefe da sociedade conjugal e a mulher o sistema reservava apenas poder de veto para a prática dos negócios acima mencionados.

Entretanto, o tempo passou e a sociedade como um todo mudou. A sociedade agrária foi paulatinamente substituída pela urbana e a noção de marido como provedor do sustento familiar e da mulher como mera administradora do lar conjugal foi sendo abandonada.

Eric Hobsbawn (2006, p. 284) ilustra essa mudança social. Apenas com a evolução do setor de serviços e com a impossibilidade do sustento de uma família de classe média nos níveis de consumo impostos numa sociedade burguesa, é que as mulheres passaram a ocupar postos de trabalhos que lhes garantissem uma independência econômica cada vez maior; tirando-as do nefasto dilema da escolha da única profissão exclusivamente feminina, até então: a prostituição. A emancipação política feminina é resultado da ação de duas forças: de um lado, a pressão das mulheres de classe média, em especial da Inglaterra e dos Estados Unidos, por meio do movimento que ficou conhecido como as “sufragistas”; de outro, mais tardiamente, a

incorporação das reivindicações do movimento feminista ao movimento político de esquerda, ao qual aderiram milhares de mulheres operárias.

O direito não poderia ficar imune às transformações histórico-sociais. No Brasil, a grande mudança do *status* da mulher casada se deu com a Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962, o chamado Estatuto da Mulher Casada².

A maior das mudanças, sem dúvida, foi a exclusão da mulher casada do rol dos relativamente incapazes do art. 6º do Código Civil de 1916. Realmente, na redação original, eram relativamente capazes “as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

Note-se que o Estatuto, da década de 1960, reflete o que Rosana Girardi Fachin (2001, p. 54) chama de libertação econômica da mulher, que passa a ser sujeito de sua própria história e com isso a família se modifica, engendrando um tempo diverso. A família do século XX foi marcada pela insurgência da atividade profissional da mulher, que se intensificou a partir do movimento feminista da década de sessenta, e pelo ímpeto “modernista” da sociedade brasileira, decorrente do aumento da industrialização e da urbanização.

O Estatuto da Mulher Casada contém outra importante inovação. Alterou-se o *caput* do artigo 233 do Código Civil, que originalmente dispunha apenas que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, para acrescentar: “função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Contudo, mesmo com significativo avanço da legislação ordinária, foi a Constituição Federal de 1988 que efetivamente completou o processo de equalização de direitos e deveres dos cônjuges referentes à sociedade conjugal.

Tendo em vista o disposto no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, mesmo na vigência do revogado

² Hobsbawn (2006, p. 284) afirma que a emancipação social feminina deu-se de forma mais tardia, em especial após o período da II Guerra Mundial, e de certa forma é um exercício contínuo de superação de estigmas, de preconceitos e toda sorte de óbices, que até hoje tornam o caminhar das mulheres penoso; todavia, enaltecem um dos mais bem sucedidos movimentos de emancipação social de toda humanidade. Note-se que, no Brasil, a legislação protetiva da mulher só veio 17 anos após o fim da Segunda Grande Guerra.

Código Civil, não se poderia mais falar em negócios praticados pelo marido com a autorização da mulher (outorga uxória³), mas, sim, um ato praticado por um dos cônjuges com anuência do outro.

E, por isso, o Código Civil atual tem redação adequada ao preceito constitucional: “nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro”. Então, após a Constituição de 1988, a terminologia adequada passa a ser vênia ou outorga conjugal (aplicável para o caso de autorização do marido ou da esposa).

Para concluirmos nosso esboço histórico, chegamos no ponto de ruptura entre o sistema vigente até 11 de janeiro de 2003 e aquele instituído posteriormente. A limitação à prática de certos negócios jurídicos sem a outorga conjugal imposta pelo Código Civil revogado atingia todas as pessoas casadas, independentemente do regime de bens escolhido pelos cônjuges. Já a limitação ora vigente não se aplica aos casados pelo regime da separação absoluta de bens (art. 1.647, *caput*, do CC).

A mudança representa avanço ou retrocesso da legislação ordinária? Para a resposta, é necessária a análise dos princípios norteadores do direito civil e da nova codificação.

Solidariedade familiar.

Os princípios do código civil

A dicotomia clássica entre o direito público e o privado tende paulatinamente a desaparecer. Deixa o Código Civil de ser o centro das relações do direito privado. Com a consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, a Constituição assume seu lugar como base fundamental dos princípios do ordenamento (MORAES, 1993, p. 24).

O Código Civil perdeu o seu papel de Constituição

do direito privado⁴, pois os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, ou seja, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional (TEPEDINO, 2004; BREBBIA, 1997, p. 7).

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, como consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público e direito privado (MORAES, 1993, p. 24).

Todas as normas infraconstitucionais devem espelhar os princípios precisados pela Constituição Federal de 1988, sob pena de, em desarmonia com o sistema, serem consideradas inconstitucionais, tendo sua validade questionada.

Nesse sentido, os princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da solidariedade social (art. 3º, I da CF) e da isonomia ou igualdade (art. 5º da CF), influenciam o direito de família, e seus núcleos da conjugalidade e da parentalidade não estão imunes.

Sobre o princípio da solidariedade familiar, já tivemos oportunidade de discorrer anteriormente. A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, I, da Constituição Federal, no sentido de constituir uma sociedade

³ O termo outorga uxória só se aplica à autorização da mulher, pois *uxor*, em latim, significa esposa. Em caso de autorização do marido, a expressão correta é outorga marital.

⁴ René David afirma que o envelhecimento dos códigos atenua, se não elimina, a atitude positivista legalista dominante durante o século XIX. Reconhece-se cada vez mais abertamente o papel essencial que a doutrina e a jurisprudência têm na formação e evolução do direito, e nenhum jurista hoje pensa que somente os textos legislativos são importantes para compreensão do direito. O renascimento da ideia de direito natural, que é observado nesta época, faz reviver a ideia de direito comum. Isso vivifica o sentimento de que o direito não deve mais ser conhecido e identificado com a lei e, como consequência desse fato, ser uma característica nacional (DAVID, 1978, p. 66). Curiosamente, os romanos, no período clássico de sua História, tinham concepção fundamentalmente oposta às codificações, a ponto de se poder afirmar: o povo do direito não é o povo da lei (SURGIK, 2004, p. 17).

livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais (TARTUCE; SIMÃO, 2007, v. 5, p. 27).

Explica Maria Berenice Dias (2007, p. 63) que solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.

Belas e sábias palavras. O ser humano só existe enquanto existe o outro. O exercício do eu é algo impossível e patológico se não existir o outro. Um homem solitário, em uma ilha deserta, por exemplo, tende a enlouquecer.

O desdobramento do princípio em tela justifica, entre outros fatos, o pagamento dos alimentos no caso da sua necessidade, nos termos do artigo 1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou o princípio, considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 8.971/1994, que concedeu aos companheiros o direito a alimentos e que veio tutelar os direitos sucessórios decorrentes da união estável⁵ (TARTUCE; SIMÃO, 2007, v. 5, p. 27).

Vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Nesse princípio, portanto,

ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (art. 227 da CF) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (DIAS, 2007, p. 64).

Garante também a Constituição que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a

integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º, da CF), o que também consagra a solidariedade social na ótica familiar. Vale frisar que o princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar.

São vários os desdobramentos jurídicos dessa solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas, o princípio pelo qual o casamento estabelece comunhão plena de vidas e todos os deveres alimentares (DIAS, 2007, p. 64).

Não só os preceitos constitucionais afetaram diretamente o direito civil. O Código Civil adotou nova visão principiológica. Afirma Miguel Reale (2004, p. 13) que a atual codificação assenta-se em três princípios: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Eticidade significa a adoção de cláusulas gerais, conceitos abertos que permitam ao julgador realizar a justiça no caso concreto. Assim, afasta-se da noção do juiz como mera *bouche de la loi*⁶, para a noção do juiz como pessoa apta a efetivar os princípios e transformá-los em decisões. Em razão da eticidade, há no Código a possibilidade de decisão por equidade (art. 413 e art. 944 do CC), a adoção da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da função social do contrato (art. 421 do CC), bem como a vedação expressa ao abuso de direito (art. 187 do CC).

O contrato, símbolo máximo da liberdade dos particulares de exprimir sua vontade e produzir efeitos, instituto que representa o direito privado, não resistiu e sofreu forte influência do direito público. Por meio das cláusulas gerais da função social e da boa-fé, o Estado-juiz intervém diretamente no contrato para fins de adequá-lo aos princípios constitucionais. Pode, então, declarar a nulidade ou inércia do contrato ou de suas cláusulas, caso seja ferida a função social do contrato (art. 2.035 do CC).

⁵ “Alimentos x união estável rompida anteriormente ao advento da Lei nº 8.971, de 29.12.1994. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta turma” (STJ, REsp 102.819/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, julgado 23.11.1998, DJ 12.04.1999, p. 154).

⁶ Os juízes se contentam em aplicar a lei, o que devem fazer com rigor. Esse é o significado da expressão de Montesquieu. Forma análoga, preconizada por Saint-Just, é aquela em que o juiz deverá condicionar a sua razão diante da lei. Segundo tal raciocínio, preferível seria a ditadura da lei, que é conhecida e previsível, pois condicionada a certos parâmetros, a do magistrado, cuja imprevisibilidade é evidente e a chance de cometer injustiças, infinita, pois a motivação do homem recai na sombria perquirição da alma humana.

Já a socialidade significa a superação da visão egoísta e individualista dos Códigos ditos oitocentistas, buscando-se atender aos interesses da sociedade como um todo, em detrimento dos direitos dos particulares. Em razão da socialidade, os prazos para usucapião foram muito reduzidos e criou-se a chamada desapropriação indireta (art. 1.228, § 4º do CC). É no direito de família que a socialidade se manifesta de maneira clara, tanto no núcleo da parentalidade como no da conjugalidade.

A socialidade se manifesta nos conflitos entre a vontade dos cônjuges ou pais e o interesse social. Nesse conflito, a primeira é subjugada pelo segundo.

Em um primeiro exemplo, citemos a hipótese de separação ou divórcio de certo casal. No momento em que houver litígio quanto à guarda dos filhos (parentalidade), entre a vontade egoística dos cônjuges e o bem-estar do menor, prevalece o segundo sobre a primeira (art. 1.584 do CC). Entre a vontade dos cônjuges e o interesse do menor, que é valor que interessa a toda sociedade, prevalece o interesse da coletividade em detrimento do sentimento do particular.

Também, levando-se em conta o bem-estar dos filhos, pode o juiz alterar o acordo dos pais quanto ao direito de visita e guarda (art. 1586 do CC). Proteger a criança e o adolescente é proteger a coletividade, é proteger o futuro. Novamente, o particular perde para o interesse coletivo.

Num sistema jurídico regrado pela solidariedade familiar e pela socialidade, pergunta-se novamente: teria o Código Civil acertado, permitindo a livre prática de negócios jurídicos por aqueles casados pelo regime da separação absoluta de bens? Explicamos a seguir o regime da separação absoluta de bens e, então, o dilema da codificação.

O dilema da outorga conjugal: autonomia privada e proteção da família no regime da separação absoluta de bens

O regime da separação absoluta de bens

O novo Código Civil, ao disciplinar a matéria da vênua conjugal, determina ser esta necessária para se alienar ou gravar de ônus real bens imóveis (art. 1647, I do CC), exceto no regime da separação absoluta de bens. O Anteprojeto de 1970 de Código Civil, na redação original dada por Cló-

vis do Couto Silva, já previa a desnecessidade de outorga no regime da separação de bens.

Regime da separação absoluta de bens é aquele pelo qual os cônjuges mantêm seu patrimônio individualizado, sem que haja a comunicação dos bens passados, presentes e futuros. Cada um dos cônjuges tem o seu patrimônio, sendo que a administração e posse dos bens ficam a cargo exclusivamente de seu proprietário. Diante da regra pela qual o acessório segue a sorte do principal, conclui-se que os frutos produzidos pelos bens particulares de cada cônjuge também não se comunicam.

Se esse regime é o da separação convencional ou da separação obrigatória é questão controvertida, já que, sendo a separação convencional, basta leitura do pacto antenupcial para se verificar se há ou não comunhão de certos bens. Não havendo, a separação será absoluta e em razão da inexistência de patrimônio comum, cada um dos cônjuges pode alienar ou onerar livremente seus bens, sendo eles móveis ou imóveis (art. 1687 do CC)⁷.

Por outro lado, quanto à separação obrigatória de bens (art. 1.641 do CC) a questão se revela bem mais complicada. Determinadas pessoas têm sua liberdade de escolha do regime limitada. Assim, enquanto a regra é da liberdade de escolha, para certas pessoas a lei retira o direito de opção e determina que o regime será o da separação de bens. Note-se que o regime é imposto e, assim, é chamado de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC). O regime é imposto aos que se casaram em infração às causas suspensivas do casamento (art. 1523 do CC), aos maiores de 60 anos (CC, art. 1641, II) e aos menores que se casam com autorização judicial (art. 1641, III do CC).

Qual seria a diferença entre o casamento pelo regime da separação obrigatória e o da convencional? Em princípio a resposta seria nenhuma, pois os termos separação obrigatória ou convencional apenas distinguem a origem do regime: pacto antenupcial ou imposição legal, mas o regime seria o mesmo, isto é, o da separação de bens.

Entretanto, em razão da disposição contida no artigo 259 do Código Civil revogado, constatou-se o surgimento de dois regimes. Dispunha o artigo 259:

⁷ O artigo 276 do Código Civil de 1916 só admitia a alienação livre se os bens fossem móveis.

“Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

O dispositivo aplicado ao regime da separação convencional determinava a comunhão dos aquestos, caso o pacto antenupcial não os excluísse expressamente. Era uma armadilha para aqueles que simplesmente escolhiam a separação de bens, sem excluir expressamente a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

Em razão desta verdadeira idiossincrasia do sistema, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a famosa Súmula 377:

“No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (3 de abril de 1964).”

Note-se que a Súmula deixa duas dúvidas, ambas solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência:

1) Quais bens se comunicam? Todos os bens ou apenas os adquiridos a título oneroso (aquestos)? A resposta é que apenas os aquestos se comunicam, já que a Súmula nasce a partir do artigo 259 do Código Civil revogado.

2) Para que haja a comunhão dos aquestos, é necessária a prova do esforço comum? A resposta é controversa e há forte divergência doutrinária e jurisprudencial.

Para alguns, pelo teor da Súmula 377, ainda que inexistia esforço comum, haveria a comunicação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, mesmo que esses bens estejam apenas no nome de um dos cônjuges⁸.

⁸ DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do STF que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 154.896/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 20.11.2003, DJ 01.12.2003, p. 357). UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO STF. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do STF não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros (STJ, REsp 736.627/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 01.08.2006, p. 436).

Para outros, o esforço comum é imprescindível para a comunicação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento⁹.

A constatação que se faz é a seguinte: na vigência do revogado Código Civil, tanto o regime da separação convencional sem exclusão expressa dos aquestos, quanto o regime da separação obrigatória não eram regimes de separação absoluta de bens, pois em ambos havia, quer por lei (art. 259 do CC/16), quer por força da jurisprudência (Súmula 377 do STF), comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

Com a vigência do novo Código Civil, o artigo 259 foi revogado e não encontra correspondente legal.

Assim, a primeira conclusão a que se chega é que após a vigência do Código Civil de 2002, a separação convencional de bens é realmente absoluta, não havendo a comunhão dos aquestos.

A pergunta que se faz é se a Súmula 377 continua produzindo efeitos, mesmo após a revogação de seu fundamento legal, o artigo 259 do Código Civil de 1916. A doutrina diverge.

Para Francisco José Cahali, em atualização da obra de Silvio Rodrigues (2004, v. 6, p. 148), a Súmula está superada e não é mais aplicável à separação obrigatória, que passa a ser um regime de efetiva separação de bens, mesmo porque sua origem remonta ao artigo 259, que não encontra correspondente na atual codificação. Alerta o autor que só há possibilidade de comunhão se houver prova dos cônjuges do esforço comum na aquisição dos bens, em decorrência de uma sociedade de fato.

⁹ CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA. 1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916) (STJ, REsp 442.629/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 02.09.2003, DJ 15.09.2003, p. 324, REPDJ 17.11.2003 p. 332). DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNICABILIDADE. ENUNCIADO N. 377 DA SÚMULA/STF. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESACOLHIDO. Reconhecido nas instâncias ordinárias que o bem imóvel, cuja comunicabilidade se pretende, foi adquirido pelo esforço de um só dos consortes - embora a lavratura da respectiva escritura tenha ocorrido já na constância do casamento - não se há classificá-lo como comum, inaplicando-se, via de consequência, a orientação a que se refere o verbete n. 377 da Súmula/STF. (STJ, REsp 13.661/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 24.11.1992, DJ 17.12.1992, p. 24248).

Em idêntico sentido, Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (2005, p. 843). Em e-mail enviado ao autor, Euclides de Oliveira afirma que a súmula perdeu o suporte legal com a revogação do artigo 259 do Código Civil de 1916 e pergunta: "Revogada a lei não se tem como automaticamente prejudicada, vencida, desfalecida, insubsistente a jurisprudência que naquela se baseava?"

Em sentido contrário, pugnando pela não revogação da Súmula, encontramos Sílvio de Salvo Venosa (2007, v. 6, p. 310), Rolf Madaleno (2004, p. 239) e Flávio Tartuce (2007, v. 5, p. 132). O fundamento para não revogação seria o de que a Súmula evita o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em detrimento do outro.

Fortalece a tese da vigência da Súmula 377 a análise histórica do Projeto de Código Civil, porque o artigo 1641 do projeto tinha a seguinte redação:

"É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos."

A parte final foi suprimida pela Câmara dos Deputados com a seguinte justificativa:

em se tratando de regime da separação de bens, os aquestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).

Bem, se a Súmula estiver mantida, a separação obrigatória não será absoluta. Caso revogada, a consequência será oposta e a separação obrigatória poderá ser considerada absoluta.

Quem terá razão no embate em questão?

Com a devida vênia quanto à posição doutrinária que pugna pela não revogação da Súmula 377, entendemos estar revogada a disposição.

Ora, a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas, contrariamente, gera o enriquecimento sem causa, já que, segundo parte representativa da jurisprudência, a comunhão dos aquestos é considerada automática, independentemente da prova de esforço comum.

Em conclusão, a Súmula deve ser entendida como revogada. Caso um dos cônjuges, casados pelo regime da separação obrigatória de bens, tenha efetivamente contribuído com a aquisição dos bens, fazendo a prova do

esforço comum, terá direito à participação sobre eles. Afasta-se definitivamente a presunção contida na Súmula 377 e a separação obrigatória passa a ser considerada realmente absoluta.

Então, podemos concluir que, no sistema do Código Civil de 2002, tanto a separação convencional de bens, quanto a obrigatória são consideradas absolutas.

De qualquer forma, em que pese a divergência no tocante à recepção ou não da Súmula 377 pelo Código Civil de 2002, vejamos a posição de alguns doutrinadores quanto ao alcance da expressão "separação absoluta de bens" contida no *caput* do artigo 1.647 do Código Civil.

Para Francisco Cahali, em atualização da obra de Sílvio Rodrigues (2004, v. 6, p. 154), a liberdade plena de praticar certos negócios jurídicos aplica-se aos casados pela separação obrigatória ou convencional de bens. Maria Helena Diniz (2007, v.5, p. 206) segue a mesma linha de raciocínio.

Maria Berenice Dias (2007, p. 208), lembrando que a Súmula 377 cria como que uma comunhão parcial de bens, conclui que, se a regra do artigo 1647, inciso I, se aplicar à separação obrigatória, a situação é, no mínimo, temerária.

Passemos à análise do dilema.

O dilema de Hamlet

Dilema é a necessidade de se escolher entre duas saídas contraditórias e igualmente insatisfatórias, segundo define o Houaiss (2001, p. 1041).

Se de um lado temos uma escolha, que nos parece importante e satisfatória, e de outro temos escolha diversa, mas que nos parece igualmente satisfatória, estamos diante de um dilema. Duas soluções satisfatórias que, pelo fato de serem contraditórias, acabam gerando insatisfação no momento da decisão.

Diante do dilema vem a indagação: "Ser ou não ser, eis a questão!"

Vejamos Hamlet, o príncipe dinamarquês, personagem da obra de igual título de William Shakespeare. Por que teria proferido a frase em questão? Hamlet é um personagem angustiado pelas dúvidas a respeito da morte

de seu pai. Um brevíssimo resumo do drama ajudará na compreensão do dilema.

Hamlet, jovem príncipe dinamarquês, após a súbita morte de seu pai, vê seu tio Cláudio, irmão do falecido rei, casar-se com sua mãe. Cláudio torna-se o novo rei da Dinamarca. A morte inexplicada de seu pai atormenta o príncipe Hamlet. Até que um dia, o fantasma do falecido rei aparece para Hamlet e lhe faz a terrível revelação: ele fora realmente assassinado pelo irmão, o atual rei Cláudio, com o objetivo de usurpar o trono e casar-se com a mãe de Hamlet, Gertrudes.

Vingar ou não vingar aquele assassinato cometido por seu tio? Esse é o dilema de Hamlet.

Contando a história do rei da Dinamarca, assassinado por seu irmão, que, além de ficar com o trono, ainda se casa com a viúva, mãe de Hamlet, Shakespeare denuncia o lado sombrio das pessoas que, mesmo por trás de atos aparentemente nobres, escondem seus interesses pessoais. Essa característica da personalidade faz parte da tragédia humana (MUSSAK, 2007).

Esse dilema de consciência, agir dessa ou daquela maneira, é o que atormenta tanto o personagem central. Se tentar matar o tio, vingando a morte de seu pai, sabe Hamlet que terá pouca chance de sobreviver, pois Cláudio é pessoa poderosíssima. Se nada fizer, viverá angustiado sabendo que o assassino de seu pai, impunemente, reina sobre a Dinamarca e ainda por cima casado com sua mãe!

A eterna angústia do ser humano: temos mil caminhos a trilhar e escolhemos apenas um deles! A angústia está no fato de abandonarmos os outros 999 caminhos!

O dilema de Hamlet verifica-se no quinto solilóquio recitado no terceiro ato da peça. A bela tradução de Machado de Assis, de parte do solilóquio, é a seguinte:

Ser ou não ser, eis a questão. Acaso
É mais nobre cerviz curvar aos golpes
Da ultrajosa fortuna, ou já lutando
Extenso mar vencer de acerbos males?
Morrer, dormir, não mais. E um sono apenas,
Que as angústias extingue e à carne a herança
Da nossa dor eternamente acaba,
Sim, cabe ao homem suspirar por ele¹⁰.

Como em toda a tragédia de Shakespeare, o final da peça não poderia ser diferente. Hamlet, ferido de morte em um combate, obriga o Rei Cláudio a tomar vinho em uma taça envenenada, na qual bebera sua mãe. Morre o rei, morre a rainha e morre Hamlet, o Príncipe da Dinamarca. É o fim da família real e uma nova ordem dinástica se estabelece.

Qual a relação do dilema shakespeariano com a outorga conjugal e o Código Civil de 2002? Assim como Hamlet sofria com sua decisão de vingar ou não a morte de seu pai, o legislador de 2002 viu-se diante de um dilema, que explicaremos a seguir.

Autonomia privada e proteção da família

Para compreensão do dilema legal, é necessário o estudo dos motivos que levaram o Código Civil de 2002 a romper com a tradição jurídica vigente, permitindo a dispensa da outorga no regime da separação absoluta de bens.

A razão da mudança legal é bem explicada por Sílvio de Salvo Venosa (2007, v. 6, p. 131), que afirma não haver sentido na necessidade de autorização entre os cônjuges para a alienação de imóveis num regime em que não se comunicam de forma alguma os bens de cada consorte. Trata-se de atos de simples responsabilidade patrimonial.

Conforme se percebe, o texto de lei privilegia a autonomia privada de cada um dos cônjuges casados pelo regime em questão.

E aí está o dilema. De um lado a autonomia privada dos cônjuges (individualismo) e de outro a proteção da família (solidariedade familiar). Autonomia dos cônjuges ou proteção da família, eis a questão!

¹⁰ Essa tradução de Machado de Assis está na obra de Mário Amora Ramos (2006, p. 69). No original de Shakespeare, extraído da mesma obra tem-se:

*"To be, or not to be – that's the question: -
Wether 'tis nobler in the mind to suffer
The slings and arrows of outrageous fortune,
Or to take arms against a sea of troubles,
And by opposing end them? – To die – to sleep;-
No more; and by a sleep to say we end
The heart-ache, and the thousand natural shocks
That flesh is heir to, - is a consummation
Devoutly to be wish'd."*

Como lembra Maria Helena Diniz (2007, v. 5, p. 205), o objetivo do nosso diploma legal foi assegurar não só a harmonia e a segurança da vida conjugal, mas também preservar o patrimônio familiar, forçando os consortes a manter o acervo familiar, porque a renda para a manutenção da família geralmente advém desse acervo, e, assim, evita-se a dissipação, garantindo, em consequência, uma certa receita. E se esse foi o objetivo do legislador, por que deixar à margem da proteção os casados pelo regime da separação de bens?

Bem, a decisão do Código Civil quanto às pessoas casadas pelo regime da separação absoluta de bens foi pela autonomia privada, em detrimento da solidariedade familiar. Cada cônjuge celebrará os negócios que bem entender, não se preocupando a lei com os eventuais nefastos resultados à família.

Dessa constatação advém uma outra indagação. Se os cônjuges forem casados pelo regime da comunhão parcial de bens, no momento da alienação de um imóvel que é bem particular do marido, por exemplo, será necessária a outorga uxória? A resposta é afirmativa. Ressalte-se que para as pessoas casadas nos demais regimes de bens, que não o da separação absoluta, a necessidade de vênua conjugal ainda persiste, mesmo que o bem alienado seja de apenas um dos cônjuges.

E qual é a lógica da regra se no regime da separação absoluta a vênua é dispensada e na comunhão parcial, ainda que o bem seja particular, a vênua é exigida? Nenhuma.

O dilema do legislador entre a autonomia privada dos cônjuges e a proteção da família gerou algo impensável: soluções diferentes e ilógicas para o sistema.

Caberia ao legislador decidir, como fez o Código Civil de 1916, cuja experiência remontava às Ordenações Filipinas, se bem pretendia proteger a família, exigindo a outorga conjugal para todos os regimes, ou bem privilegiava a autonomia dos cônjuges, em detrimento dos interesses da família.

Note-se que a redução de alcance da norma pretendida por Clovis Bevilacqua em seu projeto foi afastada pela Câmara quando da aprovação do revogado Código. A experiência legislativa do início do século XX fizera clara opção pela proteção da família.

Como lembra Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 35), sempre que houver uma colisão de princípios, o intérprete deve buscar a melhor forma de alcançar a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade deve preponderar.

Assim, o Código de 2002, no tocante à outorga, re-presentou claro retrocesso, afastando-se dos princípios da socialidade e da solidariedade familiar para privilegiar a autonomia privada dos cônjuges. Sacrificar a família em detrimento da autonomia privada é claro afastamento da busca pela dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Após a análise histórica da outorga conjugal e dos princípios inspiradores do Código Civil de 2002, abordamos o dilema shakespeariano que vive a codificação de 2002.

Autonomia privada ou proteção familiar, eis a questão!

Se, de um lado, entende-se que a outorga conjugal interessa ao próprio sistema, e tanto isso é verdade que será nula qualquer cláusula em pacto antenupcial prevendo sua dispensa¹¹, de outro, liberam-se da outorga os casados pelo regime da separação absoluta. Evidente contra-senso.

Bastante lógica a disposição do revogado Código Civil, considerando-se que visava à proteção da família, sendo indiferente ao ordenamento se a família teve origem em casamento que adotou este ou aquele regime de bens.

Entendemos que o legislador opta por privilegiar a liberdade dos cônjuges e sua individualidade, em detrimento da proteção daquela família que tenha por base um casamento celebrado pelo regime da separação de bens.

Então não se pode deixar de concluir que, quanto a este ponto específico, a família das pessoas casadas pelo

¹¹ Corroborando com o dilema do Código Civil, o artigo 1656 dispõe que "no pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".

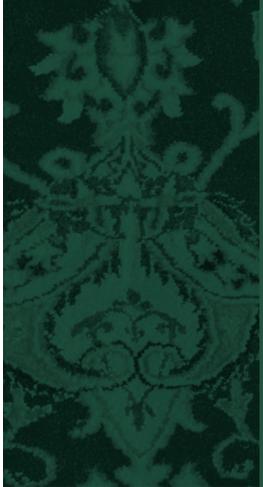
regime da separação absoluta restou menos protegida que as demais.

Trata-se de retrocesso evidente, já que, em termos de principiologia, o Código Civil tende à socialidade e não à individualidade. Entre o egoísmo do eu (autonomia privada no tocante a certos negócios jurídicos) e a proteção do nós (restrição da autonomia em benefício da família), é a segunda que deveria prevalecer.

Em conclusão, com relação à outorga conjugal, a solução da atual codificação é extremamente injusta e insatisfatória, criando, para os casados pelo regime da separação absoluta de bens, uma condição de família de segunda classe.

Referências

- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Saraiva, 1935. v. 1.
- ALVES, Jones Figueirêdo, DELGADO, Mario Luiz. *Código civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. 1038 p.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. v. 2.
- BREBBIA, Roberto H. La equidad en el derecho de daños. In: BUERES, Alberto José, CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Coord.). *Responsabilidade por danos no terceiro milênio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- CATALAN, Marcos Jorge, CANEZIN, Thays Cristina Carvalho. Reflexões acerca do compromisso de compra e venda. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 3, p. 297-298.
- CÓDIGO Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Livro 4º. Edição fac-similar da 14ª edição de 1870, com introdução e comentários de Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, 2004. t. 3.
- DAVID, René. *Les grand système de droit contemporains*. 7. ed. Paris: Dalloz, 1978.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. 608 p.
- DINIZ, Maria Helena. Direito de família. In: _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, 737 p.
- FACHIN, Rosana Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 172 p.
- HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875 a 1914*. 10. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2006.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. 248 p.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, p. 21-32, jul./set. 1993.
- MUSSAK, Eugênio. *Ser ou não ter, eis a questão*. Disponível em: <http://www.vencer.com.br/view_artigos_colaboradores.asp?codtext=615>. Acesso em: 5 ago. 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RAMOS, Mario Amora. *Hamlet: a difícil arte de decidir*. Osasco: Novo Século, 2006. 328 p.
- REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. Direito de família. In: _____. *Direito civil*. 28 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. Direito de família. In: _____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 4., arts. 180-254.
- SURGIK, Aloísio. *Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. 2. ed. Curitiba: Livro é Cultura, 2004.
- TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. Direito de família. In: _____. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 5.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. [S.l.: s.n.], 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. In: _____. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.



Luiz Flávio Gomes
Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais

Resumo

Enfoque quanto à inadmissibilidade de provas ilícitas, consoante o art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro (nova redação introduzida pela Lei nº 11.690/2008). A prova ilegítima (a que no momento de ser produzida, dentro do processo, violar norma processual) deve ser, por ato judicial, declarada inválida, embora renovável. Diferentemente, a prova ilícita, assim entendida a obtida no âmbito extraprocessual e que viola direito material, não pode ser admitida no processo ou deve deste ser desentranhada. Chega-se à conclusão de que o processo onde se encontre a prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente, inclusive se houver sentença, com o consequente desentranhamento e inutilização da peça eivada daquela maneira, além da perspectiva de refazimento do processo com a proferição de nova sentença, sem, todavia, a participação do juiz que houver exarado o édito anterior. A disposição legal contém confusão entre prova independente e descoberta inevitável, por aquela não ter nexo de causalidade com a prova ilícita. Inadmissível, no sistema brasileiro, a exceção de boa-fé (a interceptação telefônica só vale para fins penais e se revela como prova ilícita, se sua produção for determinada por juiz da área civil).

Palavras-chave

Prova ilícita. Prova ilegítima. Direito material. Inadmissibilidade. Extraprocessual. Intraprocessual. Nula.

Abstract

This study focus on the inadmissibility of illicit proofs in conformity to art. 157 of the Brazilian Criminal Procedures Code (new edition introduced by Law nº 11.690/2008). The illegitimate proof (the one which violates a stated procedure norm in the moment of its production, within the process) must be declared invalid by means of judicial act, despite of being renewable. Unlike the illegitimate, the illicit proof is understood as the one obtained from an extra procedural context and besides violating the material rights, it may not be accepted in or must be withdrawn from within the process. We come to the conclusion that the process where the illicit proof is found must be fully or partially nulled, even if a sentence has been given with a consequent withdrawal and inutilization of the contaminated piece, moreover there is an expectation that the process be remade with the rendering of a new sentence, without however, the participation of that judge who has rendered the previous edict. The legal clause holds disputes between independent proof and inevitable detection, for the fact that the former has no causal nexus with the illicit proof. The exception justified by the good intention is unacceptable in the Brazilian system, (the interception of phone calls is valid only for criminal purposes and is considered illicit, if its production is determined by a civil judge)

Key words

Illicitproof. Illegitimateproof. Materialright. Inadmissibility. Extraprocedural. Intraprocedural. Null.

Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais

Illicit and illegitimate proofs: main distinctions

Luiz Flávio Gomes*

*Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP) e Diretor-Presidente da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (LFG). Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001). www.blogdoflg.com.br

O art. 157 do Código de Processo Penal, depois da reforma advinda com a Lei n.º 11.690/2008, passou a contar com nova redação. Vejamos:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (ver alíneas 1-3).

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (ver alínea 4), salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras (ver alínea 5), ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (ver alínea 6).

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (ver alínea 7).

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (ver alínea 8).

§ 4º (Vetado) (ver alínea 9).

Nossos comentários:

1) Por força do *princípio da verdade processual* (também conhecido como *verdade real ou material ou substancial*), que consiste na verdade (probatória) que se consegue dentro do devido processo legal, o que importa para o processo penal é a descoberta da verdade dos fatos, ou seja, o que interessa é a demonstração processual do que efetivamente ocorreu (para que a Justiça possa fazer incidir o direito aplicável e suas consequências jurídicas). Ocorre que nem tudo é válido para a obtenção dessa verdade.

Princípio da liberdade de provas: do princípio da verdade processual (ou real, como se dizia antigamente) deriva o *princípio da liberdade de provas*, que não é (de forma alguma) absoluto. As partes contam com liberdade para a obtenção, apresentação e produção da prova (dentro do processo), mas essa liberdade tem limites. Nem tudo que possa ser útil para a descoberta da verdade está amparado pelo direito vigente. O direito à prova não pode (nem deve) ser exercido a qualquer preço. O que vale então no processo penal, por conseguinte, é a verdade processual, que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos.

O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei nº 9.099/95, art. 81, § 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo.

2) *Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas*: a prova ilícita é uma das provas não permitidas no nosso ordenamento jurídico. A CF, no seu art. 5º, inc. LVI, diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova (não com o momento da sua produção, dentro do processo).

O momento da obtenção da prova, como se vê, tem seu *locus* fora do processo (ou seja, é sempre extraprocessual). O art. 32 da Constituição portuguesa bem explica o que se entende por prova ilícita: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Uma diferença marcante entre a Constituição portuguesa e a nossa é a seguinte: aquela diz que as provas ilícitas são “nulas”. A nossa diz que a prova ilícita é “inadmissível”. São dois sistemas distintos: no sistema da nulidade a prova ingressa no processo e o juiz declara sua nulidade;

no sistema da inadmissibilidade a prova não pode ingressar no processo (e se ingressar tem que ser desentranhada).

De qualquer modo é certo que o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. *Destinatários das regras*: as regras que disciplinam a obtenção das provas estão, desde logo, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado. Mas não somente para eles: os particulares também não podem obter nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Um pessoa (um particular) não pode invadir um escritório ou consultório e daí subtrair provas. Essa forma de obtenção de provas é ilícita.

Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições) RE 251.445-GO* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente probatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ

163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.

Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é o escopo de toda investigação, mas isso não pode ser feito a qualquer custo. Nem o Estado nem o particular pode conquistar uma prova violando regras de direito constitucional ou legal.

Nosso CPP, no art. 157, mencionou “regras constitucionais e legais”. Ocorre que paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). No seu art. 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Todas essas regras fazem parte (também) do nosso devido processo legal. Provas obtidas (fora do momento processual) com violação a essas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas (também) de forma ilícita.

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal: caso venha a prova a ser obtida com violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de reconhecer sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade). Exemplo: prova obtida (fora do processo) com violação ao direito de não autoincriminação (que está previsto no art. 8º da CADH) é prova ilícita. Ninguém é obrigado a participar da reprodução simulada do evento delituoso, ninguém é obrigado a fornecer padrões gráficos ou padrões vocais, para efeito de perícia criminal (Supremo Tribunal Federal (STF), *habeas corpus* (HC) 96.219-MC-SP, rel. Min. Celso de Mello).

No HC 92.219-SP (ora comentado) o Min. Celso de Mello sublinhou que

A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual. [...]. (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei).

Quem exercita um direito não pode ser punido (ou prejudicado) por tê-lo exercido.

Em virtude do princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 180/1125, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 68.742/DF, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, v.g.), tanto quanto o Estado, em decorrência desse mesmo postulado, não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados [já] fossem (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

Mas o fato de uma prova violar uma regra de direito processual, portanto, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial (isso está vedado pela CF, art. 5º, X, que nesse caso exige ordem judicial assim como pelo CPP - art. 240 e ss.). Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material (constitucional) e outra processual.

Conclusão: não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao *momento da ilegalidade*: a prova ilícita está atrelada ao momento da *obtenção* (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é *inadmissível* (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é *nula* (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à invalidade da prova (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 604-605). Esses autores sublinham: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”. Mas uma coisa é violar uma regra de direito material no momento da obtenção da prova (fora do processo). Outra distinta é violar uma regra processual no momento da produção da prova (dentro do processo). Obtenção da prova não se confunde com produção da prova. A obtenção acontece fora do processo; a produção se dá por meio de um ato processual. A confissão mediante tortura (na polícia) é prova ilícita; a confissão em juízo, perante o juiz da causa, sem a intervenção de advogado, é prova ilegítima (deve ser renovada). Ambas são antinormativas: mas uma é ilícita, enquanto a outra é ilegítima.

3) Os dois clássicos sistemas sobre a prova ilícita (ou seja: obtida fora do processo por meio ilícito) são: (a) o da admissibilidade (*male captum, bene retentum*) e (b) o da inadmissibilidade. Até meados da década de 70 vigorava o primeiro no Brasil (falava-se em princípio da veracidade da prova, consoante Ricardo Cintra de Carvalho); a partir daí passou a prosperar na jurisprudência do STF sobretudo o segundo, que acabou sendo acolhido pela CF de 1988.

Inadmissibilidade significa que a prova ilícita não pode ser juntada aos autos. E se juntada? Deve ser desentranhada. O direito à prova encontra correspondência com o direito à exclusão da prova: cf. RTJ 163, p. 682 e ss; RTJ 163, p. 709 e ss. E se a sentença nela se baseou? É nula.

Por força do sistema da inadmissibilidade a prova ilícita, portanto, deve ser excluída desde logo dos autos do processo (CPP, art. 157). Pelo sistema da admissibilidade a prova não é retirada do processo, sendo certo que no final o juiz declara sua nulidade (derivando disso responsabilidade penal ou penal e civil a quem usou a prova ilícita). O sistema da inadmissibilidade não permite que a prova permaneça no processo: ela deve ser prontamente excluída. Exclusão *a priori* ou imediata (sistema da inadmissibilidade) e declaração da nulidade *a posteriori* (sistema da admissibilidade): nisso reside a diferença entre os dois sistemas.

Conjugando-se a CF (art. 5º, inciso LVI) com o Código de Processo Penal (novo art. 157) não há dúvida que o primeiro (sistema da inadmissibilidade da prova ilícita) é o que hoje vigora (com exclusividade) no direito brasileiro vigente. O segundo (sistema da admissibilidade da prova ilícita e sua consequente declaração de nulidade) já não encontra nele nenhum espaço. É totalmente inconstitucional um juiz não determinar o desentranhamento da prova ilícita. É totalmente inconstitucional um juiz afirmar que a prova ilícita deve permanecer nos autos, para, no final, ser julgada inválida (nula). Para a prova ilícita não vigora o sistema da nulidade (que é típico das provas ilegítimas) nem o da admissibilidade (*male captum, bene retentum*). Para as provas ilícitas o sistema atual vigente é o da inadmissibilidade.

De tudo quanto foi dito extrai-se que o princípio básico relacionado com as provas é o seguinte: é admissível a prova sempre que nenhuma norma a exclua (ou invalide) (CORDERO, Franco apud LOPES JR., 2007, v.1, p. 561). Fazia falta no direito pátrio a norma que, agora, está contida no art. 157 do CPP, que expressamente manda desentranhar (excluir) dos autos a prova ilícita. Já não cabe nenhuma dúvida: toda prova ilícita (que afronta o devido processo legal no momento da sua obtenção) deve ser desentranhada dos autos do processo. Já a prova ilegítima fica nos autos, mas deve ser declarada inválida pelo juiz (podendo ser renovada).

4) *Provas derivadas das provas ilícitas*: por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita. O § 1º do novo art. 157 do CPP diz: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Pelo que ficou proclamado neste último dispositivo legal (§ 1º do art. 157) a prova derivada exige nexo de causalidade entre a prova ilícita (precedente) e a subsequente.

Lendo-se esse texto legal em sua integralidade (que é muito confuso) podemos dele extrair (de acordo com nossa opinião) três regras (que podem servir de base para suavizar e sistematizar a confusão feita pelo legislador):

1ª) comprovando-se o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a subsequente, esta última também é ilícita (prova ilícita por derivação);

2ª) não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita (precedente) e a subsequente, esta última é válida (por se tratar de prova totalmente independente);

3ª) mesmo evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita (precedente) e a subsequente, esta última (a prova derivada) é válida em situações excepcionais (descoberta inevitável, v.g.).

Primeira regra (prova ilícita por derivação)

No que diz respeito à primeira regra (prova ilícita por derivação) é preciso que o nexo de causalidade fique bem delineado. O fundamento legal anterior que permitia também a declaração da sua nulidade residia no art. 573, § 1º, do CPP (“A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”). Hoje para a prova ilícita derivada, no entanto, também vigora o sistema da inadmissibilidade. Logo, já não é o caso de se falar em nulidade, sim, em inadmissibilidade (essa prova não pode ficar nos autos, ou seja, deve ser excluída).

A prova ilícita por derivação encontra conexão com o chamado princípio da contaminação, ou seja, um ato nulo (ou ilícito) acaba contaminando outro ato, que dele dependa diretamente ou que lhe seja consequência. Se da confissão obtida por tortura encontra-se a *res furtiva* em razão do que foi confessado, essa segunda prova também é ilícita (por derivação) (FERNANDES, 2003, p. 90). A confissão é ilícita assim como o auto de apreensão também (porque esta segunda prova derivou diretamente da primeira).

A segunda prova acaba sendo contaminada (também). Aliás, essa contaminação possui vasos comunicantes: a prova ilícita (precedente) contamina a derivada, que contamina o processo ou o ato isolado (uma sentença, v.g.), que contamina o juiz (que dela tomou conhecimento). Essa é a lógica da contaminação.

A polêmica que pode surgir (no tocante à prova ilícita por derivação) diz respeito ao “nexo de causalidade” (entre a prova precedente e a posterior). Nossos tribunais, enquanto não havia dispositivo legal expresso como agora,

tinha entendimento muito restritivo. Mas essa postura jurisprudencial, com certeza, deve ser reavaliada.

Doravante, comprovado o nexo de causalidade, ainda que mínimo, por força de dispositivo legal expresso (§ 1º do art. 157 do CPP) é também ilícita a prova derivada. Sendo ilícita, deve ser desentranhada dos autos (CPP, art. 157, *caput*). Isso é o que se infere da teoria dos frutos da árvore envenenada, que é adotada pela Corte norte-americana desde 1920 (essa doutrina foi construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Silverhome Lumber v. United States* e depois desenvolvida no caso *Nardone v. United States*, em 1939). Embora de forma mais restrita também essa é a posição da Corte alemã, sobretudo no que diz respeito às interceptações telefônicas, que fala no “efeito à distância” (leia-se: provas derivadas).

No que diz respeito ao nosso STF cabe sublinhar que ele sempre entendeu (antes ou depois de 1988) que a prova ilícita por derivação é também prova inadmissível: HC 69.912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94. Confira também: HC 74.116-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 122/47; STF, HC 75.007-9, Marco Aurélio, DJU de 08.09.00, p. 5; veja ainda RTJ 155/508.

Para a exclusão da prova ilícita dos autos do processo (prova ilícita original ou prova ilícita derivada) é o *habeas corpus* instrumento idôneo, consoante consolidada jurisprudência do STF (HC 79.191-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Segunda regra (prova totalmente independente)

5) *Prova totalmente independente da prova ilícita*: por força da segunda regra acima mencionada, desde que não comprovado nenhum vínculo (nexo) entre a prova ilícita precedente e a posterior, não há que se falar em nulidade desta última (ou em prova ilícita por derivação). Exemplo: houve confissão mediante tortura, mas ao mesmo tempo uma outra equipe de investigação encontrou a *res furtiva* de forma totalmente independente (ou seja: se não existe nenhum vínculo ou nexo entre a confissão extorquida e a apreensão, não há que se falar em prova ilícita por derivação). A prova totalmente independente não se sujeita às regras da prova ilícita por derivação. Se a segunda prova foi obtida de forma inteiramente independente da primeira (ilícita),

não há que se falar em nulidade ou contaminação (da segunda prova).

Tudo se resume, como se vê, à análise do “nexo de causalidade”. Uma vez constatado esse nexo, já não existe nenhuma margem para o juiz (ou tribunal) admitir (ou não) essa prova ilícita por derivação. Aplicando-se a teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita. Comprovado esse nexo a segunda prova é ilícita e, portanto, inadmissível (devendo ser desentranhada dos autos do processo). Não comprovado o nexo, conclui-se que se trata de prova totalmente independente (e válida).

Terceira regra (situações excepcionais de validade)

6) A terceira regra acima exposta (mesmo evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita precedente e a subsequente, esta última é válida em algumas situações excepcionais) nos conduz ao tema das exceções que fundamentam a validade de uma prova ilícita por derivação. Em outras palavras: algumas exceções convalidam a prova ilícita derivada. Três, pelo menos, reputamos como válidas. Outras, embora adotadas por alguns países, não encontram amparo no sistema pátrio. Vejamos:

1ª exceção: *exceção da prova ilícita derivada pro reo*: a prova ilícita ou ilegítima (originalmente ilícita ou ilícita por derivação) é admissível *pro reo* (princípio do “*favor rei*”) (OLIVEIRA, 2006, p. 287; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 161). Note-se que essa exceção vale tanto para a prova ilícita original quanto para a prova ilícita por derivação.

O fundamento dessa admissibilidade da prova ilícita reside em outro princípio, que é o da *proporcionalidade* (RJTJESP-Lex 138, p. 526 e ss.). Da ponderação entre a proibição do uso da prova ilícita e o princípio da inocência, prepondera este último.

Em favor da sociedade pode ser invocado o princípio da razoabilidade, quando se trata de prova ilícita? Não (STF, HC 69.912-0, Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94; STF, RE 251445-4, Celso de Mello, DJU de 03.08.00, p. 68). O princípio da proporcionalidade nasceu para limitar os poderes do Estado, que não pode praticar abusos ou ex-

cessos. Nasceu, em síntese, para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão (não para a proteção dos direitos do poder público). Constitui grave anomalia admitir o princípio da proporcionalidade, em matéria de provas ilícitas, em favor da sociedade. Note-se que o texto constitucional brasileiro, no que se relaciona com as provas ilícitas, não abriu nenhuma exceção *pro societate*.

“Exceção” ou *teoria da fonte independente (independent source)*: alguns autores chegam a admitir como exceção a prova independente. Mas convenhamos: se a prova é independente ela possui validade absoluta e total e não tem nada a ver com a teoria da prova derivada. Em síntese: a prova independente é autônoma, não pode ser vinculada com a prova derivada. Por isso que não é exceção. Por força do § 1º do art. 157 do CPP “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando [...] as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. No parágrafo seguinte (§ 2º) o legislador preocupou-se em definir o que (no entender dele) seria essa fonte independente: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

O legislador aqui fez uma grande confusão entre prova independente e descoberta inevitável. A prova independente, de outro lado, não tem nada a ver com a prova derivada. Não pode ser invocada como uma exceção, sim, ela possui validade plena e absoluta.

2ª exceção ou *limitação*: *exceção da descoberta inevitável (inevitable discovery)*: o sujeito, mediante tortura, confessou o fato e indicou o local onde se encontrava o corpo da vítima. A polícia para lá se dirigiu, encontrou o procurado corpo mas, ao mesmo tempo, se deparou com mais de uma centena de pessoas (com pás e enxadas) que precisamente procuravam, no parque indicado, o referido corpo. A descoberta seria inevitável. Logo, a prova obtida pelos policiais é ilícita por derivação (em razão de ter havido tortura na confissão) mas é válida. Por quê? Porque ela seria descoberta inevitavelmente.

O § 2º do art. 157 diz: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Ele

chamou de prova independente o que, na verdade, é a descoberta inevitável. E ainda descreveu mal a descoberta inevitável, porque ela pode ter como protagonista um particular (ou particulares) (daí a impropriedade de se falar em trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal).

3ª exceção ou limitação: *exceção da contaminação expurgada*: o agente confessa mediante tortura e indica seu co-autor, que também confessa. Essa segunda prova é ilícita por derivação e não vale. Dias depois o coautor, na presença de seu advogado, delibera confessar livremente o delito perante o juiz. A contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação precedente.

Nisso reside a teoria da contaminação expurgada, que não foi acolhida expressamente pelo CPP brasileiro, mas é razoável. Cuida-se, pois, de teoria que pode ser admitida pelos juízes e tribunais brasileiros.

Da inadmissibilidade da exceção da boa-fé: no direito norteamericano também se menciona a *exceção da boa-fé*, que consistiria no seguinte: se a autoridade executora e produtora da prova atua de boa fé, mesmo que a determinação tenha emanado de uma autoridade judicial incompetente, a prova seria válida.

Isso no nosso sistema é inconcebível. Enquanto as exceções estudadas acima (quatro, no total) são admissíveis, esta última é inconciliável com o sistema jurídico nacional. Prova determinada por autoridade incompetente (por juiz distinto do juiz natural) ou por autoridade que não tinha poderes (naquele momento) para a determinação da prova viola o devido processo legal, logo, também é inadmissível. A boa-fé do agente no momento da obtenção da prova em nada afasta a mácula original da ilicitude.

Imagine-se um juiz civilista determinando a produção de uma interceptação telefônica para fins civis. Cuida-se de autoridade totalmente incompetente para isso. A interceptação telefônica, de outro lado, só vale para fins penais (tal como dizem a Constituição e a lei respectiva). A boa-fé do executor dessa medida não elimina a mácula original. A prova continua, mesmo assim, sendo ilícita (e, portanto, inadmissível).

7) Os juízes de tribunais brasileiros, destacando-se aqui o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF (sobretudo

em sua antiga composição), mesmo quando constatadas provas ilícitas nos autos, em regra não anulavam a sentença ou o processo, sob o argumento de que existem outras provas independentes. Se a decisão não se baseou na prova ilícita ou mesmo que nela tenha se baseado, se existem outras provas, não se anula o processo ou a sentença.

A proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade; em caso contrário, deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez que fundado em outras provas (STJ, HC 40.637-SP, rel. Min. Hélio Quaglia, j. 06.09.05).

Prova independente é a que não tem nenhum nexo de causalidade com a prova ilícita (precedente). Havendo nexo de causalidade (entre a prova anterior e a posterior) estamos diante da denominada prova ilícita por derivação, que também é ilícita (CPP, art. 157, § 1º).

8) *Incidente de inutilização da prova ilícita*. Por força do § 3º do art. 157 do CPP, "preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente".

Contra a decisão do juiz (ou tribunal) que reconhece a ilicitude da prova e determina o seu desentranhamento dos autos cabe recurso. Em primeira instância o recurso cabível é o em sentido estrito (CPP, art. 581, inc. XIII), porque o juiz, ao reconhecer a ilicitude da prova, está anulando o processo, no todo ou em parte. Em segunda instância caberá agravo regimental. Preclusa essa decisão, a prova ilícita deve ser inutilizada por ato do juiz, facultando-se às partes acompanhar o incidente. Ou seja: as partes devem ser devidamente intimadas para esse ato de inutilização e podem acompanhá-lo.

9) *Contaminação do juiz*: dizia o § 4º do art. 157 do CPP (que foi vetado pelo Presidente da República) que "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão".

Esse novo dispositivo legal, absolutamente adequado, cuidava da contaminação do juiz que toma conhecimento da prova ilícita. Acertadamente ele reconhecia que não bastava a mera exclusão física (dos autos) das provas ilícitamente obtidas. Isso é necessário, mas insuficiente.

Referido § 4º, entretanto, foi vetado pelo Presidente da República (com base em pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União). As precaríssimas razões do veto são as seguintes:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Como se vê, o dispositivo foi vetado por razões de eficácia do processo (celeridade, simplicidade, troca do juiz etc.). Mas jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando deixa de conciliar a eficácia com as garantias do acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz.

A discussão em torno da contaminação desconsidera – como bem pondera Aury Lopes Júnior (2006) – a questão nuclear do problema que é a cabeça do julgador.

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador, faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar¹ deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora se tem pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emo-

ção e razão, conforme já explicamos em outra oportunidade², o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo.

Não se pode mais desconsiderar que a sentença é um ato de “sentimento”, de eleição de significados. Reitere-se: sentenciar deriva de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*. O juiz é alguém que julga com a emoção e a sentença é o reflexo desse complexo “sentire”.

Consequentemente, em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a *qualidade da jurisdição*. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal.

Sublinhamos o “somente”, continua o autor mencionado, “porque esse advérbio constitui – na feliz definição de Cordero (2000, v.2, p.47) – *um exorcismo verbal contra as espirais ad infinitum, congêntas à fome desaforada da inquisição*”.

Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o julgador do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez.

Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência.

É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente.

Imagine-se uma escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe de que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar.

¹ Nesse tema reputamos imprescindível a leitura, pelo menos, das obras de Prado (2003) e Zimmerman (2002).

² Sobre o tema, leia-se Lopes Jr. (2006, p. 278 et seq.).

É chegado o momento de resgatar a subjetividade e compreender – recordando as lições de Antonio Damasio (1996) – que a racionalidade é incompleta e resulta seriamente prejudicada quando não existe nenhuma ligação com o sentimento. O dualismo cartesiano separa a mente do cérebro e do corpo, substanciando o “penso, logo existo”, pilar de toda uma noção de superioridade da racionalidade e do sentimento consciente sobre a emoção. O erro está na “separação abissal entre o corpo e a mente” (DAMASIO, 1996, p. 280). É essa a racionalidade que os juristas precisam transcender para tratar dessa (e de outras) questões.

Rompeu-se a separação cartesiana entre razão e sentimento. Para o autor citado, o fenômeno é exatamente oposto àquele descrito por Descartes, na medida em que “existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser”. O *penso, logo existo*, deve ser lido como: *existo (e sinto), logo penso*, num assumido anti-cartesianismo.

É a recusa a todo discurso científico (incluindo o positivismo, o mito da neutralidade, etc.) baseado na separação entre emoção (*sentire*) e razão.

Por tudo isso, mais do que desentranhar a prova ilicitamente obtida, há que se pensar na exclusão do ilustre julgador que teve contato com essa prova e, portanto, está contaminado.

Apesar do veto presidencial ao novo § 4º do art. 157 do CPP, tudo quanto acaba de ser dito não deixa de ser uma opinião doutrinária absolutamente respeitável e razoável.

Conclusão: todo processo que contenha uma prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente. Caso já tenha sentença, esta também deve ser anulada. Sempre. Em seguida, desentranha-se dos autos a prova ilícita, que será devidamente inutilizada. O ato seguinte consiste em refazer o processo ou proferir uma nova sentença, não se admitindo a participação do juiz (anteriormente) contaminado.

Com isso estamos negando validade para a clássica jurisprudência construída pelos tribunais brasileiros, no sentido de que

a proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade; em caso contrário, deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez que fundado em outras provas (cf. o já citado HC 40.637-SP, do STJ, rel. Min. Hélio Quaglia, j. 06.09.05).

Quem garante que a prova ilícita não teve nenhuma influência na convicção do juiz sentenciante? É por essa razão que aqui tem total aplicação o disposto no art. 573 do CPP: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada [...] serão renovados ou retificados”.

Não nos parece que haja outra saída jurídica mais condescendente com a moderna concepção da instrumentalidade do processo penal, que existe para a tutela do direito de punir, assim como, sobretudo, para a proteção dos direitos fundamentais do processado.

Referências

- CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 2.
- DAMASIO, Antonio. *O erro de Descartes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 330 p.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. 381 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2004. 388 p.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- _____. O resgate da subjetividade no ato de julgar: quando o juiz se põe a pensar e sentir. In: _____. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 759 p.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. 197 p.
- ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. In: _____ et al (Org). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2002. 618 p.



Francisco de Assis Santos Lauzid

O delito contra a ordem tributária de desobediência e a persecução criminal

Resumo

O delito descrito no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990, exige como requisitos para a persecução criminal que: a) a ordem seja expedida por autoridade competente, explicitando o decêndio legal para a apresentação da documentação; b) a ordem seja inequívoca e direta, dirigida pessoalmente ao representante legal do contribuinte infrator e somente por ele recebida, não se estendendo a responsabilidade penal a nenhum outro sócio ou representante ainda que possua poder de gestão, salvo se também pessoalmente notificado; c) seja demonstrado, além da inflição de multa, que o embargo acobertou ou propiciou a supressão ou redução de crédito tributário; d) o somatório do tributo devido com os acessórios seja superior ao valor de R\$ 3.600,00, montante estabelecido como linde para a incidência do princípio da insignificância como excludente da tipicidade material; e) a discussão acerca da existência da infração e do respectivo débito fiscal seja encerrada na esfera administrativa antes da propositura da ação penal. Deve-se, ainda, considerar que ninguém é obrigado a se autoincriminar.

Palavras-chave

Crime. Embargo. Desobediência. Autoria. Tipicidade. Insignificância. Afetação. Grave. Intolerável. Valor. Bem.

Résumé

Le délit prévu à l'article 1^{er}, paragraphe unique, de la loi nº 8137/1990, faute de nomen juris, est appelé par antonomase «délit d'entrave à l'action fiscale». Pour qu'une poursuite pénale soit entamée, il faut a) que l'ordre soit donné par l'autorité compétente, fixant le délai pour la production des pièces; b) que l'ordre soit explicite et direct, adressé personnellement au représentant légal du contribuable en infraction, le seul à pouvoir le recevoir, la responsabilité pénale ne concernant aucun autre associé ou représentant avec pouvoir de gestion, à moins qu'il n'ait été aussi personnellement intimé; c) qu'il reste prouvé que l'entrave a dissimulé ou favorisé la suppression ou la réduction d'un crédit fiscal; d) que la somme totale due (au titre de l'impôt et des charges annexes) soit supérieure à R\$ 3.600,00, montant fixé comme limite pour l'application du principe de l'insignifiance qui exclut la qualification matérielle; e) que la discussion sur l'existence de l'infraction et du débit fiscal soit close dans l'instance administrative avant l'introduction de l'action pénale.

Mots-clé

Délit. Entrave. Désobéissance. Auteur. Qualification. Insignifiance. Affectation. Grave. Intolérable. Valeur. Bien.

O delito contra a ordem tributária de desobediência e a persecução criminal

Le délit d'entrave à l'action fiscale et la poursuite pénale

Francisco de Assis Santos Lauzid*

*Promotor de Justiça de Crimes contra a Ordem Tributária em Belém do Pará. Pós-graduado em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos/ Universidade Federal do Pará (NAEA/UFPa) e em Ciências Criminais pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA) em convênio com a UFPa. Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor de Redação Forense e de Direito Penal. flauzid@hotmail.com.

Introdução

O embargo à ação fiscal é crime especial de desobediência. É imprescindível a demonstração de recebimento de ordem direta, pessoal e inequívoca pelo sujeito ativo dessa infração como prova da autoria delitiva. A tipicidade material deverá ser comprovada por meio da demonstração de dano significativo à Fazenda Pública. A persecução criminal só está autorizada após o encerramento da discussão do débito no processo administrativo fiscal com inflição de multa administrativa que, cumulada com outros débitos tributários, deverá superar o *quantum debeatur* de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais). Não se pode, ainda, por força do princípio constitucional da não-obrigatoriedade de se autoincriminar, obrigar o contribuinte ou seu representante legal a fornecer documentos fiscais que lhe sejam incriminadores.

Tipicidade formal do crime de embargo à ação fiscal

Sobredito delito tem sua tipicidade formal¹ lastreada no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990, consoante transunto ao sul:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir

ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

V – Negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Não fosse a existência desse dispositivo, o sujeito ativo incorreria no crime comum de desobediência descrito no artigo 330 do Código Penal, cuja incidência é afastada por força do artigo 12 do mesmo Diploma, em que se encontra inscrito o princípio *lex specialis derogat legi generali* (NUCCI, 2003, p. 87).

¹ A tipicidade formal é a descrição abstrata da conduta delitiva, que, nos crimes materiais dolosos, exige quatro requisitos: conduta humana voluntária dolosa (dolo natural e abrangente), resultado naturalístico voluntário, nexos causal entre a conduta e o resultado e adequação típica (ou tipicidade).

A desobediência tipificada no artigo 330 do Código Penal (CP) é classificada, quanto ao resultado, como crime de mera conduta², ao passo que a desobediência especial, alcunhada de delito de “embargo à ação fiscal”, passou a ser crime material por força do *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990. Há exigência, como resultado naturalístico condicionado, da efetiva ocorrência de supressão ou redução de “tributo ou contribuição social e qualquer acessório”.

Quadra consignar que mais do que simples crime material, a infração penal em lume é delito classificado como “condicionado ao resultado”, daqueles que nem sequer admitem a tentativa, a exemplo do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio³. Tanto é verdade que o *comatus* do embargo à ação penal, se fosse possível, seria punido como crime autônomo, subsumindo-se no tipo penal abstrato do art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.137/1990, amoldando-se às elementares alternativas e de cunho aberto⁴: “ou empregar outras fraudes”⁵.

O ideal seria que o crime de embargo fosse tipificado fora do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990. Isso evitaria a necessidade de comprovação das elementares objetivas contidas no *caput*, ou seja, a necessidade efetiva de supressão ou redução de tributo, além dos simples acessórios (multa), para a consumação delitiva do embargo.

Sobredita medida, *de lege ferenda*, implicaria responsabilizar o infrator pela conduta desobediente considerada por si só, como crime de mera conduta, e não como crime material, muito menos como delito “condicionado ao resultado”, visto que a negativa ou

omissão em apresentar a documentação exigida pelo Fisco deve ser conduta penalmente reprochável, tal qual se verifica no crime comum de desobediência tipificado no artigo 330 do Código Penal, desde que se respeitando o princípio constitucional da não-obrigatoriedade de produção de prova contra si mesmo, retratada no axioma latino *nemo tenetur se detegere*.

Entrementes, da forma como se encontra tipificado o crime especial de desobediência (ou de embargo), não resta outra interpretação mais consentânea, a não ser a de que referido delito somente se consuma quando verificadas todas as elementares do parágrafo único do artigo 1º, somadas às do *caput*. A regra de hermenêutica restritiva quanto à norma penal incriminadora atende aos princípios penais da reserva legal e da taxatividade, ínsito nos artigos 1º do Códex Penal e 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Insta focar atenção na elementar objetiva representada pelo termo “acessório”, jungida de forma indissociável aos núcleos verbais “suprimir” ou “reduzir” pela aditiva “e”, e não pela alternativa “ou”.

O embargo por desobediência constitui, parelhamente ao crime em lume, infração administrativa à qual se comina pena de multa de 600 Unidades Padrão Fiscal do Pará (UPFPAs)⁶ a 10.000 UPFPAs⁷, não se tratando de tributo, mas de acessório. Diante da aditiva “e” constante do *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990, o tipo penal correlato só se consumará se, além da desobediência, for apurada a efetiva supressão ou redução de tributo, pois se trata de crime condicionado ao resultado, sendo imperioso consignar que o parágrafo único, além de estar elado ao *caput* do art. 1º, ainda faz expressa menção ao inc. V, com o qual se equipara para fins penais, estando este também vinculado elementarmente ao *caput*.

Assim, se o infrator demonstrar, mesmo após a desobediência caracterizada por não apresentar os documentos exigidos no prazo legal, que nenhum tributo

² O crime de mera conduta não exige, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consoante ocorre nos crimes materiais; nem sequer prevê, em seu preceito primário, um possível resultado, ainda que de ocorrência não obrigatória, conforme acontece nos crimes formais.

³ Ver o preceito secundário (cominatório de pena) do art. 122 do CP.

⁴ O Direito Penal moderno prega a inconstitucionalidade de tipos penais abertos por ofensa aos princípios da reserva legal e da taxatividade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) já os considerou constitucionais em respeito ao princípio da segurança jurídica (integrante do rol de direitos humanos de 1ª geração ou de 1ª dimensão) por não haver direito, ainda que fundamental, absoluto, devendo-se harmonizá-los sistemicamente.

⁵ Impõe, aqui, observar que nenhum crime descrito no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 admite tentativa, pois todos são crimes, além de materiais, “condicionados ao resultado naturalístico”, ou seja, condicionados à supressão total ou parcial de tributo, daí porque se pune qualquer tentamen desses crimes como crime autônomo descrito no art. 2º, inc. I do mesmo diploma.

⁶ O valor atualizado em 2009 de uma UPFPA é de R\$1,9608.

⁷ Cf. o art. 63, §§ 2.º e 3.º e art. 65 da Lei Estadual n.º 5.530/1989, combinado com o Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 4.676/2001, art. 124, incs. III e IV e art. 78, inc. XI, “c”, 2, da Lei n.º 5.330/1989 alterado pela Lei n.º 7.080/2007, art. 1.º, inc. VIII.

era devido ao Fisco, ou, ainda, se o Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) não especificar algum tributo por ele devido, mas apenas a multa pelo embargo à ação fiscal, o crime de desobediência especial tipificado no parágrafo único do art. 1º não estará configurado. Haverá, nesse caso, somente infração administrativa pelo embargo respectivo, punido com multa.

O contribuinte infrator deverá, caso tenha desobedecido à ordem de apresentação dos documentos no prazo legal, ter o cuidado de, efetivamente, comprovar que não suprimiu ou reduziu o valor de tributo devido. Caso contrário, em tese, terá perpetrado crime de embargo, impondo-se o cálculo do débito tributário por arbitramento⁸.

Outro requisito importante para a persecução e responsabilização penal é a comprovação da ciência do prazo legal para atendimento da notificação. A elementar objetiva temporal de “dez dias” deverá ser comprovada, sob pena de não se poder acionar criminalmente o infrator, por isso é de bom alvitre que o Fisco especifique, no ato da notificação, ao requisitar a documentação ao contribuinte, o prazo legal de 10 (dez) dias para o respectivo atendimento.

Susocitado prazo, amiúde, não é concedido ou explicitado nas notificações enviadas aos contribuintes paraenses, provocando, dessarte, estorvo à persecução criminal.

A redação do tipo penal em testilha, ao mencionar que o prazo de dez dias “poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência”, traz outro problema: o da flagrante falta de clareza e de precisão.

Essa redução do prazo em horas inespecíficas flagela incisionalmente o princípio da taxatividade (*lex certa*), corolário do princípio da reserva legal, que proíbe a tipificação de crimes por meio de leis vagas, abertas e/ou

lacunosas, que deixem ao completo talante dos juízes a tipificação penal, ainda mais quando referida lei confere idêntico alvedrio aos fiscais fazendários, visto que lhes competirá, primeiramente, a fixação desse prazo impreciso e incerto, segundo um julgamento precipuamente subjetivo, cuja proporcionalidade será de difícil aferição.

O que poderá ser considerado de maior ou menor complexidade ou de difícil ou fácil atendimento? Qual o referencial a ser tomado para estabelecer esses parâmetros, seria o do fiscal fazendário que detém conhecimento de matéria tributária – diga-se quase sempre muito complexa até para os operadores do Direito – ou seria o do contribuinte, normalmente, uma pessoa leiga que se consulta com um contador, comumente, sem formação jurídica? Qual seria o prazo a ser fixado em horas, seria de 24h, 48h, 72h ou, talvez, 100h?

Não haveria fixação de prazos diferentes para a apresentação de documentos e livros fiscais semelhantes em casos penais também parecidos, segundo o julgamento subjetivo acerca da complexidade e/ou dificuldade emanado de um ou outro fiscal fazendário?! Não se estaria incriminando, assim, contribuintes diferentes em situações semelhantes, por meio de fixação de prazos diversos, em nítida ofensa aos princípios constitucionais penais da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade?! Claro que sim!

Decerto, essa imprecisão pode ser corrigida admitindo-se como constitucional apenas o prazo certo e determinado de 10 dias, repudiando-se a fixação de prazo inferior ou em horas, caso em que a infração penal não restará configurada por falta de constatação de uma de suas elementares objetivas, qual seja, a de caráter temporal (10 dias).

A falta de demonstração da ciência do prazo legal, de forma certa e determinada, para atendimento da notificação, se não for adotada como tese excludente da tipicidade, poderá, no mínimo, ser argumento de excludente da culpabilidade (falta de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa), consideradas as idiosincrasias pessoais do infrator, mormente nos casos em que muitos são quase analfabetos ou, verdadeiramente, analfabetos, consoante só acontecer

⁸ Por exemplo, após o Fisco analisar as notas fiscais de entrada de mercadorias, colacionadas no Projeto Fronteira, por desobediência do contribuinte em apresentar os documentos e livros fiscais, presumirá que toda a mercadoria que entrou, deve, igualmente, ter saído, calculando, por arbitramento, o débito do embargante que servirá de prova para fins penais.

em alguns setores do comércio, *v.g.*, na seara de venda de produtos alimentícios.

Demonstração da autoria delitiva

A autoria do embargo deve ser demonstrada mediante prova efetiva de que o contribuinte recebeu **ordem inequívoca, direta e pessoal**, emanada da autoridade fazendária competente, para a apresentação da documentação necessária à respectiva fiscalização.

A notificação do contribuinte deve ser dirigida à pessoa de seu representante legal (da pessoa jurídica), ou seja, sendo sociedade empresária, será a pessoa física indigitada pelo respectivo contrato social ou documento equivalente, podendo ainda ser por procuração ou ata de assembleia; sendo empresário individual (antiga firma individual), o próprio. Não há crime de embargo se a notificação for recebida por vizinhos, parentes, contadores, advogados, empregados e sócios sem poderes gerenciais ou específicos para as operações tributáveis do estabelecimento contribuinte⁹.

Inexistirá prova de autoria criminosa nos casos em que a notificação for enviada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), e o respectivo Aviso de Recebimento (AR) não retornar assinado pelo próprio representante legal, contratual ou convencional da pessoa jurídica contribuinte.

Amiúde, o AR retorna da EBCT sem nenhuma assinatura. Em muitas situações, há até informação prestada pela EBCT de que o estabelecimento se encontra fechado ou de que o contribuinte mudou de endereço. Nesses casos, conquanto se considere caracterizada a infração fiscal para fins de responsabilização administrativa (infligência de multa), para efeitos penais não há que se cogitar da ocorrência de crime, pois há comprovação do recebimento pessoal da ordem por aquele a quem se confiou, por lei ou contrato, esse dever.

Dificilmente pode-se comprovar a autoria quando qualquer outra pessoa recebe a notificação fiscal para a

apresentação da documentação concernente, que não o próprio representante do contribuinte, mesmo sendo seu empregado, parente, cônjuge, vizinho ou amigo.

A autoria do delito deverá ser efetivamente comprovada mesmo que se possa inferir ter sido o representante legal do contribuinte notificado, indiretamente, por meio de terceiros a ele elados por fortes laços profissionais, parentais ou de amizade. Todavia, mera inferência, por si só, não é suficiente para estribar condenação.

A comprovação de que o representante legal do contribuinte foi pessoalmente notificado pelo Fisco é imperiosa. Caso inexistir, nos autos, prova material de que ele tomou ciência tempestiva da notificação para que pudesse cumpri-la no prazo legal de dez dias, não haverá justa causa para a instauração da increpação, pois ninguém pode ser penalmente responsabilizado por inferência, ainda que robusta seja a ilação, sob pena de retrocesso e involução à execrável responsabilidade penal objetiva, inadmissível no proclamado e emergente Estado Social Democrático de Direito.

Nesses casos, não reluz de imediato o dolo necessário para a inauguração judicial da *persecutio criminis*. É imperiosa a investigação quanto ao dolo do sujeito ativo, pois o elemento anímico é necessário à demonstração de seu escopo em embargar a ação fiscal, preservando os supostos agentes dos delitos tributários de ações penais açodadas e temerárias, arrimadas em deduções ou frágeis indícios.

Nos casos mais corriqueiros, a autoria do crime de embargo é comprovada pela assinatura do representante legal do contribuinte constante da própria notificação. Isso ocorre quando a notificação lhe for apresentada diretamente pela autoridade fazendária ou quando a notificação for enviada pela EBCT, desde que o AR seja assinado pelo representante do contribuinte.

Poderá, ainda, o representante legal do contribuinte, ao se defender administrativamente da multa a ele infligida, declarar, no processo administrativo, que ele, tempestivamente (dentro do decêndio legal), recebeu a notificação, porém, mesmo assim não a atendeu, embora outra pessoa a tenha recebido ou nos casos em que o AR não se encontrar chancelado por ninguém. A confissão é uma hipótese remota, mas ocorrente.

⁹ Neste estalão, tem decidido o sobranceiro Supremo Tribunal Federal (STF): "O crime de desobediência só se configura se a ordem legal é endereçada diretamente a quem tem o dever legal de cumpri-la" (STJ, HC 10.150-RN, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 07/12/1999, DJ 21/2/2000, p. 143).

Convém propugnar, por atender ao princípio de economia processual, no desiderato de se evitar despesas processuais desnecessárias ao Estado, que se afaste, quanto ao crime em tela, a aplicação do princípio do *in dubio pro societate*, fazendo prevalecer o *in dubio pro reo* no ato da propositura da ação penal, por não ser interesse do Estado a consecução dos efeitos da pena, quer de caráter retributivo, quer de caráter preventivo específico e/ou geral, tanto positivos quanto negativos.

Nos crimes contra a ordem tributária, o Estado preocupa-se tão-somente com o recebimento do respectivo crédito tributário. Esse, desditosamente, é o verdadeiro anelo da ação penal respectiva, que pode ser facilmente verificado na previsão legal de extinção da punibilidade a ser decretada, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, em favor do sujeito ativo do delito, desde que haja pagamento do tributo devido, não importando por quem, segundo injunção do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, independentemente das falcatruas e falsidades perpetradas para sua supressão ou redução, ou seja, o que importa ao Estado, segundo a *mens legis*, é tão-somente receber o que lhe é devido.

A reeducação e a ressocialização do infrator são efeitos penais despiciendos para os crimes contra a ordem tributária descritos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, pois o Estado faz da ação penal um meio não de prevenção contra o crime, mas de cobrança indireta do débito fiscal, sob a seguinte admoestação: pague ou será condenado penalmente; quiçá, preso!

Por fim, convém gizar que, se a sociedade empresária contribuinte possuir mais de um representante legal aos quais incumbe atender à notificação para a apresentação da documentação requisitada, somente poderá ser processado criminalmente, entre eles, aquele sócio ou procurador que, efetivamente, houver recebido a notificação correlata.

Não se pode, para fins de increpação penal, cogitar do nome de sócios, gerentes ou representantes legais, contratuais, convencionais do contribuinte infrator que não tiverem, comprovadamente, recebido a notificação, haja vista o requisito obrigatório de a ordem ser pessoal, direta e inequívoca: pessoal, no sentido de ser

dirigida a uma pessoa determinada, direta, denotando a especificidade dessa ordem, não adstrita a meras inferências, devendo a autoridade fazendária especificar, direta e expressamente, quais os livros e documentos a ser apresentados; inequívoca, no sentido de a ordem ser clara e compreensível.

Celso Delmanto (1991, p.498, 500,501), acerca do crime de desobediência, ensina o seguinte:

Conhecimento da ordem: sem que o agente tenha expresso conhecimento da ordem, não há o crime do art. 330 (TACrSP, *Julgados* 90/57).

Ordem direta: A desobediência deve ser à ordem transmitida diretamente ao desobediente (TACrSP, *Julgados* 90/57; RT 591/342; TRF, HC 4.940, DJU 14.5.81, p. 4367; TJSP, RT 531/327). A ordem deve ser dirigida, inequivocamente, a quem tem o dever de acatá-la (TRF, RC 461, DJU 22.2.80, p. 806).

Desobediência por omissão: O propósito de desobedecer deve ser deduzido de atos ou circunstâncias inequívocos e resultar de omissão por prazo razoável (TACrSP, *Julgados* 67/154)

No mesmo lamiré, professa Nucci (2003, p. 890): “Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Note-se que o verbo *desobedecer* é do tipo que contém, em si mesmo, a vontade específica de contrariar ordem alheia, infringindo, violando”.

Logo, o crime de embargo ou de desobediência especial só poderá ser imputado àquele que receber pessoalmente a ordem direta de apresentação da documentação, e desde que tenha o dever legal ou contratual para esse ato.

Tipicidade material do crime de embargo à ação fiscal (desobediência especial)

Neste tópico, proemialmente, cumpre trazer à baila o Decreto nº 1.194, de 18 de agosto de 2008, editado pela Governadora do Estado do Pará, assim vazado:

Art. 1º Ficam extintos por remissão os débitos fiscais relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, inscritos ou não em dívida ativa, ainda que ajuizada sua cobrança, decorrentes de denúncia espontânea formalizada até 31 de julho de 2007, ou constantes de Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, lavrado até 31 de julho de 2007,

cujos valores, atualizados em 31 de dezembro de 2007, sejam iguais ou inferiores a R\$3.600,00 (três mil e seiscentos reais).

Quadra pontuar os seguintes dados conclusivos do édito governamental súpero, ressaltando-se que a análise que se segue imediatamente abaixo é exclusivamente literal sem ainda passar pela devida filtragem principiológica constitucional¹⁰ para fins penais, o que será procedido mais além:

a) A remissão só diz respeito ao ICM/ICMS, ainda assim só alcançando os débitos existentes até 31/7/2007 desde que não ultrapassem o montante de R\$ 3.600,00, atualizado até 31/12/2007;

b) Qualquer débito fiscal, ainda que inferior a R\$ 3.600,00, relativamente a outros tributos estaduais distintos do ICM/ICMS, não foi remido pelo Decreto em apreço, podendo, assim, ser executado pelo Estado do Pará por ser efetivamente devido;

c) Valores inferiores ou superiores a R\$ 3.600,00, ainda que devidos a título de ICMS, poderão ser cobrados desde que lançados após 31/7/2007, pois não remidos.

Além da tipicidade formal, há necessidade de demonstração da tipicidade material. Esta tem por fatores a gravidade da conduta do agente e a relevância do bem jurídico afetado no caso concreto.

Nos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico (objeto jurídico ou objetividade jurídica) é o crédito tributário em sua integralidade, incluindo-se sempre, na tutela penal, os acessórios (multa) que deverão ser somados ao tributo devido, quando, evidentemente, este também for devido.

Após a verificação do fato típico formal (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade ou adequação típica), deverá ser comprovada a existência de grave afetação de bem jurídico transcendental, considerado, genérica

e especificamente, relevante para o Direito Penal. Há, portanto, alguns requisitos para a tipicidade material se configurar: grave afetação de bem jurídico relevante e transcendental, consoante preleção de Roxin apud Gomes (2004a)¹¹.

A tipicidade material deve ser perquirida pelo Promotor de Justiça, em sua função increpatória, e pelo juiz, em seu mister judicante, em atenção a muitos princípios constitucionais penais, entre eles: os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade, da proporcionalidade, da razoabilidade; bem como em observância a princípios penais constitucionais tais quais: o da proteção dos bens jurídicos de terceiros (da transcendentalidade ou da alteridade), da intervenção mínima do Direito Penal (ou da *ultima ratio*), da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da insignificância.

A observância conglobada dentro de uma harmonia sistêmica, ainda que dialética, de todos esses princípios será determinante para se saber se o fato ilícito fiscal praticado pelo infrator é, materialmente, fato típico penal. Constatados os requisitos formais e materiais da tipicidade, ter-se-á a certeza de que o fato é, definitivamente, típico.

A exigência de ofensa a bem jurídico transcendental para que se autorize a tutela penal tem lastro no princípio da alteridade (*alter* = outro) ou da transcendentalidade dos bens jurídico-penais, imbricado ao princípio da materialização do fato, conquanto com este não se confunda.

Só há fato típico material se o bem afetado¹² pela conduta do agente for transcendental, *i.e.*, pertencer a terceiro, a outro (*alter*) que não ao agente do fato. Esse requisito afasta a tipicidade de atos como o suicídio, a autolesão, a prostituição pessoal (ainda que viessem a ser formalmente descritos como crimes), impondo a não-recepção constitucional das contravenções de vadiagem e de mendicância não violenta.

¹⁰ Barroso (2004, p. 340), esclarece que a Constituição, além de ser um sistema em si, contendo sua ordem, unidade e harmonia, passou a ser um modo de olhar e interpretar o Direito: "Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional".

¹¹ Os princípios da adequação social e da tolerância não serão aqui tratados, conquanto interessem à tipicidade material, pois laboram com normas de cultura social, inaplicáveis à espécie criminosa em apreço e aos crimes contra a ordem tributária em geral.

¹² A afetação de bem jurídico penal é a submissão desse bem a dano ou perigo de dano.

A transcendentalidade do bem jurídico (crédito tributário) é facilmente detectada no crime tributário de desobediência, pois, ao embargar a ação fiscal, o sujeito ativo estará afetando bem jurídico alheio: o crédito tributário do Fisco.

Todavia, a simples transcendentalidade do bem jurídico não basta para consubstanciar a tipicidade material de nenhum delito, ainda que satisfeito o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, que se dá pela tutela do bem jurídico genericamente considerado.

A objetividade jurídica genérica em questão é o crédito tributário destinado ao erário, independentemente do *quantum* em questão, pois se considera apenas a natureza subsidiária do Direito Penal, autorizando o Estado a intervir por meio desse ramo do Direito, sempre que os demais ramos forem insuficientes para tutelar com eficácia os bens jurídicos tomados em termos gerais (crédito tributário, patrimônio, vida, etc.).

Há necessidade de a ofensa a esse bem jurídico penal genericamente considerado relevante pelo princípio da subsidiariedade, agora, no caso concreto, levando-se em consideração o bem jurídico-penal específico (*quantum*) ser também de natureza grave, incidindo, aqui, a observância do princípio da fragmentariedade, tendo por corolários os princípios da ofensividade e da insignificância.

O Direito Penal é, além de subsidiário, fragmentário porque não tutela todo e qualquer crédito tributário, mas exclusivamente créditos fiscais relevantes, pois a incidência do Direito Penal somente estará autorizada quando houver grave afetação ao bem jurídico “crédito tributário”, ou seja, de um lado a ofensa deve ser grave, por meio de dano ou perigo concreto de dano (princípio da ofensividade); de outro, o bem jurídico especificamente tutelado deve ser relevante (princípio da insignificância), *in casu*, considerando-se o *quantum* (valor superior a R\$ 3.600,00) e a capacidade econômica do sujeito passivo (União, estados-membros, municípios e Distrito Federal).

À guisa de exemplificação frisante, convém memorar que da mesma forma que é materialmente atípica a conduta de subtração de um alfinete de outrem, também será materialmente atípica a conduta do embargo à ação fiscal que propicie ou dificulte a apuração de supressão ou redução de tributo devido, quando o respectivo débito

for igual ou inferior ao valor remido ou dispensado pelo Estado, a exemplo plástico do valor de R\$ 3.600,00, segundo espeque no artigo 1º do Decreto nº 1.194/2008.

Assim, o débito fiscal proveniente do cometimento de fato típico formal de crime contra a ordem tributária, seja ele qual for, será materialmente atípico se o valor suprimido ou reduzido, somado a todos os acessórios (multa, juros, correção monetária), não ultrapassar o montante de R\$ 3.600,00, por incidência do princípio da insignificância, corolário do princípio da fragmentariedade e umbilicalmente jungido ao da ofensividade (afetação irrelevante).

Sobredito valor também serve de referência para excluir a tipicidade material dos crimes contra a ordem tributária, formalmente, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, ainda que o sujeito ativo do delito tenha falsificado notas fiscais e livros obrigatórios, isso porque o bem jurídico penal é o crédito tributário, não sendo interesse do Estado – conclusão extraída da própria *mens legis* – alcançar os efeitos retributivo-preventivos da sanção penal, até porque nem mesmo esta é seu desiderato.

É oportuno esclarecer que o valor de R\$ 3.600,00 é um dos menores lindes encontrados na legislação pátria para se aferir a incidência dos princípios da ofensividade, da insignificância e da fragmentariedade. Há outros parâmetros que, por exemplo, permitem chegar ao limite de até R\$ 10.000,00, segundo o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002¹³, alterado pela Lei nº 11.033/2004, conquanto esse linde seja discutível por não extinguir o crédito tributário como fez o artigo 1º da Lei nº 9.469/1997 em relação aos créditos de até R\$ 1.000,00, mas apenas por determinarem a suspensão de sua cobrança, além do que são valores considerados apenas na esfera federal, pois dizem respeito a tributos de competência da União.

13 “Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004).

“§ 2º Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais)” (redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004).

Quadra revelar que o valor de R\$ 3.600,00 apresenta-se como parâmetro consentâneo e razoável para a incidência do princípio da insignificância em relação aos créditos tributários do Estado do Pará.

Importa, ainda, anotar a incongruência do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁴, contrário ao do STF, que, na contramão da razoabilidade, vem lindando o patamar da insignificância ao *quantum debeat* de apenas R\$100,00 na seara penal federal.

Recentemente, o STJ, atendendo ao clamor do STF pela unificação jurisprudencial, vem sofrendo dissidência interna, afastando-se do valor de R\$ 100,00 para admitir, segundo a orientação jurisprudencial do STF, o valor de R\$ 10.000,00 como patamar razoável para o princípio da bagatela¹⁵.

Passando-se o Decreto nº 1.194/2008 pela joeira ou filtragem constitucional, é injuntiva a asserção de que todo e qualquer crédito tributário, ainda que oriundo de outro tributo que não o ICMS, lançado ou devido não apenas até 31/7/2007, mas até hoje, ainda que não remido, será açambarcado pelo princípio da insignificância por se tratar de indiferente penal, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que seriam pisoteados caso se considerasse, para fins penais, por exemplo, relevante a conduta defraudatória de crédito fiscal de apenas R\$ 100,00 devidos a título de Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), porém, bagatelar, em fraude similar, crédito fiscal sonegado de

valor igual a R\$ 3.600,00 por se tratar de ICMS, quando ambos são impostos devidos ao Fisco Estadual, ou, ainda, caso fosse considerado insignificante o valor de R\$ 3.600,00 tangente a débito fiscal de ICMS sonegado mediante fraude até 31/7/2007, devidamente remido pelo Decreto em lume, e, na contramão da razão, fosse considerado relevante para fins penais, a mesma conduta que propiciasse a sonegação de apenas R\$ 100,00, por ter sido perpetrada após 31/7/2007, gerando crédito não remido pelo mesmo Decreto.

Impõe-se, aqui, outra assertiva: embora o Decreto em tela tenha tratado apenas da remissão de créditos inferiores ou iguais a R\$ 3.600,00, lançados até 31/7/2007 e desde que concernentes exclusivamente a ICM/ICMS, em resplandecência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem-se considerar materialmente atípicas as sonegações fraudatórias cometidas até a data de hoje, estendendo-se o conceito de indiferente penal para todos os créditos fiscais de até R\$ 3.600,00, independentemente do tributo especificamente sonegado.

O Decreto nº 1.194/2008 também deve ser analisado à luz dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Aquele considera a objetividade jurídica genérica (ex.: o patrimônio ou o crédito tributário considerados genericamente); este, a objetividade jurídica específica (ex.: qualquer bem jurídico específico que componha o patrimônio de outrem, como carro, relógio, etc., ou o *quantum debeat* concernente ao crédito do Fisco).

O princípio da subsidiariedade impõe a incidência do Direito Penal somente nos casos em que os demais ramos do Direito forem insuficientes para a tutela do bem jurídico genericamente considerado (crédito tributário).

Esse princípio tem por requisito a precedência da tutela do mesmo bem jurídico por outros ramos do Direito, pois se o Direito Penal é subsidiário em atenção ao princípio da *ultima ratio*, ele jamais poderá incidir com a força de sua tutela altamente interventora se nenhum outro ramo do Direito fizer questão de tutelar o bem em apreço.

Ora, da feita que o Decreto nº 1.194/2008 abriu mão da tutela processual civil, bem como da administrativa e da fiscal relativamente aos créditos tributários de até R\$3.600,00, concedendo remissão ao infrator, impõe-se afirmar que créditos tributários até referida alçada tiveram

¹⁴ HC 38.965-RS (2004/0147833-2) e HC 34.827/RS (BRASIL.Superior Tribunal de Justiça).

¹⁵ "Terceira Seção. REPETITIVO. DESCAMINHO. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. A Seção, ao julgar o recurso repetitivo (art. 543-C do CPC e Res. nº 8/2008-STJ), entendeu que, em atenção à jurisprudência predominante no STF, deve-se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), adotando-se o disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. O Min. Relator entendeu ser aplicável o valor de até R\$ 100,00 para a invocação da insignificância, como excludente de tipicidade penal, pois somente nesta hipótese haveria extinção do crédito e, conseqüentemente, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária (art. 18, § 1º, da referida lei), mas ressaltou seu posicionamento e curvou-se a orientação do Pretório Excelso no intuito de conferir efetividade aos fins propostos pela Lei nº 11.672/2008. REsp 1.112.748-TO, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 9/9/2009" (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA, 2009, n. 406).

sua tutela abandonada pelos demais ramos do Direito, desde que lançados até 31/7/2007. Logo, se o Direito Penal é subsidiário, não havendo nenhum outro ramo do Direito a tutelar o crédito em tela, não há como se admitir, racionalmente, a incidência de tutela penal solitária, pois ela é defesa pelo princípio da subsidiariedade.

Quando a própria legislação extrapenal declara estar remido o débito fiscal, abortando a execução de débitos tributários de até R\$ 3.600,00, autorizando a desistência das ações judiciais propostas e dos recursos interpostos, não há que se falar em crime contra a ordem tributária, por terem os demais ramos do Direito aberto mão da respectiva tutela, dispensando-o por sua irrelevância.

A cogência do princípio da subsidiariedade impõe que nenhuma será a consequência penal da sonegação tributária, em qualquer caso e situação, ainda que ela seja precedida dos crimes-meio de falsidade ideológica ou material, de estelionato ou de apropriação indébita, se referida sonegação não ultrapassar, somados o tributo e os acessórios, o valor de R\$ 3.600,00, sendo, *in casu*, considerada indiferente penal ou fato materialmente atípico.

Resta, agora, à luz do princípio da fragmentariedade, tratar dos créditos tributários de até R\$ 3.600,00 não remidos pelo Decreto nº 1.194/2008, por serem oriundos de sonegações defraudatórias posteriores a 31/7/2007 ou mesmo anteriores, mas concernentes a outros tributos estaduais que não o ICM/ICMS, igualmente, por ele não remidos.

O princípio da fragmentariedade está jungido aos princípios da ofensividade e da insignificância acima tratados no requisito da afetação grave de bem jurídico específico, considerando-se, *in casu*, o *quantum debeat* específico decorrente da sonegação fiscal e a capacidade econômica do sujeito passivo material (Estado do Pará) para se aferir a gravidade da afetação do bem jurídico-penal.

O fato de o Direito Penal tutelar, genericamente, dado bem jurídico (ex.: patrimônio, crédito tributário, honra) não significa que esse ramo do Direito deverá incidir sempre que um bem específico for afetado, pois haverá necessidade também de a ofensa a ele ser grave. Por isso, a subtração de um alfinete e a sonegação de

qualquer débito tributário de até R\$ 3.600,00 não são consideradas condutas criminosas, ainda que formalmente sejam típicas.

A pena administrativa para a infração tributária correlata ao crime de embargo à ação fiscal, já se disse acima, é de 600 a 10.000 UPFPAs. O valor correspondente a 600 UPFPAs está longe de ultrapassar a quantia de R\$ 3.600,00¹⁶.

Considerando-se a incidência dos princípios da insignificância e da ofensividade, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois estes autorizam o rompimento com o marco temporal do Decreto nº 1.194/2008 para alcançar qualquer crédito tributário lançado antes ou depois de 31/7/2008, pode-se concluir que se nupercitado valor é irrelevante, portanto, insignificante para ser levado à “cobrança”/execução processual pelo Estado, *a fortiori*, será bagatela para o Direito Penal, sendo a sonegação correlata mero indiferente penal.

A incidência do princípio da insignificância impõe a conclusão lógica de que, ainda que o fato seja formalmente típico (descrição abstrata da lei), materialmente não resultará configurado, por inexistência de bem jurídico relevante a ser tutelado pelo Direito Penal, bem como por falta de grave afetação desse bem jurídico considerado em sua especificidade (*quantum* sonegado por defraudação ou apropriação indébita).

Urge parafrasear o brocardo latino de que “do nada, nada surge” (*ex nihilo, nihil*) (RODRIGUES, 1994, p.92) para a assertiva de que do crédito bagatela não surge nenhum delito, concluindo-se por meio de outra máxima latina com a afirmação de que não há tutela penal de coisas mínimas, pois *minima non curat praetor*.

Cumpra anotar que o Estado foi tão arrojado que, além da remissão e consequente dispensa da execução fiscal pela não-propositura de ações e pela não-interposição de recursos, também determinou que fossem requeridas as extinções das ações em curso e a desistência dos respectivos recursos judiciais já interpostos, para a “cobrança”/execução de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 3.600,00.

¹⁶ O valor atualizado em 2009 de uma UPFPA é de R\$ 1,9608.

Em suma, nesses casos, não se justifica a *persecutio criminis*, pois, segundo as diretrizes constitucionais do Direito Penal moderno, não poderia o Estado Social Democrático de Direito agir por meio desse ramo do Direito – diga-se: extremamente interventor – para a responsabilização penal de condutas, ainda que formalmente típicas, quando atentatórias a créditos tributários, expressa e legalmente, relegados ao patamar da dispensabilidade ou da remissão, por estar o Direito Penal acolitado no princípio da *ultima ratio*.

Nessa alheta, pontifica o colendo STJ:

Processo RESP 246602/PR, RECURSO ESPECIAL 2000/0007622-8.

Relator Ministro GILSON DIPP (1111).

Data da Publicação/Fonte DJ 29.10.2001, p. 238.

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não é ilegal a decisão que concede *habeas corpus* de ofício para trancar a ação penal em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) – valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância. Recurso conhecido e desprovido.

Direito de não se autoincriminar

O artigo 5º, inciso LXIII, da CF/1988, incorpora o princípio esculpido no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não se autoincriminar, que é, giza-se, de magnitude constitucional.

Portanto, se o contribuinte ou o seu representante não apresentar os livros e documentos fiscais para impedir o Fisco de desvendar as possíveis escroqueries por ele perpetradas, é força asseverar que, nessa situação, não estaria obrigado à conduta de fazer imposta pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.137/1990, pois, do contrário, estaria se autoincriminando.

Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio Delmanto (2006, p. 209-210) prelecionam o seguinte:

Direito de não se auto-incriminar (*nemo tenetur se detegere*): Caso o atendimento da exigência feita acarrete a auto-incriminação ou

a produção de provas contra si mesmo (no âmbito extrapenal, inclusive), o não-atendimento à determinação da autoridade competente (para emitir a ordem) não caracteriza o crime deste parágrafo único, já que, em decorrência do postulado *nemo tenetur se detegere*, todos têm o direito ao silêncio e de não fornecer prova contra si mesmo (CR, art. 5º, LXIII).

No mesmo diapasão retumba a doutrina de Grinover (1976, v. 3, n. 1): “O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar ou até mentir”, fazendo coro com a lição de Ives Gandra Martins (2002, p. 44), quando leciona que o contribuinte tem o direito de não colaborar com o agente fiscal se as informações e os documentos requisitados forem incriminadores.

Compete revelar que o STF tem concedido liminares em alguns *habeas corpi*, a exemplo do *habeas corpus* 88.703/MT, para que os pacientes, na condição de testemunhas chamadas a depor em CPIs, tenham o direito de ficar calados, sem o risco de responsabilidade penal por crime de falso testemunho, quando alguma pergunta lhes impuser o risco de autoincriminação, ressaltando-se o dever de prestar as informações solicitadas na inquirição sempre que não houver risco de ofensa ao direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo.

Portanto, se os livros e documentos fiscais requisitados pelo órgão fazendário, de alguma forma, puderem incriminar o representante do contribuinte, ele estará, ao menos pelo Direito Penal, autorizado a se recusar ao cumprimento da obrigação acessória de apresentação da documentação núpica, ainda que seja autuado administrativamente pelo Fisco em razão dessa desobediência, em respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Questão controversa quanto à incidência do princípio da insignificância

Apesar do escoreito entendimento de que há, em tese, crime de embargo por desobediência à notificação fiscal, quando dela o contribuinte tenha tomado ciência inequívoca e no prazo determinado não a observe, discutiu-se, no âmbito da Promotoria de Justiça de Crimes contra a ordem Tributária da Comarca de Belém, se o princípio da insignificância, tendo por patamar o *quantum* de R\$ 3.600,00, deveria ou não ser considerado no que diz respeito a esse delito.

O posicionamento adversário anterior concluía, equivo-cadamente, que a essa conduta não se aplicaria nupercitado princípio, uma vez que o objeto jurídico do crime de desobediência não seria o crédito tributário em si, consoante se verificava nos demais incisos do art. 1º, e sim o respeito à ordem proveniente da Fazenda Pública.

Ousa-se, todavia, por convicção jurídica contrária, sem desairar o quilate intelectual dos corifeus da tese adversa, discordar do entendimento da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de embargo, apontando-se dois equívocos quanto a esse entendimento já vencido na Promotoria de Justiça em lume:

a) O Decreto Estadual nº 1.194/2008, em seu artigo 1º, dispensa a cobrança de “créditos” de valor igual ou inferior a R\$ 3.600,00, relativamente a ICM e ICMS devidos a esse título, sendo pacífico o entendimento de que o acessório (multa) segue a sorte do principal¹⁷;

b) O artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 determina a extinção da punibilidade, em qualquer fase processual, quando o valor do crédito tributário, principal ou acessório, for pago pelo infrator em relação a todos os crimes descritos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990. Entre eles, encontra-se tipificado o crime de “embargo” (parágrafo único do artigo 1º), visto que o supracitado artigo 9º, § 2º, não o excetua expressamente, sendo regra de hermenêutica que “não cabe ao intérprete da lei fazer distinção quando o legislador não a houver procedido”, ainda mais em se tratando de interpretação *in pejus* de norma penal não incriminadora, que só admitem interpretação extensiva para beneficiar o infrator (*in melius*).

Portanto, embora o crime de desobediência à notificação fiscal, epitetado de embargo, não devesse ser crime material, tal qual seu correlato genérico tipificado no artigo 330 do CP, na realidade ele se tornou material por força do *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990, e mais do que isso, também foi tipificado como delito condicionado ao resultado.

Destarte, cumpre arrematar, neste tópico, que ao Estado interessou mais tutelar o crédito tributário

a ele correspondente do que garantir o respeito às determinações, ordens e notificações fazendárias, tanto que o artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, sem nenhuma ressalva a esse delito, determina, expressamente, que seja reconhecida a extinção da punibilidade quanto a qualquer crime descrito nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, diante do respectivo pagamento.

Ora, se o pagamento da multa administrativa, a ser fixada entre 600 e 10.000 UPFPAs, decorrente do embargo (ou desobediência) extingue a punibilidade penal do infrator, e se o Decreto Estadual nº 1.194/2008, em seu artigo 1º, dispensa a cobrança de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 3.600,00, é perfeitamente aplicável à espécie o princípio da insignificância até esse patamar, pois ninguém está obrigado a pagar aquilo que não se impõe cobrar. É o que determinam não apenas as regras principiológicas pilares da hermenêutica jurídico-penal, como a própria equidade, a lógica e o bom senso, que também informam a exegese consecutiva da maior e melhor justiça a ser aplicada a cada caso concreto, sendo imperioso invocar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como os da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade e da insignificância, pondo-se, assim, cobro à discussão.

Quanto a esse tópico, arremata-se pela necessidade de se considerar “crime bagatela”¹⁸ a supressão ou redução de crédito tributário e, *a fortiori*, de crédito acessório (multa) quando o débito não ultrapassar o teto de R\$ 3.600,00, pois, se o Direito Penal é a *ultima ratio*, não pode ser invocado para a tutela de bem desprezado por norma extrapenal (Decreto Estadual nº 1.194/2008), *i.e.*, abandonado pelos demais ramos do Direito, sob pena de pisotear o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, corolário do princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*.

Consumação dos crimes contra a ordem tributária

Segundo orientação jurisprudencial do STF, todos os

¹⁷ Sobre essa e outras regras de hermenêutica consultar Maximiliano (1994).

¹⁸ Expressão polêmica no seio doutrinário e jurisprudencial, sendo, aqui, empregada como indiferente penal, e não com o sentido de infração de menor potencial ofensivo.

crimes fiscais descritos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, por serem materiais e condicionados ao resultado só se consumam com a conclusão do processo administrativo de lançamento do débito fiscal, o que não se confunde com o registro de débito fiscal em dívida ativa, ato ulterior à consumação delitiva.

Conquanto, neste particular, não se concorde com o STF, pois o lançamento definitivo do crédito tributário, para se aferir o *quantum debeatur*, é apenas condição objetiva de punibilidade não sendo o verdadeiro marco do momento consumativo, pois se entende que o crime contra a ordem tributária se consuma com a simples conduta danosa ao Fisco, o que importa mesmo é a assertiva convergente de que sem lançamento definitivo a *persecutio criminis in iudicio* é terminantemente defesa ao *Parquet*.

Portanto, mesmo que o infrator embargue a atividade fiscalizadora da Fazenda Pública ou, em casos mais graves, seja flagrado confeccionando, emitindo ou utilizando notas fiscais, documentos e livros falsificados ou inexatos, não poderá ser preso em flagrante delito nem preventivamente, tampouco será indiciado enquanto não se esgotarem todos os recursos previstos administrativamente para sua defesa. Nesse diapasão tem decidido o STF¹⁹ e o STJ²⁰.

Conclusão

O Direito Penal moderno, dado o princípio da *ultima ratio* decorrente das concepções de constituição material e de Estado Social Democrático de Direito, impõe que o Direito Penal seja mínimo ou minimizado, por ser esse ramo do Direito a maior expressão do poder intervencionista estatal atuando contra os direitos fundamentais, máxime

no tangente à liberdade deambulatória e à dignidade da pessoa humana. Procura-se, dessarte, garantir como arquétipo do constitucionalismo, na equação prelecionada por Ferrajoli²¹, a maximização das liberdades (dos demais direitos fundamentais) com a minimização, equilibrada e razoável, do poder intervencionista estatal.

Nesse norte, o Ministério Público só poderá processar criminalmente o agente da infração de embargo à ação fiscal, isso se ultrapassada a questão da inconstitucionalidade desse tipo penal, o que se afigura improvável em face do princípio *Nemo tenetur se detegere* consagrado pelo artigo 5º, inciso LXIII, da CF/1988, se presentes os requisitos a seguir enumerados:

a) A ordem deverá ter sido expedida por autoridade competente, estampando na notificação fiscal o decêndio legal para a apresentação da documentação requisitada;

b) A ordem deverá ser inequívoca e direta, dirigida pessoalmente ao representante legal do contribuinte infrator e somente por ele recebida, não se estendendo a responsabilidade penal a nenhum outro representante do contribuinte infrator, que não tenha sido pessoalmente notificado, devendo-se especificar os documentos a ser apresentados pelo contribuinte;

c) Além da inflição de multa por desobediência à obrigação acessória, deverá ser demonstrado que o embargo acobertou a supressão ou redução de crédito tributário, pois as elementares do parágrafo único do art. 1º estão adidas às do *caput*, devendo o somatório do tributo apurado com os acessórios ser superior ao valor de R\$ 3.600,00;

d) A discussão acerca da existência da infração e do respectivo débito deverá ser encerrada na esfera administrativa antes da propositura da ação penal.

Os membros do Ministério Público e do Judiciário, considerando-se a natureza pública da ação penal por crimes contra a ordem tributária, que doravante nessa alheta atuarem, estarão resplandecendo o multissecular movimento constitucionalista pela edificação de uma sociedade mais livre e justa, maximizando a liberdade

¹⁹ O Ministro Gilmar Mendes, relator do *habeas corpus* impetrado em favor de J.F.B., em julgamento datado de 16/8/2005, publicado no DJ em 22/8/2005, p. 00023, determinou o trancamento do inquérito policial 2220-PA que apurava crime, em tese, perpetrado contra a ordem tributária, arrimado na assertiva de que o débito fiscal se encontrava em discussão recursal na esfera administrativa, portanto, sem conclusão definitiva do processo administrativo de lançamento. Referida decisão foi justificada em precedentes do STF: HC 83.414 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23/4/2004); HC 84.092 (Rel. Min. Celso Mello, DJ 03/12/2004); HC 81611-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/5/2005).

²⁰ O Ministro Humberto Gomes de Barros, relator da ação penal nº 449 - AM (2006/0036084-1), tratando de crime contra a ordem tributária, na mesma alheta do STF, embora sob fundamentação diversa e mais técnica, decidiu que o lançamento definitivo do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, e não momento consumativo desse delito.

²¹ Sobre constitucionalismo consultar Ferrajoli (2000).

deambulatorial e a dignidade da pessoa humana com a minimização do poder intervencionista estatal, máxime quando desnecessário e ofensivo a vários princípios constitucionais e postulados de política criminal, rasgando o encardido uniforme comum à maioria dos meros operadores do Direito, para vestir a toga ourivesada dos verdadeiros construtores do Direito, promovendo a humanização do Direito Penal e repudiando a intervenção estatal desnecessária que:

- a) ao invés de libertar, sufoca e prende;
- b) ao invés de incluir, exclui e marginaliza;
- c) ao invés de fazer justiça, promove a injustiça;
- d) ao invés de conceder cidadania plena, estorva a cidadania mínima;
- e) ao invés de ressocializar e reeducar, corrompe e degrada;
- f) ao invés de economizar, gasta mais do que arrecada;
- g) ao invés de edificar o Estado Social Democrático de Direito, constrói um Estado interventor, repressor e antissocial;
- h) ao invés de avigorar e animar a cidadania plena, não permite ao homem ser mais do que um reles “cidadão de papel”²².

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: < www.stj.gov.br >.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas. 1992.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Cidadão de papel*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2004a. 316 p. (Manuais para concursos e graduação ; v. 1).

_____. *Direito penal: parte geral – teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: RT, 2004b, v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 15-31, 1976.

INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA STJ. Brasília, n. 406, 07 a 11 set. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: RT; Centro de Extensão Universitária, 2002. 460 p. (Pequisas tributárias. Nova série ; n. 1)

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 426 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. 1052 p.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Dicionário de brocardos jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Ateniense, 1994. 340 p.

²² Expressão utilizada por Dimenstein (2005).



Luís Roberto Barroso

**A americanização do direito constitucional e seus paradoxos:
teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**

Resumo

O presente estudo analisa as transformações do constitucionalismo na tradição romano germânica e a influência exercida pelo modelo constitucional americano. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, tendo como momentos emblemáticos a decisão em *Marbury v. Madison* e o período da Corte Warren, deu destaque ao Poder Judiciário e estimulou uma posição mais ativista em favor dos direitos fundamentais. Paradoxalmente, o modelo exportado para o mundo vem sendo crescentemente contestado no plano doméstico, onde uma virada conservadora prega a autocontenção e a interpretação mais estrita da Constituição. Nos países de democratização tardia, no entanto, marcados pela hegemonia do Executivo e por *déficits* de representatividade do Legislativo, uma jurisdição constitucional atuante e uma Suprema Corte fortalecida são elementos relevantes para preservar o Estado de direito e promover avanços democráticos.

Palavras-chave

Direito constitucional. Constitucionalismo. EUA. Europa. Pós-positivismo. Jurisdição constitucional. Constitucionalização do direito.

Abstract

The current study examines the transformations undergone by the constitutionalism in Roman- Germanic tradition and the influence exerted by the American constitutional model. The constitutional jurisdiction in the United States, which had emblematic moments such as the decision in the landmark case of *Marbury v. Madison* and the Warren Court's period, gave the Judiciary Power an outstanding reputation, thus stimulating a more activist position in favour of the fundamental rights. Paradoxally, the model exported to the world has been progressively contested in the domestic sphere, where a conservative turnaround advocates the enforcement of Courts self-constraint, and a more strict interpretation of the Constitution. In countries of late democracy, however, where the hegemony of the Executive is obvious and Legislative Power lacks representativeness, an active constitutional jurisdiction and na empowered Supreme Court are relevant elements towards the preservation of the Rule of Law and promotion of democratic progress.

Key words

Constitutional Law. Constitutionalism. US. Europe. Post-positivism. Constitutional jurisdiction. Constitutionalization of law.

A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo

Americanization of constitutional law and its self-contradictions: theory and constitutional jurisprudence in the contemporaneous world

Luís Roberto Barroso*

Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor e Livre-docente pela UERJ. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.

Introdução

O modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: 1) supremacia da Constituição, 2) controle de constitucionalidade, 3) supremacia judicial e 4) ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características remontam à mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Este foi o marco inicial do reconhecimento da Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento. O quarto aspecto usualmente ligado ao direito constitucional americano – o ativismo judicial – refere-se a um lapso de tempo relativamente reduzido de sua história: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência de Earl Warren na Suprema Corte (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986). Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos.

O paradoxo apontado no título deste trabalho pode ser assim descrito. O modelo constitucional americano, nos últimos cinquenta anos, irradiou-se pelo mundo e tornou-se vitorioso em países da Europa, da América Latina, da Ásia e da África. Nada obstante, no plano doméstico, nunca foi tão intensamente questionado. Os ataques vêm da direita, com sua agenda conservadora, que defende – mas nem sempre pratica – a autocontenção judicial; e da esquerda, com sua crítica à supremacia judicial e sua defesa do constitucionalismo popular. O estudo que se segue procura analisar esses dois processos históricos e jurídicos.

O constitucionalismo democrático e a tradição americana e europeia continental

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que combina Estado de direito e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância. O modelo vencedor, portanto, situa a Constituição no centro do sistema político e acena com

as promessas de legitimidade, justiça e segurança jurídica. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a vivência concreta no mundo real. O curso do processo civilizatório é mais lento que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante que a velocidade.

O século XX foi cenário de uma proposta alternativa, que empolgou corações e mentes pelo mundo afora: o socialismo científico, fundado nas teses do Manifesto Comunista, de 1848, e na densa produção teórica de Marx e Engels. A Re-volução Russa foi o marco histórico da proposta política alternativa à democracia liberal, que se espalhou por um terço da humanidade. De Lenin a Mao, o projeto de implantação de uma sociedade socialista depositava seus valores e sua fé não na Constituição, mas no *Partido*, peça essencial e insubstituível no funcionamento das instituições políticas, econômicas e sociais dos países que adotaram esse modelo (ACKERMAN, 1997). Generosa e sedutora para o espírito humano, a ideia socialista não venceu o teste da realidade. Ao menos não nessa quadra da história da humanidade. A verdadeira *revolução* não veio e a energia que a inspirava dissipou-se em autoritarismo, burocracia e pobreza.

Na outra margem da história, três Revoluções – estas, sim, inequivocamente vitoriosas – abriram caminho para o Estado liberal e para o constitucionalismo moderno: a Inglesa (1688)¹, a Americana (1776)² e a Francesa (1789)³. Em-

bora tenham sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bastante distintos. De fato, a Constituição americana teve suas origens no contratualismo liberal de Locke – um pacto social de paz e liberdade entre os homens⁴ – e na ideia de um direito superior, fundado no direito natural⁵. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Em *Marbury v. Madison*, a *judicial review* foi aceita com relativa naturalidade e reduzida resistência⁶.

Na França e, na sequência histórica, nos demais países da Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política, e sua interpretação era obra do Parlamento, não de juízes e tribunais. Na Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1791, o tema central do debate político foi o da titularidade do poder constituinte. Contrapunha-se a ideia revolucionária da soberania nacional à visão absolutista da soberania do Monarca (STERN, 1987, p. 311 et seq.). Embora tenha adotado a fórmula liberal da separação dos Poderes e da garantia dos direitos individuais, o modelo europeu articulou-se em torno da centralidade da lei – e não propriamente da Constituição, como já assinalado – e da supremacia do Parlamento, cujos atos

¹ Na Inglaterra, quando William III e Mary II ascendem ao trono, após a afirmação do Parlamento e da limitação de poderes pelo *Bill of Rights*, já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o Ocidente pelos séculos afora. Tão sólidas que puderam prescindir de uma Constituição escrita.

² Coube aos Estados Unidos, um século depois, a primazia da primeira Constituição escrita e solenemente ratificada. Com um texto sintético de sete artigos, aos quais se somaram as dez emendas conhecidas como *Bill of Rights*, aprovadas em 1791, foi ela o ponto de partida de uma longa trajetória de sucesso institucional, fundada na separação efetiva dos Poderes e em um modelo triplamente original: republicano, federativo e presidencialista.

³ Paradoxalmente, foi a Revolução Francesa, com sua violência, circularidade e aparente fracasso, que desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII, tornando-se o marco de uma nova era. Foi ela, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, divulgou a nova ideologia, baseada na separação de Poderes e nos direitos individuais. Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição Francesa. Primeira de uma longa série. (ARENDRT, 1987, p. 43 et seq.).

⁴ “Sendo os homens, como já foi dito, por natureza, livres, iguais e independentes, ninguém pode ser retirado desse estado e colocado sob o poder político de outro sem o seu consentimento. A única maneira pela qual alguém pode ser privado de sua liberdade natural e submetido aos laços de uma sociedade civil é entrando em acordo com outros homens para se juntarem e unirem em uma comunidade para que possam viver entre si de maneira confortável, segura e pacífica, desfrutando de suas propriedades e de maior segurança em face dos que a ela não tenham aderido” (LOCKE, 1980, p. 52, cap. 8).

⁵ Ver Edward S. Corwin (1978, p. 221). Existe uma edição em português – *A Constituição norte-americana e seu significado atual* (1986) – de onde se colhe: A fonte inicial do controle de constitucionalidade, no entanto, é muito mais antiga que a Constituição e do que qualquer de Estados americanos. Ela pode ser encontrada no *common law*, onde se colhem princípios que foram desde cedo considerados ‘fundamentais’ e que compreendem uma ‘lei ou Direito superior’ (*higher law*) que nem mesmo o Parlamento poderia alterar. ‘E parece’, escreveu o *Chief Justice Coke*, em 1610, em seu famoso *dictum* no caso Bonham, ‘que quando um ato do Parlamento é contra o direito e a razão comuns, o *common law* irá submetê-lo a controle e irá julgá-lo nulo’. É interessante observar que este modelo seria adotado nos Estados Unidos, mas não prevaleceria no Reino Unido, onde se implantou a supremacia do Parlamento.

⁶ Sem prejuízo do debate permanente acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, que alimenta a teoria constitucional americana.

não eram passíveis de controle pelo Poder Judiciário. É o que alguns autores identificam como o “Estado legislativo de direito” (FERRAJOLI, 2003, p. 14 et seq.).

Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados. No centro desse processo de mudanças políticas, conceituais e paradigmáticas situa-se a Constituição. O modelo é conhecido, no mundo romano-germânico, como “Estado constitucional de direito”. Essa nova ordem constitucional, identificada como “paradigma do pós-guerra” (WEINRIB, 2006, p. 84) ou como “*novo constitucionalismo*”, irradiou-se pelo mundo de uma maneira geral. Na virada do século XX para o século XXI, algumas de suas características essenciais podiam ser encontradas na Europa, na América Latina e na África, unindo países distantes geográfica e culturalmente, como Brasil, Hungria, Espanha e África do Sul, para citar quatro exemplos de visibilidade mundial. No capítulo seguinte, procura-se reconstituir o itinerário histórico, filosófico e teórico que resultou nesse novo paradigma constitucional.

O novo constitucionalismo: o paradigma do pós-guerra no mundo romano-germânico

A formação do Estado constitucional democrático

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e aprofunda-se no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos. Juízes e tribunais passam a deter ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas

jurídicas à luz da Constituição (FERRAJOLI, 2003; ZAGREBELSKI, 2005). Nesse ambiente é que se verificaram as múltiplas transformações que serão aqui relatadas.

A primeira referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã⁷), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. A partir daí teve início fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica e normativa do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Ao longo dos anos 70, uma nova onda de redemocratização e reconstitucionalização reforçou a adesão ao novo modelo, incluindo Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978).

Na América Latina, a década de 80 assistiu ao fim dos regimes militares, que se impuseram ao longo dos anos 60 e 70, como subproduto da guerra fria. No Brasil, a Constituição de 1988 propiciou a implantação de um regime democrático estável, já testado em sucessivas eleições, inclusive com a alternância de partidos políticos no poder. Na Europa central e oriental, a onda de redemocratização e reconstitucionalização seguiu-se à queda do Muro de Berlim, ocorrida em outubro de 1989. Na África do Sul, a transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997. Como se advertiu logo no início do presente ensaio, o fato de ter se imposto como ideologia vitoriosa não assegura ao constitucionalismo democrático vigência plena e sem sobressaltos. Justamente ao contrário, marcados por experiências autoritárias e pela falta de tradição constitucionalista, países diversos, na América Latina, na antiga União Soviética ou na Europa Oriental, têm passado por desvios, avanços e retrocessos. O amadurecimento político e institucional é um processo histórico e não um fato datado.

⁷ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

O surgimento de uma cultura pós-positivista

O ambiente filosófico em que floresceu o novo direito constitucional pode ser referido como pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem visões contrapostas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostas, mas por vezes singularmente complementares. As demandas da sociedade e do espírito humano por segurança e objetividade, de um lado, e por legitimidade e justiça, de outro, levaram à superação dos modelos puros e abrangentes, produzindo um conjunto amplo e difuso de ideias, ainda em fase de sistematização⁸.

O pós-positivismo apresenta-se, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia⁹.

⁸ Para o debate filosófico contemporâneo, vejam-se alguns nomes emblemáticos, tanto no mundo anglo-saxão como romano-germânico: John Rawls (1980); Ronald Dworkin (1977); Robert Alexy (1997) Luigi Ferrajoli (1989); Carlos Santiago Nino (1989); Paulo Bonavides (1982). Vejam-se, também: Gustavo Zagrebelsky (2005); Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta (2000); Luís Roberto Barroso (2001). A propósito do sentido do termo, ver a pertinente observação de Albert Calsamiglia (1998, v.1, n. 21, p.209): “*En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política*”.

⁹ Sobre a formatação teórica do pós-positivismo, ver Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia (2006, p. 650-51): “Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral”. Para estes autores, cinco aspectos podem ser destacados no quadro teórico pós-positivista: a) o deslocamento de agenda (que passa a incluir temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica); b) a importância dos casos difíceis; c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade/proporcionalidade e o da solidariedade.

Aspectos do direito constitucional contemporâneo

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX, no mundo romano-germânico, foi a atribuição de normatividade aos preceitos constitucionais. Superava-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas normas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador público. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização da Constituição. Com a recons-titucionalização que sobreviveu à 2ª Guerra Mundial, esse quadro começou a se

alterar. Inicialmente na Alemanha¹⁰ e, com maior retardo, na Itália¹¹. E, bem mais à frente, em Portugal (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 43 et seq.) e na Espanha¹². Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculante e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou à América Latina, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis¹³. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padeciam os países do continente de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. No Brasil, foi a partir da reconstitucionalização, em 1988, que ganhou densidade a doutrina e a jurisprudência que afirmavam a efetividade das normas constitucionais, permitindo o surgimento, finalmente, de uma “Constituição pra valer” (BARROSO, 1986).

A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa da soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo,

inspirado na experiência americana: o da supremacia constitucional¹⁴. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário. Sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais¹⁵. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, tribunais constitucionais foram criados em toda a Europa continental¹⁶. Atualmente, além do Reino Unido, somente Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão da supremacia parlamentar, nada obstante que mesmo nesses países já se observem matizações.

Na América Latina, a maior parte dos países adota o modelo de controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos¹⁷. No Brasil, segue-se fórmula eclética, que combina o sistema americano com o europeu. Na linha do sistema americano, todos os juízes e tribunais podem negar aplicação às leis que considerem inconstitucionais. É o modelo identificado como incidental e difuso. Por outro lado, na linha do sistema europeu, o Supremo Tribunal

14 “The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. [...] These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)”. (GARDBAUM, 2001, v.49, p.714). Nesse texto, Gardbaum, professor da Universidade da Califórnia, estuda, precisamente, três experiências que, de acordo com sua análise, ficaram de fora da onda do *judicial review*: Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá.

15 Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Partindo de uma perspectiva doutrinária diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, concebeu ele o controle como uma função constitucional (de natureza legislativa-negativa) e não propriamente como uma atividade judicial. Para tanto, previu a criação de um órgão específico – o Tribunal Constitucional – encarregado de exercê-lo de maneira concentrada. Ver Luís Roberto Barroso (2004, p. 18)

16 A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Sobre o tema, ver Jorge Miranda (1996, t. 2, p. 383 et seq.); Gustavo Binenbojm (2004, p. 39-40); Stephen Gardbaum (2001, v. 49, p. 715-16); e Luís Roberto Barroso (2004, p. 43).

17 Para uma análise da jurisdição constitucional em diferentes países da América Latina, ver *Duquesne Law Review*, com os trabalhos apresentados no Simpósio *Judicial review in the Americas...and beyond* (2007, v. 45, n.3).

10 Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse (1983). O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959.

11 Na Itália, em um primeiro momento, a jurisprudência negou caráter preceptivo às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, considerando-as insuscetíveis de aplicação sem a interposição do legislador. Sobre o tema, ver Thierry Di Manno (2005a). Ver também, Vezio Crisafulli (1952).

12 Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría (1991, 2003).

13 Ver Luís Roberto Barroso (1987, 1990). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais* (1968).

Federal pode aferir a validade da lei em tese. É o denominado controle principal (por ação direta) e concentrado. A Constituição de 1988 deu significativo impulso ao controle por via de ação direta, ao ampliar o elenco de órgãos e pessoas que podem suscitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não de uma lei em tese¹⁸.

Os novos desenvolvimentos da interpretação constitucional

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Foram afetadas as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da *norma*, suas possibilidades e limites, e quanto ao papel do *intérprete*, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação jurídica, como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Nesse ambiente foi concebido e refinado o princípio da *razoabilidade* ou *proporcionalidade*, produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos, respectivamente: 1) da doutrina do devido processo legal substancial do direito constitucional norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; 2) do princípio do estado de direito no âmbito do direito público alemão. Sem embargo da origem diversa, a esses princípios são subjacentes os mesmos valores: racionalidade, justiça, medida adequada, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. O princípio da razoabilidade/proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a)

não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito fundamental (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha¹⁹.

A constitucionalização do direito ou a leitura da ordem jurídica à luz da constituição

Desse conjunto de fenômenos resultaram duas consequências importantes, que têm pautado a doutrina e a jurisprudência mais recentes: a constitucionalização do Direito e a consequente judicialização das relações sociais. A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito²⁰. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se está cuidando.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se ir-

¹⁹ Ver, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, *BVerfGE*, 30, 292 (316). Na doutrina alemã, ver por todos, Robert Alexy (1997, p. 111 et seq.). No direito francês, ver Xavier Philippe (1990). No direito italiano, Gino Scaccia (2000). Em língua inglesa, ver David M. Beatty (2004, p. 159 et seq.).

²⁰ Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Sobre o tema, ver Pierre Bon (2005, p. 95): "Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições" (tradução livre, texto ligeiramente editado).

¹⁸ Nos termos do art. 103 da Constituição, podem propor ações diretas constitucionais, dentre outros, o Presidente da República, os Governadores de Estado, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

radia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²¹. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais.

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth²², julgado em 15 de janeiro de 1958²³.

21 Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em certas línguas, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. Ver Louis Favoreu (1998, p. 191), notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004. “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. E, também, Ricardo Guastini (2003, p. 49): “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

22 Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

23 *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em (ALEMANHA, 2003, p.132-37): “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de ideias” (CORNELOUP, 2005, p. 85), especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação²⁴. De parte isso, foram proferidas decisões importantes em temas como uniões homoafetivas²⁵ e direito dos contratos²⁶.

de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. [...] A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”. Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 220-2), onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfuer” e “Wallraff”; Daniel Sarmento (2004, p. 141 et seq.); Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 416 et seq.) e Wilson Steinmetz (2004, p. 105 et seq.).

24 Sabine Corneloup (2005, p. 87-8), com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na sequência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

25 Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass (GERMANY, 2005).

26 Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral *BverfGE* t. 89, p. 214, apud Sabine Corneloup (2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, (GERMANY, 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, (GERMANY, 2005).

Na Itália, o processo de constitucionalização do Direito iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que, embora a Constituição tenha entrado em vigor em 1948, a Corte Constitucional só veio a ser instalada em 1956. A partir de então, as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da leitura constitucional do direito infraconstitucional manifestou-se em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas ordinárias em vigor²⁷.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor (FAVOREU, 2005; LUCHAIRE, 1997, v.3; BELL, 1992). De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971²⁸. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de

outubro de 1974, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional²⁹. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição (FAVOREU, 1998, p. 190-192). Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação³⁰.

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988), a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplice: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos. Associado à constitucionalização do Direito, verificou-se um

27 De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus. Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério, uso do nome do marido e direitos sucessórios de filhos ilegítimos, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito do trabalho e no direito de família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime da adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada "descodificação" do direito civil. Ver Natalino Irti (1989); Thierry Di Manno (2005b, p. 103 et seq.); Pietro Perlingieri (1997, p. 5); Ricardo Guastini (2003, p. 63-7).

28 Objetivamente, a decisão 71-44 DC, de 16.07.71 (FAVOREU, 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Essa decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Sobre a importância dessa decisão, ver Léo Hamon (1974, p. 83-90); G. Haimbowgh (1974, v. 35, p. 910); J.E. Beardsley (1972, v. 20, p. 431-52). Para um comentário detalhado da decisão, ver L. Favoreu e L. Philip (2003).

29 A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998, houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu (2005).

30 Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (1999). Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: "*Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel*" (p. 409).

processo extenso e profundo de judicialização das relações sociais e de questões politicamente controvertidas, que acendeu o debate acerca do papel do Judiciário e da legitimação democrática de sua atuação.

A trajetória descrita acima corresponde ao que se pode identificar como a *americanização* do direito constitucional no mundo do direito civil. De fato, a centralidade da Constituição, a constitucionalização dos direitos fundamentais, a submissão de todo o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais e a primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição são características do constitucionalismo americano desde a primeira hora. Suas bases teóricas podem ser encontradas em *O Federalista* e, concretamente, há precedente judicial firmado desde 1803. O modelo que conquistou o mundo, todavia, vive um momento de crise doméstica. A seguir o relato da experiência constitucional americana, com ênfase na jurisprudência da Suprema Corte nos últimos sessenta anos.

O modelo americano de constitucionalismo, a ascensão conservadora e o declínio do papel da suprema corte

Marbury v. madison: os fundamentos da jurisdição constitucional³¹

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que essa atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa³².

³¹ Nowak e Rotunda (2000); Laurence Tribe (2000, v. 1); Stone et al. (1996); Gerald Gunther (1985); Lockhart et al. (1986) e Suplemento (FALLON JUNIOR, 2000); Glennon et al. (1997); Murphy, Fleming e Harris (1986); Kermit L. Hall (1999); Roy P. Fairfield (1981); Susan Bloch e Maeva Marcus (1986, p. 301) Lockard e Murphy (1992); Bartholomew e Menez (1983); Kermit L. Hall (2005).

³² Mas não era pioneira nem original. De fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão: o *Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição*:

É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam³³.

É indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos em que permaneceu na presidência da Corte³⁴. A decisão trazia, no entanto, um toque de inexecdível sagacidade política.

direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* nº 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788. Nada obstante, foi com *Marbury v. Madison* que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos. Ver. Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, (1981); Kermit L. Hall (1999, p. 174); Mauro Cappelletti (1984, p. 59); Gerald Gunther (1985, p. 21 et seq.) e Suplemento de 1988.

³³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). O texto transcrito está editado. Em defesa da competência do Poder Judiciário para desempenhar o controle de constitucionalidade, acrescentou ainda em seu voto: “[Do contrário], se o legislativo vier a fazer o que é expressamente proibido, tal ato, a despeito da proibição expressa, tornar-se-ia, em realidade, efetivo. Isso daria ao legislativo uma onipotência prática e real”.

³⁴ Na sequência histórica, e à vista do modelo de Estado federal adotado nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer também o controle sobre atos, leis e decisões estaduais em face da Constituição e das leis federais, conhecendo recursos contra pronunciamentos dos tribunais dos Estados. Em 1819, no julgamento de *McCulloch v. Maryland*, voltou a apreciar a constitucionalidade de uma lei federal (pela qual o Congresso instituiu um banco nacional), que, no entanto, foi reconhecida como válida. Somente em 1857, mais de cinquenta anos após a decisão em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, na trágica decisão proferida em *Dred Scott v. Sandford*, que acirrou a discussão sobre a questão escravagista e desempenhou papel importante na eclosão da Guerra Civil.

É que as teses nela veiculadas, que em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas como nada lhes foi ordenado – pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu – não tinham como descumprir ou desafiar a decisão. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e dos aspectos específicos do caso concreto, a decisão ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas³⁵.

O legado de Warren: ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais³⁶

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma ideia tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer. As mi-

norias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar indefinidamente o processo histórico. Nessas horas, é preciso que uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.

É possível advertir para a visão idealista abrigada nessa crença, bem como para os riscos democráticos que envolve. A verdade, contudo, é que quando Earl Warren deixou a presidência da Suprema Corte, em 1969, a segregação em escolas e demais ambientes públicos já não era mais permitida; o arbítrio policial contra pobres e negros estava minorado; comunistas ou suspeitos de serem comunistas não podiam ser expostos de maneira degradante e ruína para suas carreiras e suas vidas; acusados em processos criminais não podiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos. Todas as profundas transformações acima relatadas foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial (NEWTON, 2006, p. 405). A seguir, uma breve síntese da jurisprudência emblemática produzida pela Corte Warren, responsável pela reversão de mais de cinquenta precedentes³⁷.

A firme posição em favor da dessegregação racial é celebrada como a principal contribuição da Corte Warren para o direito constitucional americano e para a causa dos direitos civis. *Brown v. Board of Education*³⁸, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do “separados, mas iguais”, estabelecida em *Plessy v. Ferguson*³⁹, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração. Warren conseguiu liderar a Suprema Corte a uma decisão unânime, de apenas onze páginas, cuja ênfase recaía não em aspectos jurídicos – como o sentido e alcance da Emenda 14 ou a superação de *Plessy* –, mas no

³⁵ Antes de seguir adiante, é oportuno fazer uma observação relevante. Esta Parte 4 do presente estudo destina-se a uma análise objetiva da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade desenvolvidos pela Suprema Corte nas décadas que se seguiram à 2.ª Guerra Mundial até os dias de hoje. Por esta razão, não serão tratados aqui períodos históricos importantes para o direito constitucional americano, como a Reconstrução e o New Deal. Tampouco será analisado o ativismo judicial conservador, fundado no devido processo legal substantivo, que se estende do final do século XIX até a segunda metade da década de 30 do século XX. Conhecido como *Lochner Era*, caracterizou-se pela declaração de inconstitucionalidade de inúmeras leis que permitiam a regulação econômica pelo governo e promoviam direitos sociais (*welfare rights*). Este período se encerra após o confronto de Franklin Roosevelt com a Suprema Corte, que seguidamente invalidou leis que previam maior intervenção do Estado na ordem econômica e social. Em 1937, ao julgar *West Coast vs. Parrish*, a Suprema Corte cedeu o passo aos novos tempos e às novas maiorias políticas, considerando constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

³⁶ Jim Newton (2006); Morton J. Horwitz (1998); Richard H. Saylor, Barry B. Boyer e Robert E. Gooding Jr (1968); Epstein Lee; Thomas G. Walker (1995); Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007); Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware (2003); Kermit L. Hall (2005); Grier Stephenson Jr. (2006, v. 31, n. 3, p. 306); Michael E. Parrish (1982, v. 7, n.4). Em língua portuguesa, ver Sergio Fernando Moro (2001, v. 33, n. 36, p. 337).

³⁷ Grier Stephenson Jr. (2006, v. 31, n. 3, p. 306): “*The Warren Court was both busy and consequential, and was one of the most remarkable in judicial history. By one count, in the approximately 150 years before President Dwight Eisenhower’s appointment of the fourteenth Chief Justice in 1953, the High Court had overruled seventy-five of its own precedents. During Warren’s sixteen years in the center chair, the Court added another fifty-four to the list*”. O autor remete a Lee Epstein et al (2004, p. 129-37).

³⁸ 347 U.S. 483 (1954).

³⁹ 163 U.S. 537 (1896).

argumento da intrínseca desigualdade da discriminação em matéria de educação, pelo sentimento de inferioridade que ela produzia nas crianças negras, tal como demonstrado em estudos psicológicos expressamente levados em conta no acórdão⁴⁰. Os efeitos dessa decisão histórica se projetariam pelas décadas seguintes⁴¹.

Outra área em que a atuação da Corte Warren rompeu preconceitos foi a dos direitos das pessoas submetidas a investigação ou a processo criminal. Em *Mapp v. Ohio*, 1961⁴², decretou a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas de modo ilícito, por violar a Emenda 4, que proíbe buscas e apreensões irrazoáveis. Em *Gideon v. Wainwright* (1963)⁴³, estendeu às cortes estaduais a obrigatoriedade de prover advogado de defesa em processo criminal aos acusados que não tenham recursos para contratá-lo. Em *Miranda v. Arizona* (1966)⁴⁴, assentou que o suspeito deve ser informado do seu direito de se consultar com um advogado e do seu direito de não se auto-incriminar, podendo permanecer calado. A Suprema Corte enfrentou a histeria anticomunista e a caça às bruxas motivadas pela guerra fria⁴⁵. Em inúmeros casos julgados em 1956 e 1957,

40 A nota de rodapé n. 11 fazia menção a um conjunto de estudos, como se verifica de sua transcrição: "11. K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of [347 U.S. 483, 495] Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (Maclver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944)".

41 O primeiro grande efeito da decisão em *Brown* foi simbólico, servindo de alento e motivação para a comunidade negra em geral, que começou a articular o cumprimento da decisão e outros avanços políticos e sociais. A decisão despertou, igualmente, grande reação, especialmente dos Estados do sul, com declarações desafiadoras de não acatamento por parte de políticos e autoridades. Como o julgado não explicitava o modo como deveria ser implementado, foi necessário novo pronunciamento da Corte, conhecido como *Brown II*, cerca de um ano depois, reiterando a posição unânime dos juízes e determinando que a integração deveria ser feita "com toda a velocidade possível". Na prática, a batalha pela concretização da dessegregação se transferiu para as cortes distritais e ainda levaria muitos anos até se completar. Ver Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware (2003, p.183 especialmente et seq.) Em 1967, Thurgood Marshall, principal advogado da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), que promovera o caso *Brown* e, antes dele, inúmeros outros, tornou-se o primeiro afro-americano a ser nomeado para a Suprema Corte.

42 367 U.S. 335 (1961).

43 372 U.S. 335 (1963).

44 384 U.S. 436 (1966).

45 Interessantemente, o Presidente Eisenhower havia nomeado quatro dos Ministros que compunham a Corte, a essa altura acusada de defender comunistas: Warren, Brennan, Harlan e Whittaker. Ver Jim Newton (2006, p. 354).

a Corte procurou impedir a perseguição e a exposição pública vexatória de comunistas ou pessoas acusadas de o serem⁴⁶. Por essa atuação, a Suprema Corte, que já sofria a rejeição ostensiva das lideranças do sul, devido à sua posição em questões raciais, passou a ser hostilizada também pelos que a consideravam condescendente com os comunistas.

Diversos historiadores e o próprio Warren reputam que a atuação mais relevante da Suprema Corte, no período, teve por objeto matéria de menor visibilidade e repercussão fora dos Estados Unidos: a reordenação de distritos eleitorais (SAYLER; BOYER; GOODING JR., 1969, p. vii); (NEWTON, 2006, p. 388). Em inúmeros estados, o modo como os distritos eleitorais eram divididos favorecia as oligarquias políticas tradicionais e, sobretudo, diminuía o peso eleitoral dos eleitores negros. Em *Baker v. Carr* (1962)⁴⁷, a Corte superou a tese de que se tratava de questão política⁴⁸ e, portanto, afeta ao Legislativo, não aos tribunais. Ao admitir rever e redefinir distritos eleitorais – decisão ratificada e aprofundada em *Reynolds v. Simms*⁴⁹ e *Lucas v. Colorado General Assembly*⁵⁰ –, a Suprema Corte reiterou um dos fundamentos do constitucionalismo democrático: o de que as maiorias podem violar os direitos fundamentais⁵¹. Na sequência histórica, a Corte afirmou a constitucionalidade do *Voting Rights Act*, de 1965, que impedia medidas que dificultassem o registro de eleitores negros⁵².

Como se percebe, a Corte Warren transferiu o foco dos julgados da Suprema Corte do direito de propriedade para os direitos pessoais. No âmbito da *liberdade de*

46 Ver *Pennsylvania v. Nelson* (1956), *Jencks v. United States* (1957), *Watkins v. United States* (1957), *Sweezy v. New Hampshire* (1957), *Service v. Dulles* (1957) e *Yates v. United States* (1957).

47 369 U.S. 186 (1962).

48 *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

49 377 U.S. 533 (1964).

50 377 U.S. 713 (1964).

51 *Lucas v. Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964), 736: "An individual's constitutionally protected right to cast an equally weighted vote cannot be denied even by a vote of a majority of a State's electorate, if the apportionment scheme adopted by the voters fails to measure up to the requirements of the Equal Protection Clause. (...) A citizen's constitutional rights can hardly be infringed simply because a majority of the people choose that it be".

52 Ver *South Carolina v. Katzenbach* (1966), *Harper v. Virginia Board of Elections* (1966) e *Katzenbach v. Morgan* (1966).

expressão, decisões como *New York Times v. Sullivan* (1964)⁵³ e *Brandenburg v. Ohio* (1969)⁵⁴ pavimentaram o caminho para uma imprensa forte e livre. Em *Griswold v. Connecticut* (1965)⁵⁵, afirmou o direito de privacidade, reconhecendo, com base na Emenda 9, a existência de direitos não enumerados na *Bill of Rights*. Ainda no plano da igualdade racial, a Corte declarou, em *Loving v. Virginia* (1967)⁵⁶, por unanimidade, a inconstitucionalidade da vedação de casamento inter-racial, que vigorava na Virgínia e em outros dezesseis estados. Em *Engel v. Vitale* (1962)⁵⁷, considerou inconstitucional, por violação da Emenda 1, a leitura, todos os dias de manhã, de uma oração nas escolas públicas.

Ao contrário do que por vezes se supõe, o período não foi marcado por uma linha ininterrupta de decisões progressistas, tomadas por unanimidade ou por majorias amplas. Pelo contrário, a despeito da expressiva unanimidade em *Brown*, a Corte esteve dividida por muitos anos entre os que defendiam uma posição ativista e os que pregavam a auto-contenção judicial. Somente com a aposentadoria de Wittaker e, sobretudo, de Felix Frankfurter – este, a principal liderança contrária ao ativismo judicial –, em 1962, e as nomeações feitas por John Kennedy, que tomara posse no ano anterior, Warren e a maioria ativista assumiram controle efetivo da Corte. Warren se aposentou em 1969, após uma tentativa frustrada de dar a Lyndon Johnson a chance de fazer o seu sucessor⁵⁸. Embora seja

associada, invariavelmente, com o ativismo judicial, examinada em perspectiva histórica a Corte Warren se destaca, verdadeiramente, pela construção de uma democracia inclusiva⁵⁹, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não-enumerados na Constituição.

A volta do pêndulo: a ascensão conservadora e a retração da suprema corte

A corte Burger⁶⁰

Com a eleição de Richard Nixon, em 1968, a agenda política do país deslocou-se para a direita, gerando a pressão por uma Suprema Corte mais conservadora e menos ativista. Para a vaga de Presidente da Corte (*Chief Justice*), que fora de Earl Warren, foi nomeado Warren Burger, um advogado com ligações políticas republicanas, que desde 1956 exercia a judicatura na Corte Federal de Apelações do Distrito de Columbia (*U.S. Court of Appeals for the District of Columbia*). Burger se opunha à jurisprudência produzida pela Corte Warren, sobretudo em matéria criminal, e era crítico do ativismo judicial. Essas foram razões decisivas para a escolha do seu nome.

Além do *Chief Justice*, Nixon ainda viria a nomear três outros juízes (*Associate Justices*) ao longo de sua presidência⁶¹. A verdade, todavia, é que as nomeações não produziram a virada jurisprudencial que se desejava. Embora seja inegável que a Corte Burger (1969-1986) tenha sido o marco inicial de uma duradoura tendência conservadora em muitos domínios, a contra-revolução temida pelos liberais não se consumou (TUSHNET, 1984, v. 132, n. 3, p.

⁵³ 376 U.S. 254 (1964). Considerado um marco em matéria de liberdade de expressão, estabeleceu o requisito de *actual malice* para a obtenção de reparação de danos em ações movidas contra órgãos de imprensa por crime contra a honra. *Actual malice* significa consciência da falsidade da imputação ou total negligência quanto à verificação de sua veracidade.

⁵⁴ 395 U.S. 444 (1969). Um discurso em evento público somente pode ser considerado crime se se destinar a incitar ou produzir ações ilegais iminentes e se houver probabilidade de que elas ocorram.

⁵⁵ 381 U.S. 479 (1965). Lei estadual que proíbe o uso de contraceptivos, assim como a atividade de aconselhamento sobre meios contraceptivos, viola o direito de privacidade do casal.

⁵⁶ 388 U.S. 1 (1967).

⁵⁷ 370 U.S. 421 (1962).

⁵⁸ Em junho de 1968, Warren entregou sua carta comunicando a intenção de se aposentar. É conhecimento convencional que, diante da perspectiva de vitória de Richard Nixon nas eleições daquele ano, o *Chief Justice* quis dar ao Presidente a oportunidade de fazer o seu sucessor na Corte. Lyndon Johnson indicou Abe Fortas, que já estava na Suprema Corte desde 1965 como *Associate Justice*. A candidatura de Fortas, no entanto, foi abatida no Senado, devido a razões que se acumularam: a fraqueza de um Presidente em final de mandato e que não concorreria à reeleição; a visão crítica que muitos Senadores tinham da posição da Corte em temas como crime e obscenidade; circunstâncias associadas à personalidade e a certas atitudes de Fortas. Sobre o tema, ver Jim Newton (2006, p. 491 et seq.); Kermit L. Hall (2005, p.356-7); e Laura Kalman (1990).

⁵⁹ Ver Morton J. Horwitz (1998, p. 115): “*The Warren Court’s inclusive idea of democracy was built on the revival of the Equal Protection Clause in Brown. It then spread beyond race cases to cover other outsiders in American society: religious minorities, political radicals, aliens, ethnic minorities, prisoners, and criminal defendants*”.

⁶⁰ Bernard Schwartz (1990); Vincent Blasi (1983); Peter Charles Hoffer, Williamjames Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007); Kermit Hall (2005); Mark Tushnet (1984, v. 132, n. 3, p. 1257); Gene Nichol Jr. (1984, v.98, p. 315); Robert F. Nagel (1984, v. 84, p. 2068).

⁶¹ Foram eles: Harry Blackmun, Lewis Powell, Jr. e William Rehnquist. Gerald Ford veio a indicar John Paul Stevens. A Burger Court se completou com a primeira nomeação de Ronald Reagan, Sandra Day O’Connor. Sobre a atuação desses juízes, assinalaram Peter Charles Hoffer, Williamjames Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007, p. 369): “[...] *Harry Blackmun, moved from the right to the left on the Court. William H. Rehnquist would prove to be an able ally, but Warren Burger and Lewis Powell turned out to be conservative centrists. [...] John Paul Stevens, would join the liberal wing of the Court, and [...] Sandra Day O’Connor, proved to be a liberal on a number of issues and a moderate on many more*”.

1257). É certamente não foi uma Corte cuja característica fosse a auto-contenção. O fato real é que com suas idas e vindas, indecisões e sinais contraditórios, a Corte Burger não comporta uma análise homogênea. Em algumas áreas, indiscutivelmente, significou um retrocesso ou, pelo menos, um freio nas posições de sua antecessora. Em outras, todavia, foi surpreendentemente avançada, ainda que sem o entusiasmo ou o voto de seu Presidente.

Uma das áreas em que se deu um passo atrás foi em relação aos *direitos dos acusados em procedimentos criminais*, tema no qual a jurisprudência da Corte se alinhou ao discurso da lei e da ordem e do aumento da discricionariedade policial. A Corte Burger produziu um conjunto de exceções, limitações e qualificações que matizaram o alcance da jurisprudência produzida pela Corte Warren (HOFFER; HOFFER; HULL, 2007, p. 402), notadamente no tocante à caracterização da ilicitude das provas⁶² e aos direitos decorrentes de *Miranda*⁶³. Talvez mais importante do que as mudanças substantivas nessa matéria tenham sido as alterações de natureza processual, com a redução do alcance do *habeas corpus* e das possibilidades de acesso ao Judiciário federal⁶⁴. No tocante à pena de morte, a despeito da decisão em *Furman v. Geórgia* (1972)⁶⁵, que considerou a pena de morte, tal como prevista na legislação da Geórgia e do Texas, inconstitucional, por violação da Emenda 8 (“*cruel and unusual punishment*”), a Suprema Corte veio a admitir a

maior parte das leis estaduais que vieram a ser reescritas após aquela decisão⁶⁶.

Outro campo em que a Corte Burger não conseguiu a mesma unidade e clareza de propósitos da corte liderada por Warren foi o da igualdade racial. Em *Griggs v. Duke Power Co* (1971)⁶⁷, por exemplo, a Corte seguiu os passos de sua antecessora ao lidar com a discriminação nas relações de emprego. Em *Fullilove v. Klutznick* (1980)⁶⁸, declarou ser compatível com a Constituição lei editada pelo Congresso que destinava dez por cento dos recursos para obras públicas para contratação de empresas de propriedade de integrantes de minorias. Porém, em *Regents of the University of California v. Bakke* (1978)⁶⁹, considerou inválido o sistema de quotas para ingresso na Universidade, embora tenha afirmado serem admissíveis programas de ação afirmativa em favor de minorias (HOFFER; HOFFER; HULL, 2007, p. 380); (HALL, 2005, p. 124).

Uma das decisões da Corte Burger que produziram maior repercussão política foi proferida em *United States v. Nixon* (1974)⁷⁰. Como desdobramento do caso *Watergate*, a Corte rejeitou a alegação de imunidade e privilégio do Executivo e determinou a entrega de fitas gravadas no gabinete presidencial ao promotor especial que investigava o caso. As fitas eram incriminadoras, e três semanas depois da decisão o Presidente renunciou ao cargo. No entanto, fora das circunstâncias e das paixões de *Watergate*, em decisões como *Dames & Moore v. Reagan* (1981)⁷¹ e *Nixon v. Fitzgerald* (1982)⁷², a Corte estabeleceu um padrão de

⁶² A decisão em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) foi atacada em casos como *Schneklath v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973), *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976) e *Washington v. Chrisman* (1982), *Illinois v. Gates* (1983), *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁶³ Como antes ressaltado, em *Miranda v. Arizona* (1966), a Corte decidiu que o suspeito em matéria criminal deve ser informado do seu direito de se consultar com um advogado e do seu direito de não se auto-incriminar, podendo permanecer calado. Ver. *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980) e *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984). Sobre o tema, ver. Cyril D. Robinson (1985, v. 10, p.427).

⁶⁴ Gene Nichol, Jr. (1984, v. 98, p. 319-320): “*The Burger Court has reversed these (the Burger Court) procedural trends. The Court has firmly closed the doors to broad habeas corpus review. [...] The Court has managed, however, to narrow much of the supervisory authority of the federal judiciary. As a result of access limitations, state criminal and federal administrative decisionmaking have become increasingly insulated from direct federal judicial review. The Burger Court has indirectly narrowed constitutional protections by limiting the procedures available to vindicate them.*”

⁶⁵ 408 U.S. 238 (1972).

⁶⁶ Mark A. Graber (2005, v. 8, p.442) “*The death penalty seemed moribund when conservatives came to judicial power. The Supreme Court in 1972 declared unconstitutionally arbitrary all state laws imposing capital punishment (Furman v. Georgia 1972). The Burger and Rehnquist Courts then sustained most rewritten state statutes, despite evidence that substantial arbitrariness remains in the death sentencing process.*”

⁶⁷ 401 U.S. 424 (1971). Por 8 a 0 (Brennan não participou), considerou inconstitucionais, para fins de contratação e promoção de empregados, testes e exigências que produziam impacto desproporcional sobre candidatos negros.

⁶⁸ 448 U.S. 448 (1980).

⁶⁹ 438 U.S. 265 (1978). A decisão foi tomada por uma Corte dividida em 5 a 4. O voto decisivo coube ao Justice Lewis Powell.

⁷⁰ 418 U.S. 683 (1974).

⁷¹ 453 U.S. 654 (1981). A Corte considerou válido o decreto presidencial 12170 que, implementando acordo com o Irã, extinguiu ações judiciais, anulou penhoras (*nullified attachments*) e transferiu as demandas existentes para um tribunal arbitral recém-criado.

⁷² 457 U.S. 731 (1982). A Corte assentou que o Presidente desfrutava de absoluta imunidade de responsabilidade por danos decorrentes de seus atos oficiais.

deferência ao Poder Executivo (BLASI, 1983, p. 202). Em *Immigration and Naturalization Service v. Chada* (1983)⁷³, a Corte considerou inconstitucional o “veto legislativo” – isto é, a cassação pelo Congresso de ato praticado por agência administrativa –, sob o fundamento de violação da separação de poderes.

Nenhuma área de atuação da Corte Burger foi tão celebrada quanto a dos direitos das mulheres, em um conjunto contínuo e constante de decisões que declararam inválidas leis que discriminavam em função do gênero. Em *Reed v. Reed* (1971)⁷⁴, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Idaho que dava preferência ao homem sobre a mulher para exercer o cargo de inventariante do espólio. Em *Frontiero v. Richardson* (1973)⁷⁵, a Corte considerou inconstitucional que militares do sexo masculino pudessem ter suas mulheres como dependentes, mas que militares do sexo feminino não pudessem dar a mesma condição a seus maridos. Especialmente significativa nessa matéria foi a decisão tomada em *Craig v. Boren* (1976)⁷⁶, menos pelas particularidades do caso e mais porque foi a partir dele que se determinou que as classificações baseadas em sexo fossem submetidas a uma análise mais rígida de constitucionalidade (*bightened scrutiny*)⁷⁷.

É ainda no domínio do direito das mulheres que pode ser situada uma das decisões de maior impacto dentre todas as tomadas pela Suprema Corte ao longo de sua história: *Roe v. Wade* (1973)⁷⁸. Ao julgar o caso, a Corte afirmou a existência de um direito constitucional da mulher ao aborto, invalidando a maior parte das leis estaduais que o proibiam. *Roe* deflagrou um debate nacional que dura desde então, com os componentes políticos, religiosos e morais que dividem a sociedade americana entre o bloco favorável (*pro-choice*) e o contrário (*pro-life*). O prin-

cipal fundamento do julgado foi o *direito de privacidade*, que decorreria da cláusula do devido processo legal abrigada na Emenda 14. É indiscutível, todavia, que *Roe* poderia ser requalificado como um caso envolvendo igualdade de gênero, na medida em que é a mulher quem sofre as principais consequências da gestação indesejada. Trata-se, portanto, de inestimável conquista para liberdade das mulheres. A Corte Burger, no entanto, não ousou ir além, negando a extensão do direito de privacidade às relações homoafetivas⁷⁹.

Em temas relacionados à liberdade de expressão, a Corte também proferiu importantes decisões. Em *New York Times v. United States* (1971)⁸⁰, caso conhecido como *Pentagon Papers case*, a Suprema Corte entendeu que o Governo Nixon não havia sido capaz de justificar a necessidade de censura prévia, em nome da segurança nacional, para impedir a publicação de relatório sobre a Guerra do Vietnam vazado para a imprensa. Ao julgar casos como *Bigelow v. Virginia* (1975)⁸¹ e *Virginia v. Bd. Of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* (1976)⁸², a Corte estendeu a proteção da Emenda 1 à expressão comercial e publicitária. Menos louvada foi a decisão por 5 a 4 em *Branzburg v. Hayes* (1972)⁸³, negando a um jornalista o direito de proteger a confidencialidade de sua fonte. Mais controvertida ainda foi a orientação adotada em *Buckley v. Valeo* (1976)⁸⁴. Nessa decisão, a Corte considerou válida a imposição legal de limites a contribuições individuais para as campanhas eleitorais, mas invalidou disposições que restringiam os gastos de campanha, sob o fundamento de que as limitações impostas interferiam na liberdade de expressão política, violando a Emenda 1.

A crítica progressista à Corte Burger costuma enfatizar que ela foi ativista em favor das prerrogativas da propriedade e com indiferença pelos pobres em geral⁸⁵. A despei-

⁷³ 462 U.S. 919 (1983).

⁷⁴ 404 U.S.71 (1971).

⁷⁵ 411 U.S. 677 (1973).

⁷⁶ 429 U.S. 190 (1976).

⁷⁷ A Corte considerou que violava a cláusula do *equal protection* lei do Estado de Oklahoma que proibia a venda de cerveja a homens com menos de 21 anos, mas permitia sua aquisição por mulheres com mais de 18. Justice William Brennan foi o relator que desenvolveu a ideia do exame mais rigoroso (*stricter scrutiny*) pelo qual a desequiparação em razão do gênero “*must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives*”. Rehnquist e Burger dissentiram.

⁷⁸ 410 U.S. 113.

⁷⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁸⁰ 403 U.S. 713 (1971).

⁸¹ 421 U.S. 809 (1975).

⁸² 425 U.S. 748 (1976).

⁸³ 408 U.S. 665 (1972).

⁸⁴ 424 U.S. 1 (1976).

⁸⁵ “*With this insight it is indeed possible to find the roots of the Burger Court’s activism. They lie in the philosophy that the government as a whole has the duty to protect the prerogatives of property and that no part of the government has the duty to minimize the harms that lack of property inflicts on those so unfortunate not to have enough*” (TUSHNET, 1984, v.132, n. 3, p.1270).

to da decisão em *Roe*, reconhecendo o direito ao aborto, a Corte entendeu que nem os estados nem o governo federal tinham o dever jurídico de tornar o exercício desse direito acessível a quem não possuísse recursos próprios⁸⁶. A Corte introduziu, ainda, a propriedade como “nova variável” (DORSEN; GORA, 1983, p. 28) no conjunto de valores protegidos pela Emenda 1, destacando-se decisões como *Buckley v. Valeo* (1976)⁸⁷, sobre financiamento eleitoral, e *Central Hudson Gás & Electric Corp. v. Public Service Commission* (1980)⁸⁸, em matéria de *commercial speech*. Por fim, como já assinalado, a jurisprudência da Corte Burger restringiu o acesso dos mais pobres ao Judiciário federal, diminuindo, dessa forma, a proteção de direitos constitucionais (BENNETT, 1983, p. 57-61).

A Corte Rehnquist⁸⁹

A onda liberal iniciada no final dos anos 50 já havia chegado ao fim quando Ronald Reagan assumiu a Presidência, em 1981, substituindo Jimmy Carter. A partir daí, o Partido Republicano se instalou na Casa Branca por três mandatos consecutivos, com uma agenda política conservadora, uma visão econômica fundada no *laissez-faire* e um discurso moralista, de fundo religioso. William Rehnquist, que fora nomeado juiz (*Associate Justice*) por Richard Nixon, em 1972, surgiu como um nome natural para a sucessão de Earl Burger⁹⁰. Rehnquist era o juiz mais conservador da Corte Burger e encarnava o ideal de autocontenção, deferência ao Executivo, interpretação estrita, inclusive

quanto à superação da decisão em *Roe v. Wade*, que se tornara uma obsessão republicana⁹¹. Rehnquist permaneceu na Corte por um total de 33 anos, tendo sido seu Presidente por 19 anos, de 1986 a 2005.

A exemplo de outras Cortes que a precederam, a Corte Rehnquist atravessou fases diversas⁹², em função de sua composição e da capacidade do *Chief Justice* de liderar, a cada tempo, maiorias consistentes. A expectativa inicial que motivou a indicação de Rehnquist para a Corte – rever decisões consideradas liberais e colaborar na implementação de um projeto político conservador – consumou-se apenas parcialmente. Em áreas como federalismo, religião e direitos de propriedade, a Corte Rehnquist imprimiu, inequivocamente, sua marca. Por outro lado, em temas como aborto e direitos dos acusados em processos criminais, muito embora tenham sido dados passos atrás, a Corte não reverteu *Roe v. Wade* nem *Miranda v. Arizona*. Mesmo no tocante às ações afirmativas, a porta não foi inteiramente fechada (HOFFER; HOFFER; HULL, 2007, p. 419), a despeito das múltiplas exigências e qualificações introduzidas pela jurisprudência da Corte. Em relação a algumas matérias, apesar do voto dissidente do *Chief Justice*, houve até avanços, como na extensão do direito de privacidade às relações homoafetivas. A seguir, breve análise do desempenho da Corte em alguns domínios relevantes.

Uma área em que a Corte Rehnquist, inegavelmente, foi capaz de concretizar o projeto político de Reagan e dos conservadores foi a do *federalismo*. Sob a influência do Presidente da Corte, alterou-se o equilíbrio entre governo

⁸⁶ Em *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), a Corte considerou constitucional a legislação de Connecticut que só concedia assistência médica para abortos decorrentes de necessidade médica: “*The Equal Protection Clause does not require a State participating in the Medicaid program to pay the expenses incident to nontherapeutic abortions for indigent women simply because it has made a policy choice to pay expenses incident to childbirth.*” p. 469-480”. Em *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), a Corte considerou constitucional uma norma federal que proibia o uso de recursos federais para a realização de abortos, houvesse necessidade médica ou não (*medically necessary or not*).

⁸⁷ 424 U.S. 1 (1976).

⁸⁸ 447 U.S. 557 (1980).

⁸⁹ Mark Tushnet (2005); Craig Bradley (2005); Thomas Merrill (2003, v. 47, p. 569); Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007); Kermit Hall (2005, 2002); Lyle Denniston (2006, v. 154, n. 6, p. 63); John M. Nannes (2006, v. 31, n. 1, p. 1-2); Erwin Chemerinsky (2006, v. 154, n. 6, p. 1334); Mark A. Graber (2005, v. 8, p. 439-440); Thomas Tandy Lewis (2007, v. 1, p. 156); Daniel M. Katz, (2006, v.22, n. 4, p. 28); Henry F. Fradella (2002, v. 18, n.3, p. 289); Wendy E. Parmet (1998, v. 26, n. 3, p. 227).

⁹⁰ Earl Burger aposentou-se como *Chief Justice* em 1986, tendo assumido a posição de presidente da Comissão do Bicentenário da Constituição Americana.

⁹¹ “*More than anything else in its domestic aspirations, the Reagan Administration wanted a more conservative Court, especially to raise the chances for overruling Roe v. Wade—that despised legacy of the Burger Court*” (DENNISTON, 2006, v. 154, n. 6, p. 63)

⁹² Ver Thomas Merrill, (2003, v.47, p. 569). O autor, em conferência proferida em 2002, dividiu o período da Corte Rehnquist em duas fases. A primeira ia de 1986 a 1995, período em que houve inúmeras nomeações para a Corte, e que teve na agenda questões sociais controversas, como aborto e prece nas escolas. Nessa fase, a Corte não foi capaz de avançar significativamente a agenda conservadora. A segunda fase teve início em 1994, quando a Corte passa das questões sociais para questões estruturais, envolvendo particularmente o federalismo. Aí, a maioria conservadora, sob a liderança do Presidente, obteve expressivo sucesso. Em sua *Foreword: the third Rehnquist Court* ao livro editado por Craig Bradley Linda Greenhouse (2005) identificou uma terceira fase, correspondente aos anos finais da Corte, entre 2002 e 2005, quando questões sociais como os direitos dos homossexuais e ações afirmativas voltaram à discussão e houve um refluxo na “revolução federalista”. Nesse período, Rehnquist já não conseguiu mais liderar a Corte em diversas decisões, tendo votado com a minoria.

federal e governos estaduais, com a limitação do poder tanto do Congresso quanto do Judiciário federal. A “revolução federalista” – ou o “novo federalismo” – foi efetivada, sobretudo, por via de três linhas jurisprudenciais (HOFFER; HOFFER; HULL, 2007, p. 436): a) restrição do poder do Congresso com base em sua competência constitucional para regular o comércio interestadual (Art. I, Clause 3, Section 8)⁹³; b) redescoberta da doutrina da imunidade soberana dos estados, com base nas emendas 10 e 11⁹⁴; c) ressurreição da doutrina do *state action* nas ações baseadas na Emenda 14⁹⁵. Na avaliação dos estudiosos nos conflitos entre governo e particulares, a tendência da Corte foi a de se alinhar com o governo. Por outro lado, nas disputas entre o governo federal e o estadual, a Corte se inclinou em favor dos estados, invalidando seguidamente a legislação federal (HALL, 2005, p. 835).

Outro tema central para a Corte Rehnquist era o dos direitos das pessoas acusadas em procedimentos criminais. O *Chief Justice* empenhou-se para restringir os efeitos de *Mapp v. Ohio* e de *Miranda v. Arizona* durante todo o período em que esteve à frente da Corte (HOFFER; HOFFER; HULL, 2007, p. 436). E, de fato, o alcance de tais precedentes foi limitado em decisões como *Whren v. United States*

(1996)⁹⁶ e *Atwater v. Lago Vista* (2001)⁹⁷. Porém, não sem causar alguma surpresa – e decepção para os defensores da posição mais rígida em questões penais –, a Corte reafirmou *Miranda* ao decidir *Dickerson v. United States* (2000)⁹⁸, dando àquela combatida decisão fundamento constitucional expreso⁹⁹. Em precedentes mais recentes, relacionados com a guerra contra o terror – *Hamdi v. Rumsfeld*¹⁰⁰ e *Rasul v. Bush*¹⁰¹ –, a Corte decidiu que as pessoas detidas, americanas ou não, podiam questionar nas cortes americanas a sua prisão. Em *Padilla v. Rumsfeld* (2004)¹⁰², no entanto, invalidou, por razões processuais, decisão da Corte de Apelações que negara ao Presidente poderes para prender um cidadão americano sob a alegação de ser um inimigo combatente.

Apesar do empenho de seu Presidente e de outros juízes, a Corte Rehnquist não conseguiu reformar *Roe v. Wade* e abolir o direito ao aborto¹⁰³. Por duas vezes, no entanto,

⁹³ U.S. Constitution: Art. I, Section 8, Clause 3: “*The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*”. A questão da cláusula de comércio (*commerce clause*), por sua relevância e por seu impacto sobre o Direito vigente, merece uma referência específica. Com base na competência para regular o comércio interestadual, durante o Governo de Franklin Roosevelt, foi editada a legislação protecionista que deflagraria o confronto entre o Presidente e a Suprema Corte. A partir daí, pelos mais de cinquenta anos subsequentes à era do *New Deal*, o Congresso expandiu seus poderes. Esta situação de confortável estabilidade foi confrontada pela Corte Rehnquist, em um conjunto de decisões tomadas por maioria apertada de 5 a 4. A primeira delas foi *United States v. Lopez* (514 U.S. 549 de 1995), quando a Suprema Corte considerou inconstitucional o *Gun-Free School Zones Act*, que tipificava como crime federal a posse de arma de fogo próximo a escolas. A maioria dos juízes entendeu não haver ligação suficiente entre posse de arma e comércio interestadual que pudesse legitimar a lei federal.

⁹⁴ A doutrina da imunidade soberana dos estados restringe a possibilidade de o Congresso passar leis sujeitando os estados a ações judiciais. Em *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), e em *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), a Suprema Corte considerou que leis federais que abrogavam a imunidade jurisdicional dos estados violavam a Emenda 11. Como consequência, os estados não podem ser processados sem o seu consentimento, seja em cortes federais (*Seminole*) seja em cortes estaduais (*Alden*).

⁹⁵ Em *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), a Corte entendeu que a Emenda 14 não autoriza a responsabilização do estado por ato de violência privada contra um indivíduo (no caso, uma criança), mesmo que pudesse tê-lo evitado. Em *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), sustentou que a Emenda 14 não fornecia base para a edição do *Violence Against Women Act*, de 1994, uma vez que a lei não cuidava de danos causados pelo estado (*redress harm caused by the state*), mas sim por partes privadas.

⁹⁶ 517 U.S. 806 (1996). Nesta decisão a Corte assentou que a autoridade policial pode realizar busca e apreensão em carro que foi parado por infração de trânsito.

⁹⁷ 532 U.S. 318 (2001). A Corte decidiu que a Emenda 4 não proíbe a prisão sem mandado em caso de infrações penais menores, como o não uso de cinto de segurança.

⁹⁸ 530 U.S. 428 (2000). Uma lei federal (18 USC Section 3501) estabeleceu que “uma confissão deve ser admitida como prova se tiver sido voluntária”. Esta premissão, em última análise, derrubava a exigência das advertências prévias impostas pela decisão em *Miranda*. A Corte, por 7-2, com o voto de Rehnquist – Scalia e Thomas dissertaram –, entendeu que “*Miranda* proclamou uma regra constitucional que não pode ser superada por ato legislativo do Congresso. A Corte, por sua vez, não deseja reformar *Miranda*”.

⁹⁹ Rehnquist tinha uma visão dura em matéria penal, que se manifestava, inclusive e notadamente, em suas posições em relação à pena de morte, cuja aplicação mais frequente era por ele defendida. Em *McCleskey v. Kemp* (1987), com seu apoio, a Corte considerou irrelevante o fato de as estatísticas demonstrarem discriminação racial contra os negros na prolação de sentenças capitais. Além disso, alinhou-se à maioria da Corte afirmando a constitucionalidade da execução de adolescentes de dezesseis e de dezessete anos (*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 [1989]) tendo votado vencido quando a maioria entendeu que menores de quinze anos (*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 [1988]) e pessoas “mentalmente retardadas” (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002]) não podiam ser executadas. Em *United States v. Verdugo-Urquidez* (494 U.S. 259 de 1990), a Suprema Corte considerou que a Emenda 4 não se aplicava a buscas e apreensões feitas por agentes americanos em propriedade de não-americanos no exterior. Ver Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007, p. 434): “*From 2003 to 2005, the chief justice was in the majority in all eleven criminal justice 5-to-4 decisions expanding exceptions to the exclusionary rule and dissented in all nine of the 5-to-4 cases that reversed or remanded cases in which police or prosecutorial misconduct was alleged*”.

¹⁰⁰ 542 U.S. 507 (2004).

¹⁰¹ 542 U.S. 466 (2004).

¹⁰² 542 U.S. 426 (2004).

¹⁰³ Relembre-se que Rehnquist havia participado do julgamento de *Roe v. Wade*, em 1973, tendo sido um dos dois votos vencidos, ao lado de Byron White.

chegou muito perto de fazê-lo, consumando uma mudança ansiada por setores conservadores, grupos religiosos e pelos próprios Presidentes Reagan e Bush. Em ambos os casos, a Suprema Corte produziu decisões divididas, por vezes confusas, com inúmeras divergências e contradições. O primeiro deles foi *Webster v. Reproductive Health Service* (1989)¹⁰⁴, que teve por objeto a constitucionalidade de lei do Missouri que impunha inúmeras restrições à realização de aborto, inclusive a proibição de que o procedimento fosse feito em hospitais públicos ou de que envolvesse fetos com mais de vinte semanas e considerados viáveis¹⁰⁵. Apesar de haver declarado válidas as imposições contidas na legislação estadual, e de haver afastado algumas das premissas estabelecidas na matéria, a Corte enfatizou que a essência da decisão em *Roe* estava mantida¹⁰⁶. A segunda tentativa veio com *Planned Parenthood v. Case* (1992)¹⁰⁷. Uma lei da Pennsylvania impunha uma série de exigências para a realização do aborto, dentre as quais o consentimento informado, a notificação ao cônjuge, o consentimento dos pais e o período de espera de 24 horas. Novamente por 5-4 a Corte reafirmou *Roe*, embora tenha mantido quase todas as imposições da lei, salvo a notificação ao cônjuge¹⁰⁸. Em uma última decisão – *Stenberg v. Carhart* (2000) – a Corte

¹⁰⁴ 492 U.S. 490 (1989).

¹⁰⁵ A lei estadual declarava, no seu preâmbulo, “que a vida de cada ser humano começa com a concepção” (*the life of each human being begins at conception*) e impunha as seguintes restrições: servidores públicos e estabelecimentos públicos não poderiam ser utilizados para realizar aborto, exceto se necessário para salvar a vida da mãe; recursos, servidores ou estabelecimentos públicos (*public funds, employees, or facilities*) não poderiam ser utilizados para incentivar ou aconselhar (*encourage or counsel*) uma mulher a fazer aborto, exceto se necessário para salvar sua vida; e médicos deveriam fazer testes de viabilidade a partir da vigésima semana de gestação e não poderiam realizar aborto de fetos viáveis.

¹⁰⁶ Ao admitir como válida a restrição ao aborto a partir da vigésima semana, a Corte afastou-se de um dos pilares de *Roe*: o de que durante o primeiro trimestre de gestação a decisão de fazer ou não um aborto era direito da mulher. No entanto, no voto do próprio *Chief Justice* fez-se a ressalva de que a decisão não afetava aquele precedente: “2. *This case affords no occasion to disturb Roe’s holding that a Texas statute which criminalized all nontherapeutic abortions unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause. Roe is distinguishable on its facts, since Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded*” (p. 521). ”

¹⁰⁷ 505 U.S. 833 (1992).

¹⁰⁸ O julgamento foi extremamente dividido, sem que nenhum voto (*opinion*) tivesse a adesão da maioria. Prevaleceu, no entanto, uma decisão coletiva, elaborada pelos Ministros Souter, O’Connor e Kennedy (*a plurality decision written by Justices Souter, O’Connor, and Kennedy*), porque diferentes partes do seu texto tiveram a adesão de pelo menos dois outros Ministros. A decisão majoritária reviu a regra de *Roe* de prevalência do interesse da mulher durante o primeiro trimestre e substituiu o critério do exame mais rigoroso (*heightened scrutiny*), que era o padrão em matéria de direitos fundamentais, por um menos rigoroso, identificado como “ônus indevido” (*undue burden*).

apreciou a proibição de um procedimento específico, conhecido como “aborto com nascimento parcial” (*partial-birth abortion*), tendo invalidado uma lei de Nebraska¹⁰⁹.

Já se fez o registro de que a Corte Rehnquist enfrentou grande dificuldade em produzir consenso ou mesmo maiorias constantes em diversas áreas de sua jurisprudência. Este também foi o caso nas questões envolvendo o mandamento constitucional da igualdade e as ações afirmativas. Como tendência geral, no entanto, é possível afirmar que a Corte tornou mais rígidos os critérios que permitiam o tratamento favorável a determinados grupos, em razão de discriminações pretéritas. Assim, por exemplo, processos judiciais baseados em discriminação no emprego tornaram-se mais difíceis de serem ganhos, com a inversão do ônus da prova do impacto desproporcional¹¹⁰. O tratamento preferencial a empresas de propriedade de minorias raciais, em programas e contratos governamentais, passou a estar sujeito a um teste de constitucionalidade de difícil superação¹¹¹. Em relação ao uso da raça como critério para admissão na universidade, a Suprema Corte, no mesmo dia, proferiu duas decisões com sinalizações opostas. Em *Gratz v. Bollinger* (2003)¹¹², considerou inconstitucional o critério que atribuía um bônus de vinte pontos (um quinto dos pontos necessários para aprovação) aos candidatos negros, latinos e de origem indígena. Todavia, em *Grutter v. Bollinger* (2003)¹¹³, na linha do precedente firmado em *Bakke*, afirmou que a raça e a busca de diversidade são fatores legítimos – desde que não sejam únicos – de serem considerados no processo de admissão na universidade.

Duas últimas questões merecem referência. A primeira delas é a do tratamento constitucional da *religião*, tema em relação ao qual Rehnquist foi capaz de liderar a Corte de acordo com sua visão. Ainda antes de se tornar Presidente,

¹⁰⁹ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

¹¹⁰ *Ward’s Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

¹¹¹ Em *Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469 (1989), a Corte considerou inconstitucional a previsão de que 30 por cento dos contratos públicos deveriam ir para empresas de propriedade de minorias (*the city’s determination that 30 percent of its contracting work should go to minority owned businesses*) e estabeleceu que o tratamento diferenciado baseado em critério racial estava sujeito a teste rigoroso de inconstitucionalidade (*must pass a strict scrutiny review*). Essa linha de orientação foi reiterada em *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

¹¹² 539 U.S. 244 (2003).

¹¹³ 539 U.S. 306 (2003).

ele havia conduzido a Corte, por maioria apertada, a afirmar que subsídios públicos para escolas religiosas não violavam a *Establishment clause* da Emenda 1¹¹⁴. Já como *Chief Justice*, Rehnquist foi o autor do acórdão em *Zelman v. Simmons-Harris* (2002)¹¹⁵, validando *vouchers* escolares que, na prática, significavam a matrícula de crianças de famílias de baixa renda em escolas religiosas. Em *Van Orden v. Perry* (2005)¹¹⁶, considerou constitucional um monumento aos Dez Mandamentos na entrada da sede do Governo do Texas. No que diz respeito aos direitos dos homossexuais, a posição de Rehnquist foi vitoriosa em *Boy Scouts of América v. Dale* (2000)¹¹⁷, admitindo a exclusão de membro de uma associação diante de sua homossexualidade assumida. No entanto, o *Chief Justice* não fez prevalecer sua opinião em *Romer v. Evans* (1996)¹¹⁸, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição estadual que vedava qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial de proteção a homossexuais. Rehnquist foi igualmente voto vencido em *Lawrence v. Texas* (2003)¹¹⁹, decisão que superou o precedente *Bowers v. Hardwick* (1986)¹²⁰ e reconheceu, expressamente, que o direito constitucional de privacidade protegia as relações homossexuais voluntárias entre adultos.

Com a morte do *Chief Justice*, em 2005, a Corte Rehnquist encerrou o seu ciclo como uma das mais influentes na história americana. A Corte foi contemporânea e, em alguns momentos, protagonista do avanço do pensamento conservador. Especialmente depois que Antonin Scalia e Clarence Thomas foram nomeados, muitas conquistas

liberais foram abaladas. Ações afirmativas passaram a ser mais difíceis de implementar. As garantias dos acusados em processos criminais passaram a ser interpretadas de maneira mais estrita. A separação entre Igreja e Estado se tornou mais tênue. O ativismo conservador da Corte levou a a invalidar inúmeras leis que favoreciam os direitos civis, em nome de um novo federalismo¹²¹. Por fim, é impossível não registrar o maior peso que concepções e interesses partidários passaram a ter na formação das convicções da Corte. Em *Clinton v. Jones* (1997)¹²², a Corte afirmou que o Presidente dos EUA – no momento um democrata – podia ser demandado judicialmente por fatos não relacionados ao exercício do cargo e mesmo por fatos anteriores à posse. Mas, em *Cheney v. USDC for District of Columbia* (2004)¹²³, reconheceu privilégio executivo ao Vice-Presidente republicano, Dick Cheney. Mais dramática foi a interferência da Suprema Corte no resultado das eleições presidenciais, em *Bush v. Gore* (2000)¹²⁴, um exercício pleno de poder político e de mau direito.

A Corte Roberts¹²⁵

Em julho de 2005, John Glover Roberts Jr. foi indicado pelo Presidente George W. Bush para a vaga que se abria com a anunciada aposentadoria de Sandra Day O'Connor. Antes de sua confirmação pelo Senado, no entanto, o Presidente da Corte, William Rehnquist, viria a falecer, em setembro de 2005. Diante disso, o Presidente revogou a

114 *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), admitindo a dedução no imposto de renda de valores pagos a escolas religiosas. Sob a presidência de Rehnquist, a Corte estendeu a proteção constitucional a outras situações, como anotou Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull (2007, p.423): “The majority extended protection to religious films and public money spent for religious purposes, so long as the public authority had opened the space to all or allowed religious groups to use the funding, in *Lamb’s Chapel v. Center Moriches Union Free Schools District* (1993), *Capitol Square Review Board v. Pinette* (1995), *Rosenberger v. Tolerable and Visitors* (1995), *Bowers v. Kendrick* (1988), and *Zobrest v. Catalina Foothills School District* (1993)”.

115 536 U.S. 639 (2002).

116 545 U.S. 677 (2005).

117 530 U.S. 640 (2000).

118 517 U.S. 620 (1996).

119 539 U.S. 558 (2003).

120 478 U.S. 186 (1986). Neste caso, a Suprema Corte declinou de estender o direito de privacidade às relações homossexuais, afirmando a constitucionalidade (*upholding*) de uma lei da Geórgia que criminalizava tais relações.

121 Em debate (*roundtable*) sobre “The Rehnquist Court” (2005, v.39, n.3, p. 30-36), lembrou o Professor Larry Kramer (p. 33): “From 1994 to 2004 the Rehnquist Court struck down 30 federal statutes. That’s more than the Warren Court did during its most activist decade, and more than the Lochner Court did as well. If the Rehnquist Court struck down 11 statutes on federalism grounds, that’s compared with none for the six decades prior to that. Striking down that many laws in so short a period has a tremendous effect throughout the political system – in terms of how Congress reacts, how the states react, how politicians campaign, and so forth. That’s where the real effect is”.

122 520 U.S. 681 (1997).

123 542 U.S. 367 (2004).

124 531 U.S. 98 (2000). Em síntese sumária: a Corte decidiu, em tempo recorde, por 5 votos a 4, pela invalidade da recontagem de votos em municípios da Flórida, conforme havia sido determinado pela Suprema Corte da Flórida. Bush havia vencido a eleição no Estado por uma quantidade mínima de votos e a legislação previa a recontagem nesse caso. A decisão da Suprema Corte significou, na prática, a vitória de Bush. Em seu duro voto dissidente, o juiz Stevens escreveu: “The actual loser of this presidential election was ‘The Nation’s confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law’”.

125 Lyle Denniston (2006, v. 155, n.1, p. 63); Ronald Dworkin (2005, v.52, n. 16; 2007, v.54, n. 14); Mark Tushnet, (2007, n. 42, p. 495); James E. Ryan (2007, v. 121, p. 131); Frederick Schauer (2006, v. 120, n. 1, p. 4).

designação de Roberts para a vaga de O'Connor e o indicou para a posição de *Chief Justice*. Com a aprovação de seu nome pelo Senado, em 29 de setembro de 2005, tornou-se o sucessor de Rehnquist, a quem havia servido como assessor (*Law clerk*) nos anos de 1980 e 1981. Ao longo de sua carreira, o novo Presidente entremeou cargos na Administração Pública sob governos republicanos, especialmente sob a Presidência de Ronald Reagan. Além disso, atuou como advogado privado e, a partir de 2001, como juiz na Corte de Apelações do Distrito de Columbia. Roberts sempre esteve ligado ao pensamento conservador, na política¹²⁶ como no Direito¹²⁷.

Para a vaga de Sandra Day O'Connor veio a ser nomeado Samuel Alito, jurista que também ocupara cargos em administrações republicanas e que desde 1990 atuava como juiz na Corte de Apelações do Terceiro Circuito (*U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*), posição para a qual fora nomeado pelo Presidente George Bush. Com a saída de O'Connor e o ingresso de Alito, fortaleceu-se o grupo conservador¹²⁸ e perdeu ainda mais espaço o bloco liberal¹²⁹. O Ministro Anthony Kennedy, visto como um conservador moderado, passou a ser o voto decisivo em inúmeros casos controvertidos. Roberts assumiu com

¹²⁶ Politicamente, o novo *Chief Justice* compunha o grupo dos chamados "filhos da *Reagan Revolution*". Ver Lyle Denniston (2006, v. 155, n. 1, p. 65). Sobre a guinada conservadora propiciada pela "*Reagan Revolution*", ver Mark Silverstein, Benjamin Ginsberg (1987, v.102, n.3, p. 371).

¹²⁷ Ronald Dworkin (2005, v.52, n.16). O texto tem uma versão em português, feita por Thiago Bottino do Amaral (2006, v.1, n. 2, p.3-4): Durante sua carreira pública, Roberts manifestou-se contrariamente à melhoria das proteções do direito de voto das minorias; sustentou a constitucionalidade de uma iniciativa do Congresso de privar as cortes federais dos poderes de supervisão da integração racial; denegriu os esforços de um grupo de mulheres legisladoras para reduzir a desigualdade de gênero nas relações de trabalho; referiu-se ao direito de privacidade utilizando a expressão "o assim chamado"; firmou um abaixo-assinado para que a Suprema Corte modificasse o entendimento consagrado no julgamento *Roe v. Wade*; e classificou como "indefensável" a decisão da Suprema Corte proibindo a criação de um minuto de silêncio nas escolas – cujo fundamento era que esse intervalo poderia ser utilizado para rezas (confira-se o recente artigo de William L. Taylor sobre a carreira de Roberts).

¹²⁸ Com a nomeação de Alito, consumou-se a previsão dos analistas acerca da superação da chamada "*split-the-difference jurisprudence*", que se caracteriza justamente por decisões que, ao invés de aderirem peremptoriamente a uma das vertentes extremas do debate constitucional, buscam se adequar ao "constitucionalismo mediano" Ver J. Harvie Wilkinson III (2006, v. 58, p. 1969). A principal representante desse constitucionalismo mediano era justamente a juíza Sandra O'Connor, substituída por Alito.

¹²⁹ Os juizes considerados mais conservadores são Clarence Thomas, Antonin Scalia, John Roberts e Samuel Alito. Anthony Kennedy alia-se à ala conservadora na maior parte de seus votos. O bloco liberal é formado pelos Ministros (*Associate Justices*) John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer.

o propósito de aumentar o consenso e produzir mais decisões unânimes, o que de fato ocorreu em um primeiro momento. Progressivamente, porém, foi se acentuando a divisão da Corte, com uma sucessão de decisões tomadas por 5-4. No termo encerrado em junho de 2007, tais decisões correspondiam a um terço dos casos julgados. Em todos os 24 casos julgados por 5-4, o Ministro Kennedy votou com a maioria, passando a desempenhar um papel central nos rumos da jurisprudência constitucional da Corte Roberts. Sua posição contrária ao aborto e à ação afirmativa, por exemplo, contribuíram para que a Corte se movesse à direita.

Como intuitivo, ainda não é possível analisar a Corte Roberts em perspectiva histórica mais ampla, nem tampouco mensurar o impacto das mudanças políticas ocorridas no Congresso, em 2006 (TUSHNET, 2007, n. 42, p. 500), e na Presidência, em 2008. Mas já é possível destacar algumas decisões que confirmam ser ela a Corte que os conservadores ansiavam e os liberais temiam (GREENHOUSE, 2007). De fato, somente no ano judiciário encerrado em junho de 2007, a Corte considerou constitucional uma lei restritiva do aborto, manteve a condenação do réu em quase todos os casos que apreciou, aumentou a dificuldade para investidores processarem empresas e seus executivos por fraude com valores mobiliários, invalidou programas de integração racial nas escolas, restringiu a liberdade de expressão de alunos de escolas públicas, dificultou o acesso à Corte, impondo restrições processuais mais rigorosas, e assim por diante.

Nas questões envolvendo *direito penal e processo penal*, a Corte Roberts tem adotado a mesma orientação conservadora da Corte Rehnquist. No tocante à pena de morte, a Corte considerou, em *Kansas v. Marsh* (2006)¹³⁰, ser constitucional a lei do Kansas que permitia a execução do acusado quando as circunstâncias agravantes e

¹³⁰ 548 U.S. 163 (2006). Em seu voto vencido, o Ministro Souter, com a adesão dos Ministros Stevens, Ginsburg e Breyer, referiu-se à lei de Kansas como um absurdo moral. Sobre o tema, ver George H. Kendall (2006, v. 105, p. 79): "*If the outcome in Marsh is any indication of how the Court will deal with capital punishment in the future, it appears that the Roberts Court will divide as often and as sharply as did the Burger and Rehnquist Courts*".

atenuantes se apresentassem com igual peso¹³¹. Em *Uttecht v. Brown* (2007)¹³², a Suprema Corte tornou mais fácil para a acusação a dispensa de jurados que, a seu ver, seriam desfavoráveis à pena de morte. Ambos os julgados foram por 5 a 4. No tocante a provas obtidas com a violação da Emenda 4, ao julgar *Hudson v. Michigan* (2006)¹³³, a Corte considerou que o descumprimento da regra “*knock and announce*” – que impõe à autoridade policial o dever de bater na porta, anunciar sua presença e aguardar um período razoável antes de entrar no domicílio do acusado – não deveria levar à exclusão da prova assim obtida. Em *Carey v. Musladin* (2006)¹³⁴, a Corte considerou não violar o direito do acusado a um julgamento justo o fato de os parentes da alegada vítima sentarem-se na sessão de julgamento usando botões que exibiam a imagem da vítima.

Em matéria de *liberdade de expressão*, a jurisprudência da Suprema Corte tem admitido restrições importantes. Em *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006)¹³⁵, a Corte, em decisão unânime, não reconheceu a possibilidade de faculdades de direito negarem acesso de recrutadores militares aos seus *campi*, medida que as instituições de ensino haviam tomado em razão de as Forças Armadas adotarem políticas de discriminação em relação aos homossexuais¹³⁶. Já em *Garcetti v. Ceballos* (2006)¹³⁷, uma Corte dividida em 5-4 decidiu que servidores públicos – no caso específico, um procurador distrital –, no exercício de suas

funções, não estão protegidos pela Emenda 1 e podem ter suas manifestações submetidas ao poder disciplinar do empregador¹³⁸. Em *Morse v. Frederick* (2007), novamente em uma decisão tomada por 5-4, a Corte entendeu que não violava a Emenda 1 a decisão de diretor de escola de punir estudante que exibiu faixa supostamente defendendo o uso de maconha¹³⁹.

No tocante ao direito ao aborto, a Corte Roberts seguiu a tendência restritiva de sua antecessora, sem, contudo, superar *Roe v. Wade*. Em *Gonzalez v. Carhart* (2007)¹⁴⁰, a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da Lei de Proibição do Aborto Parcial (*Partial-Birth Abortion Ban Act*), de 2003, que vedava uma específica hipótese de aborto. Por uma maioria de 5-4, entendeu que a lei não impunha uma restrição indevida ao direito da mulher de interromper a gestação¹⁴¹.

Em matéria de *equal protection* e ação afirmativa, a Corte invalidou planos de integração racial voluntária em escolas de Seattle e de Louisville, Ky, que usavam a raça como um dos elementos de desempate quando uma Escola de Ensino Médio (*High-School*) recebia mais candidatos do que poderia aceitar, de modo a assegurar determinados percentuais de diversidade¹⁴². Por 5-4, a Corte considerou que a política não passava no “*escrutínio estrito*” a que devem se submeter as distinções baseadas na raça, por inexistir segregação no passado, o que descaracterizava a presença de interesse público preponderante. A Corte Roberts demonstra, nessa decisão, que a implantação de novas políticas de ação afir-

131 Em outro caso envolvendo pena de morte – *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. ___ (2007) –, a Corte reiterou a jurisprudência anterior no sentido de que uma pessoa mentalmente incapaz de compreender a razão de sua execução não pode sofrer tal pena. Ver *Ford v. Wainwright* (1986), 477 U.S. 399 (1986) e *Stewart v. Martinez-Villareal*, 523 U.S. 637 (1998).

132 551 U.S. ___ (2007).

133 547 U.S. 586 (2006).

134 549 U.S. 70 (2006).

135 547 U.S. 47 (2006).

136 A regra conhecida como “*Don’t ask, don’t tell*” (10 U.S.C. § 654) vedava às Forças Armadas a admissão ou manutenção, nos seus quadros, de homossexuais. Em razão disso, várias faculdades de Direito negaram o acesso de pessoas que faziam o recrutamento para as Forças Armadas. O Congresso respondeu com a *Emenda Solomon*, segundo a qual as Universidades que recebessem fundos federais deveriam aceitar o acesso dos militares. Levada a questão ao Judiciário, a Suprema Corte entendeu que a Emenda Solomon não viola a liberdade de expressão e de associação das faculdades e manteve a possibilidade de o Governo negar fundos federais às faculdades que não permitissem o acesso a militares, para fins de recrutamento, que facultam a outros potenciais empregadores. Roberts proferiu a decisão que predominou na Corte, acompanhado por todos os outros membros, exceto por Alito, que realizou próprias considerações.

137 547 U.S. 410 (2006).

138 Sobre o tema, ver Robert Roberts (2007, v. 27, n. 2, p. 171); Charles W. “Rocky” Rhodes (2007, v. 15, p. 1173).

139 O voto que obteve a adesão da maioria foi escrito pelo *Chief Justice* Roberts, que concluiu que a administração escolar não viola a Primeira Emenda ao reprimir manifestações pró-drogas. Para fundamentar essa decisão, foram mencionados precedentes como *Bethel School District v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986), e *Hazelwood v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988). Ver Dickler (2007, v. 53).

140 550 U.S. ___ (2007).

141 Nada obstante, a possibilidade que cria para que os estados limitem os direitos reconhecidos em *Roe* tem sido vista com bastante preocupação. Ver George J. Annas (2007, v. 356, n. 21, p. 2206): “*Some physicians will surely be tempted to view the decision as a narrow victory for antiabortion forces that is unlikely to have more than a marginal effect on medical practice. This view is understandable but misses the potential broader impact of the opinion on the regulation of medical practice and the doctor-patient relationship generally. Until this opinion, the Court recognized the importance of not interfering with medical judgments made by physicians to protect a patient’s interest. For the first time, the Court permits congressional judgment to replace medical judgment.*”

142 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* N° 1 551 U.S. ___ (2007).

mativa tende a se tornar muito difícil, ou quase impossível, justificando-se apenas em hipóteses muito excepcionais¹⁴³.

Em temas de *direito eleitoral*, a Corte Roberts tem sido acusada de promover a desregulação das campanhas e de não proteger os grupos minoritários em causas envolvendo o dimensionamento de distritos eleitorais. Em *Randall v. Sorrell*, a Suprema Corte entendeu que a limitação de gastos de campanha é inconstitucional, pois viola a liberdade de expressão¹⁴⁴. Em *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life* (2007)¹⁴⁵, considerou inconstitucional a aplicação da legislação federal que impede a utilização de recursos de empresas para propaganda política nos sessenta dias que antecedem a eleição se os anúncios cuidarem de questões em debate e não do apoio ou oposição a determinado candidato¹⁴⁶. Em *League of United Latin American Citizens v. Perry*, a Corte enfrentou a alegação de que, na redistribuição dos distritos eleitorais no Texas, houve violações à Constituição e às leis por possuir fins político-partidários. O formato dos novos distritos teria sido arquitetado para beneficiar os republicanos. Com a exceção de um distrito¹⁴⁷, a Corte se recusou a declarar a nulidade da redistribuição, sob o fundamento principal de

não ter sido suficientemente demonstrado o fim partidário obscuro que se alegava¹⁴⁸.

No ano judiciário (*term*) encerrado em junho de 2008, o número de decisões tomadas por 5 a 4 diminuiu¹⁴⁹. No caso de maior significação no período, a Corte endossou a tese de que a Segunda Emenda à Constituição protege o direito individual à posse de armas para uso pessoal, invalidando a proibição contida em uma lei do Distrito de Colúmbia¹⁵⁰. A ala conservadora prevaleceu, também, em decisões como a que admitiu a injeção letal como método de execução da pena de morte¹⁵¹ e na exigência de identidade com foto a ser apresentada pelo eleitor no momento do voto¹⁵². O grupo mais liberal de juízes, no entanto, conquistou vitórias importantes, como na decisão que assegurou aos detidos na Base de Guantánamo acesso às cortes federais¹⁵³, na que invalidou lei estadual que previa pena de morte no caso de estupro de menor, limitando tal tipo de punição aos crimes que resultem na morte da vítima¹⁵⁴, assim como em um conjunto de decisões nas quais se reconheceu direitos de trabalhadores em ações por discriminação no local de trabalho¹⁵⁵.

Como já se registrou, ainda é cedo para uma avaliação abrangente da Corte Roberts. Tampouco é possível prever o impacto político, a médio e longo prazo, da mudança de composição do Congresso e da eleição do novo Presidente. Nada obstante, é inegável o movimento da Corte para a direita, sua maior afinidade ideológica com os grandes interesses econômicos e políticos e sua falta de simpatia pela expansão dos direitos civis. Nos seus primeiros anos,

143 A decisão tem sido duramente criticada. Ver James E. Ryan (2007, v.121, p. 156): “The danger and significance of Parents Involved is that it will make that already remarkably difficult struggle even harder, if not impossible. The legitimate fear is that school districts will interpret this opinion as a signal that they should not bother with school integration. Some districts might conclude that there is now something vaguely illicit about the whole enterprise, that pursuing integration requires indirection and duplicity rather than the overt use of race. Other districts might reason that pursuing integration will only lead to litigation. Clearly, not many districts now seem interested in racial integration, but this decision increases the odds that fewer of them will be interested in the future”.

144 A maioria se formou com os votos de Breyer, Roberts, Alito, Kennedy, Thomas e Scalia, mantendo o precedente fixado em *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), no qual a Suprema Corte havia decidido que o gasto de dinheiro para influenciar eleitores era protegido pela liberdade de expressão.

145 551 U.S. ____ (2007). A lei em questão era o Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 (“McCain–Feingold”).

146 Para uma crítica severa desta decisão, ver Ronald Dworkin, (2007, v. 54, n. 14).

147 Especificamente, no caso de um dos distritos redesenhados, o de número 23, as novas linhas diluíam o voto (*vote dilution violative*), desrespeitando o *Voting Rights Act* de 1965 na seção 2, que diz respeito à proteção dos direitos das minorias contra as majorias. Isso porque 100.000 latinos foram transferidos do antigo para um novo distrito, estranhamente desenhado, razão pela qual a oposição ao plano qualificou a manobra como *gerrymandering*. Diante disso, a Suprema Corte entendeu que, de fato, a mudança poderia ensejar um problema qualificado de proteção da relação maioria-minoria, uma vez que o antigo distrito era separado em três comunidades (*Anglos, Blacks, Latinos*) e nunca havia sido modificado por 22 anos.

148 Kennedy e Alito e Roberts entenderam que o redimensionamento dos distritos não violava a seção 2 do *Voting Rights Act*. Já Scalia e Thomas entenderam que a reclamação de que o *gerrymandering* era inconstitucional não apresentava uma controvérsia justificável. Os *justices* Scalia, Roberts, Thomas e Alito concluíram que a Corte distrital não cometeu erro ao rejeitar a apelação de que remover os latinos do distrito 23 constituía uma intencional diluição do voto (*intentional vote dilution*). Os *justices* Scalia, Robert, Thomas e Alito, por sua vez, entenderam que a criação do distrito 25 satisfaria ao *Voting Rights Act* de 1965.

149 Dos 63 casos decididos pela Suprema Corte entre outubro de 2007 e junho de 2008, onze foram decididos por margem de um único voto, contra 24 no *term* anterior (GREENHOUSE, 2008).

150 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. ____ (2008).

151 *Baze v. Rees*, 553 U.S. ____ (2008).

152 *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. ____ (2008).

153 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008).

154 *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. ____ (2008).

155 *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*.

a Corte tem recebido críticas duras, vindas da academia¹⁵⁶ e dos meios de comunicação¹⁵⁷, que imputam a ela um conservadorismo partidarizado, alinhado com os interesses do partido republicano e de grupos religiosos.

Conclusão

As décadas que se seguiram ao fim da 2ª Guerra Mundial foram marcadas pela *americanização da vida* em múltiplos domínios. Um deles, certamente, foi o direito constitucional. De fato, em países distantes cultural e geograficamente, de um extremo ao outro do globo, disseminou-se o modelo que teve seu marco inicial em *Marbury v. Madison* e seu apogeu nos anos da presidência de Earl Warren na Suprema Corte: centralidade da Constituição, controle de constitucionalidade com supremacia judicial e judicialização das grandes controvérsias em torno da realização dos direitos fundamentais.

No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como *constitucionalização do Direito*, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais

atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional.

Paradoxalmente, nos últimos anos, a prática constitucional americana tem percorrido trajetória inversa. Discursos à direita e à esquerda têm procurado restringir o papel da jurisdição constitucional e valorizar o papel do Poder Legislativo. Em curioso processo, vozes representativas têm pregado abertamente a adoção da supremacia do Legislativo e da lei, o que corresponde, em última análise, ao modelo europeu anterior à 2ª Guerra. Como decorrência, o discurso do momento é a favor da interpretação constitucional estrita e contrário ao ativismo judicial. Aliás, em diferentes momentos, a impressão de um observador externo é de que se desenvolveu uma modalidade de ativismo contrária aos direitos civis. De parte isto, a partidarização manifestada em algumas decisões e a volta da religião ao espaço público também parecem afastar o direito constitucional americano do modelo que encantou o mundo.

É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis.

¹⁵⁶ Ronald Dworkin, (2007, v. 54, n. 14): *"It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead."*

¹⁵⁷ Editorial, *New York Times* (2007): *"The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"*

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. New Haven: Yale Law School, 1997. (Yale Law School Occasional Papers; second series; n. 3).
- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Jürgen Schwabe compilação de sentencias; prólogo Jan Woischnik; tradução Marcela Anzola Gil. Montevideo, Uruguai : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez; Bogotá, Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. xxiii, 501p.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 607 p. (El derecho y la Justicia). 1. ed. Alemã: 1986.
- AMARAL, Thiago Bottino do. Juiz Roberts em julgamento. *Revista de Direito do Estado*, v.1, n. 2, p. 3-4, abr./jun. 2006.
- ANNAS, George J. The Supreme Court and abortion rights. *New England Journal of Medicine: health law, ethics, and human rights*, v. 356, n. 21, p. 2201-2207, may, 2007.
- ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Penguin Books, 1987. Originally published: New York : Viking Press, 1963.
- BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. xviii, 299 p.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. 231 p.
- _____. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 12., 1986, Salvador. *Anais...Salvador: [s.n.]*, 1986. iii, 698 p.
- _____. *A força normativa da constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987. Tese (livre-docência) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1987.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91, 2001.
- BARTHOLOMEW, Paul Charles; MENEZ, Joseph Francis. *Summaries of leading cases on the constitution*. 12. ed. Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983. xviii, 442 p.
- BEARDSLEY, J.E. The Constitutional Council and constitutional liberties in France. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 20, p. 431-52, 1972.
- BEATY, David M. *The ultimate rule of law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2004. xvii, 193 p.
- BELL, John. *French constitutional law*. Oxford [England]: Clarendon press; New York: Oxford University Press, 1992. xxiv, 367 p.
- BENNETT, Robert W. The Burger Court and the poor. In: BLASI, Vincent (Ed.). *Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1983. xiv, 326 p.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.
- BLASI, Vincent (Ed.). *The Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven, Conn: Yale University Press, 1983. xiv, 326 p.
- BLASI, Vincent. The rootless activism of the Burger Court. In: _____. (Ed.). *The Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven, Conn: Yale University Press, 1983. xiv, 326 p.
- BLOC, Susan Low; MARCUS, Maeva. John Marshall's selective use of history in *Marbury v. Madison*. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 301, mar./apr. 1986.
- BON, Pierre. Table ronde: le cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code civil et constitution(s)*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005. 126p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1982.
- BRADLEY, Craig M. (Ed.) *The Rehnquist legacy*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2005. xxi, 392 p.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, Spain, v. 1, n. 21, p. 209, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. [Coimbra]: Coimbra Editora, 1991. 310 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves; revisão: José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1984. 142 p.
- CHEMERINSKY, Erwin. Assessing chief justice William Rehnquist. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 6, p. 1334, jun. 2006.
- CORNELOUP, Sabine. Table ronde: le cas de l'Allemagne. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code civil et constitution(s)*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005. 126 p.
- CORWIN, Edward Samuel. *Edward S. Corwin's the Constitution and what it means today*. Rev. by Harold W. Chase and Craig R. Ducat. 14. ed. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1978.
- _____. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1986. 390 p. Título original: *The constitution and what it means today*.
- COTTRILL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. *Brown v. Board of education: caste, culture, and the constitution*. Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 2003. xi, 292 p.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. 217 p.
- DENNISTON, Lyle W. Rehnquist to Roberts: the "Reagan revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review*, n. 6, p. 63, 2006.
- _____. Rehnquist to Roberts: the "Reagan revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, n.1, nov.2006.
- DICKLER, Melinda Cupps. The morse quartet: student speech and the first amendment. *Loyola Law Review*. v. 53, fall, 2007 (Forthcoming). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1009601>>.
- DI MANNO, Thierry. Code civil e constitution en Italie. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code civil et constitution(s)*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005a. 126 p.
- _____. Table ronde: le cas de l'Italie. In: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code civil et constitution(s)*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005b. 126 p.

- DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Carlos Cavalcante. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; Unisinos, 2006. p. 650-51.
- DORSEN, Norman; GORA, Joel M. The Burger Court and the freedom of speech. In: BLASI, Vincent (Ed.). *Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven, Conn: Yale University Press, 1983. xiv, 326 p.
- DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Org.). *La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel: colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*. Paris: Economica, 1999. xv, 415 p.
- DWORKIN, Ronald. Judge Roberts on trial. *The New York Review of Books*, v. 52, n. 16, oct., 2005.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- _____. The Supreme Court phalanx. *The New York Review of Books*, v. 54, n. 14, sept., 2007.
- DUQUESNE LAW REVIEW, [Pittsburgh, Duquesne University School of Law], v. 45, n. 3, spring 2007.
- EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing América: institutional powers and constraints*. 2. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 1995. xv, 651 p.
- _____. et al. *The Supreme Court compendium: data, decisions, and developments*. Washington, DC: CQ Press, 2004.
- FAIRFIELD, Roy P. (Ed.). *The Federalist papers: a collection of essays written in support of the constitution of the United States: from the original text of Alexander Hamilton, James Madison, John Jay*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1981. xxxii, 332 p.
- FALLON JUNIOR, Richard H. et al. *Supplement to constitutional law: the american constitution and constitutional rights and liberties, cases - comments - questions*. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 2000.
- FAVOREU, Louis. La constitutionnalization du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du droit*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998. 204 p. Actes de l'atelier du 3ème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, 1998.
- _____. *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr>, acesso em: 26 jul. 2005.
- _____.; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Prefazione di Norberto Bobbio. Roma: Laterza, 1989. xxiv, 1034 p.
- FRADELLA, Henry F. Legal, moral, and social reasons for decriminalizing sodomy. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 18, n. 3, p. 279-301, 2002.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991. 264 p.
- _____. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Civitas, 2003.
- GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 49, p.707-716, winter-fall, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.
- GERMANY. Bundesverfassungsgericht. Disponível em: <www.bverfg.de>. Acesso em: 04 ago. 2005.
- GLENNON, Michael J. et al. (Ed.) *A Constitutional law anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson Pub. Co., 1997. 660 p.
- GRABER, Mark A. Constructing judicial review. *Annual Review of Political Science*. Palo Alto, CA, v. 8, p. 425-451, jun. 2005.
- GREENHOUSE, Linda. Foreword: the third Rehnquist Court. In: BRADLEY, Craig M. (Ed.). *The Rehnquist legacy*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2005. xxi, 392 p.
- _____. On Court that defied labelling, Kennedy made the boldest mark. *New York Times*, New York, 29 jun., 2008.
- _____. In steps big and small, Supreme Court moved right. *New York Times*, New York, 01 jul., 2007.
- GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. 286 p.
- GUNTHER, Gerald. *Constitutional law*. 11. ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1985. lxxxvii, 1633, [26] p. (University casebook series).
- HAIMBOWGH, G. Was it France's Marbury v. Madison? *Ohio State Law Journal*, v. 35, p. 910, 1974.
- HALL, Kermit (Ed.). *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 1999. xvii, 428 p.
- _____. *The Oxford companion to American law*. New York: Oxford University Press, 2002. xxvi, 912 p.
- _____. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005. xxv, 1239 p.
- HAMON, Léo. *Controle de constitutionnalité et protection des droits individuels*. Paris: Dalloz, 1974.
- HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *ESCRITOS de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 61-84.
- HOFFER, Peter Charles; HOFFER, Williamjames Hull; HULL, N. E. H. *The Supreme Court: an essential history*. Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 2007. ix, 491 p.
- HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice: critical issue*. New York: Hill and Wang, 1998. xii, 132 p.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989. 196 p.
- KALMAN, Laura. *Abe Fortas: a biography*. New Haven: Yale University Press, 1990. xiii, 499 p.
- KATZ, Daniel Martin. Institutional rules, strategic behavior and the legacy of chief justice William Rehnquist: setting the record straight on Dickerson v. United States. *Journal of Law and Politics*, v. 22, n. 4, fall, 2006.

- KENDALL, George H. The High Court remains as divided as ever over the death penalty. *Michigan Law Review*: first impressions, v. 105, p. 79-84, 2006.
- LEWIS, Thomas T. (Ed). *The U.S. Supreme Court*. Pasadena, CA: Salem Press, Inc., 2007. v.1.
- LOCKARD, Duane; MURPHY, Walter F. *Basic cases in constitutional law*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 1992. x, 334 p.
- LOCKE, John. *Second treatise of government*. Edited with an introd. by C. B. Macpherson. Indianapolis, Ind. : Hackett Pub. Co., 1980.
- LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases, comments, questions*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1986. cxv, 1601, 37 p. (American casebook series).
- LUCHAIRE, François. *Le Conseil constitutionnel*. 2. éd. ref. Paris: Economica, 1997. v. 3, 490 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos do direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. 478 p.
- MERRIL, Thomas W. The making of the second Rehnquist Court. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 47, p. 569, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e actual. [Coimbra]: Coimbra Editora, 1996. t.2
- MORO, Sérgio Fernando. A corte exemplar: considerações sobre a corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v 33, n. 36, p. 337-356, 2001.
- MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; HARRIS, William F., II. *American constitutional interpretation*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1986. xxv, 1262 p.
- NAGEL, Robert F. On complaining about the Burger Court. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, p. 2068, 1984.
- NANES, John M. The Lone dissenter, *Journal of Supreme Court History*, v.31, n. 1, p.1-2, 2006.
- NEW YORK TIMES. New York, 30 set. 2007. Editorial.
- NEWTON, Jim. *Justice for all: Earl Warren and the nation he made*. New York: Riverhead Books, 2006. 614 p.
- NICHOL JR., Gene R. An activism of ambivalence. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 98, p. 315-320, 1984.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampliada y rev. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1989. xvi, 494 p.
- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000. xxix, 1546 p. (Hornbook series).
- PARMET, Wendy E. The Supreme Court confronts HIV: reflections on *Bragdon v. Abbott*. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*: a journal of the american society of law, medicine & ethics. v. 26, n. 3, p. 225-40, 1998.
- PARRISH, Michael E. Review Essay: Earl Warren and the american judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, Chicago, USA, v. 7, n. 4, p. 1179-1188, oct. 1982.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 546 p.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359 p. Edição traduzida do italiano.
- PHILIPPE, Xavier. *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica, 1990. 541 p.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univeristy Press, 1980.
- THE REHNQUIST Court: a roundtable discussion on William H. Rehnquist's '52 tenure as chief justice of the United States, featuring five constitutional scholars and Supreme Court practitioners. *Stanford Lawyer*, Stanford, Californ. v. 39, n. 3, p. 30-36, spring 2005.
- RHODES, Charles W. Rocky. Public employee speech rights fall prey to an emerging doctrinal formalism. *William & Mary Bill of Rights Journal*: a student publication of the Marshall-Wythe School of Law. Williamsburg, Va. v.15, p. 1173, 2007.
- ROBERTS, Robert. The Supreme Court and the deconstitutionalization of the freedom of speech rights of public employees. *Review of Public Personnel Administration*, v. 27, n. 2, p. 171-184, June, 2007.
- ROBINSON, Cyril D. The criminal procedure political connection: Miranda before and after, *Law & Society Inquiry*, v.10, p. 427, 1985.
- RYAN, James E. The Supreme Court and voluntary integration. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 121, p. 131-157, nov. 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p.
- SAYLER, Richard H.; BOYER, Barry B.; GOODING, Robert E. (Ed.). *The Warren Court: a critical analysis*. New York, Chelsea House, 1969. ix, 262 p.
- SCACCIA, Gino. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2000.
- SCHAUER, Frederick. The Supreme Court 2005 term: foreword: the court's agenda - and the nation's. *Harvard Law Review*. v.120, n.1, p.4, nov. 2006.
- SCHWARTZ, Bernard. *The ascent of pragmatism: the Burger Court in action*. Reading, Mass.: Addison-Wesley Pub. Co., 1990. x, 482 p.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. viii, 261 p.
- SILVERSTEIN, Mark; GINSBERG, Benjamin. The Supreme Court and the new politics of judicial power. *Political Science Quarterly*, New York, v. 102, n. 3, p. 371, 1987.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.
- STEPHENSON JR., D. Grier. The judicial bookshelf. *Journal of Supreme Court History*. Washington, D.C., v. 31, n. 3, p. 298-315, nov. 2006.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Translation of: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*.

STONE, Geoffrey R. et al. **Constitutional law**. 3. ed. Boston: Little, Brown, 1996. ciii, 1814 p. (Law school casebook series).

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York, N.Y.: Foundation Press, 2000. v. 1.

TUSHNET, Mark V. **A Court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law**. New York: W. W. Norton, 2005. 384 p.

_____. The optimist's tale. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, v.132, n. 3, p. 1257, 1984.

_____. Symposium foreword: the first (and last?) term of the Roberts Court. **Tulsa Law Review**. n. 42, p. 495-500, spring 2007.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 448 p., p.84.

WILKINSON, J. Harvie, III. The Rehnquist Court at twilight: the lures and perils of split-the-difference jurisprudence. **Stanford Law Review**, v. 58, p.1969-1996, nov. 2006.

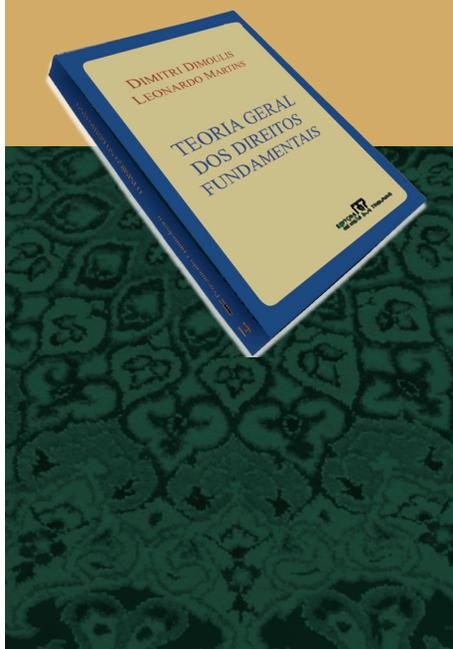
ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: lei, direitos e justiça**. Madrid: Trotta, 2005.



Resenhas

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por Jean Carlos Dias*



* Doutor em Direitos Fundamentais. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas. Professor (graduação e pós-graduação) do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia, Escola Superior da Magistratura e do Centro de Formação e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado do Pará. Autor de diversos livros e artigos publicados nacionalmente. Professor convidado em diversos programas de pós-graduação em todo o Brasil. Advogado.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. 334p.

Os professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na obra *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, fazem um profundo estudo sobre o tema.

A obra é dividida em duas partes.

Na primeira parte, os autores fazem uma ampla revisão a respeito da dogmática dos direitos fundamentais. Nesse sentido enfrentam os principais temas nesse campo.

De modo didático, a obra desenvolve a questão do conceito dos direitos fundamentais; os autores demonstram que esses direitos devem estar conectados à normatização infraconstitucional que precisa ser tomada em conjunto com o Texto Constitucional para a adequada concepção desses direitos.

Ainda no campo da dogmática, enfrentam o problema da eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais e mostram como a Corte Constitucional Alemã e a Brasileira têm se posicionado sobre o problema.

No campo dos limites dos direitos fundamentais, os autores demonstram que a Constituição brasileira adotou múltiplos níveis de reserva legal e também consagrou direitos fundamentais sem reserva, sem que, nesse último caso, importe em admitir a inexistência de parâmetros.

Exatamente nesse ponto, os autores examinam como a teoria da proporcionalidade adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão foi configurada em nossa tradição jurídica. Assim, concebem a proporcionalidade como limite à competência para delimitar os direitos fundamentais, e, nesse sentido, expõem os passos de realização do princípio em função dos elementos constitutivos.

A proporcionalidade em sentido estrito é contextualizada dentro da proposta positiva, razão pela qual é estruturada uma crítica a esse tipo de ponderação de valores por entendê-la irracional, uma vez que não haveria uma balança de precisão capaz de demonstrar objetivamente a relevância dos valores em casos reais.

Nesse exato sentido, os autores defendem um ponto de vista restritivo da possibilidade de ponderação de valores no âmbito da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, sobretudo diante do processo de controle de constitucionalidade.

Em função desses pressupostos os autores elaboram um roteiro para a aplicação dos direitos fundamentais em sede de controle de constitucionalidade. Esse roteiro metodológico leva em consideração a natureza dos direitos fundamentais objeto da decisão judicial.

A proposta obviamente sustenta que os direitos fundamentais, normalmente denominados positivos e negativos, devem adotar métodos de aplicação diversos e que tais métodos devem considerar seus méritos relativos tendo por referência o papel do legislador que é claramente relevado.

Há, assim, uma clara rejeição à participação do Poder Judiciário na formação do leque de direitos que as pessoas devem deter em uma sociedade. Nesse sentido, adotam de modo bastante restrito o papel do controle judicial.

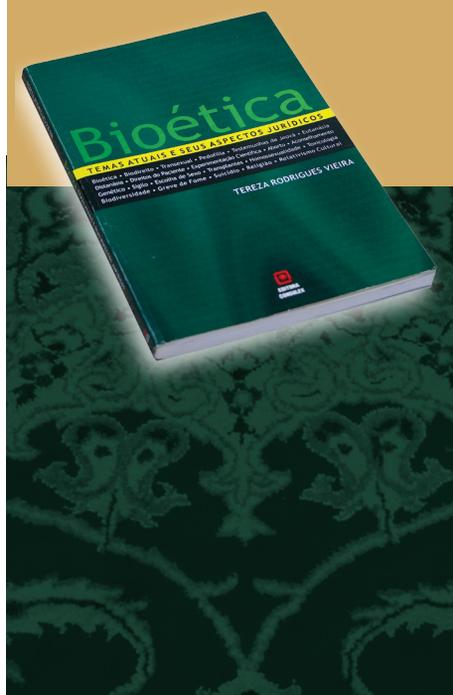
Na segunda e última parte do livro, os autores examinam um conjunto de decisões do Tribunal Constitucional alemão, visando aplicar os métodos que construíram sobretudo para sustentar uma abordagem crítica.

Trata-se de uma obra central no estudo do tema, sobretudo, porque a abordagem positivista adotada pelos autores sugere a possibilidade de reconhecimento de uma teoria dos direitos fundamentais pautada pelo binômio autoridade-hierarquia e pela imunização à moral, que são os pressupostos clássicos daquela corrente de pensamento.

Mesmo que não se concorde com as premissas e com o projeto teórico em si, a obra merece leitura e reflexão como contraponto ao pensamento dominante a respeito dos direitos fundamentais.

BIOÉTICA: TEMAS ATUAIS E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Por Raimundo Wilson
Gama Raiol*



* Mestre e Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/ Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

¹ Esses elementos identificadores estão disseminados nas seguintes partes iniciais da obra: A Contribuição do Estudo da Bioética no Direito; A Contribuição da Bioética nas Profissões; O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Bioética; Necessitamos de Normas Penais na Bioética? O Chamado Biodireito; e A Interface do Biodireito com a Bioética (VIEIRA, 2006. p. 09-32).

² Ibid, p. 13.

³ Ibid, p. 27.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética**: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006. 145 p.

Tereza Rodrigues Vieira aborda assuntos polêmicos enfiados na seara bioética, dentre os quais, a eutanásia, a distanásia, o suicídio, o aborto, a pedofilia, o aconselhamento genético, a escolha do sexo do bebê, a transexualidade, os transplantes, a biotecnologia, as células-tronco e o uso de pessoas em experimentos científicos, afluindo-os e discutindo-os sob o prisma do comportamento ético no campo das ciências biológicas, o que, como permite deduzir, implica, em última análise, que as práticas nesse arcabouço científico devem observar os valores humanos.

O horizonte abrangido pela bioética e seu significado pode ser visualizável a partir desses multifacetários temas, ensejando que se tenha a noção de que a bioética está relacionada ao debate acerca da vida e da saúde e ao desbravamento de assuntos de pertinência da biologia, da medicina, da biomedicina e da biotecnologia, perpassando pelos crivos da antropologia, da sociologia, da teologia e da filosofia. É o que se extrai como conjunto de delineamentos que a autora traz a lume como identificadores da bioética¹.

A bioética, segundo enuncia a autora, “possui um caráter reflexivo acerca do futuro da humanidade, dos objetivos e dos métodos da ciência no tocante ao respeito à dignidade da pessoa humana”² e é indispensável aos profissionais de vários ramos da ciência, tais como os do direito, da biologia, filosofia, medicina, enfermagem, teologia, psicologia, odontologia, veterinária e agronomia. Pode-se, portanto, apreender o seu caráter transdisciplinar. Relaciona-se, por seus aspectos polêmicos, mais intrinsecamente com o direito constitucional, civil, ambiental e penal, como enfatiza a autora, acrescentando: “Com a ajuda da bioética, o direito poderá ser aplicado de forma mais humanizada, havendo, conseqüentemente, mais justiça”³.

A autora traz à reflexão o direito de morrer, que prefere denominar de *morte digna*. Após expor os entendimentos antagônicos das duas principais correntes que, sob o prisma ético, se ocupam do deslindamento do dilema representado pela eutanásia —: uma, contra (entende que não há o direito à morte, mas unicamente o direito-dever de viver, sendo o homem apenas usufrutuário de seu corpo e de sua existência) e a outra, a favor (proclama que é de acreditar-se que um ser livre e autônomo pode renunciar a todo direito, inclusive o concernente à vida, desde que mediante escolha realmente voluntária e resultante de informação completa e bem detalhada acerca dessa questão) —, mostra o pensamento dos que a defendem como opção para pacientes em casos especiais. Salienta, entretanto, em sede de matéria tão complexa e polêmica, que, em virtude do progresso da Medicina, pode se afigurar momentânea a incerteza sobre a incurabilidade. Deixa, então, patentes as recomendações de que o médico deve se empenhar ao máximo quando houver uma chance de cura, não lhe cabendo negligenciar se houver meio disponível para aplicar uma terapia útil.

No tocante à problemática do aborto, invocando opiniões de filósofos, advoga sua inclusão nas questões sanitárias e públicas do nosso país, pois, segundo assevera, “é uma das principais causas de óbito materno”⁴, por falta de cumprimento do art. 226, § 7º, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Nessa temática, analisa, sob os enfoques da medicina, das decisões judiciais e do entendimento religioso, a complexidade que cerca o abortamento em caso de anencefalia fetal. Nessa direção, aponta os seguintes aspectos cruciais, relacionados a essa complexidade: a) a certeza da incompatibilidade da vida extra-uterina atestada por médicos; b) o sofrimento da mãe (depressão, fobias etc), traumatizada por estar obrigada a ver nascer uma criança desprovida da calota craniana e do cérebro rudimentar, sem possibilidade de sobrevivência.

Reporta-se a autora à questão da pedofilia, enunciando: “O pedófilo repete os traumas sofridos e busca abrigo nas crianças para se afirmar e certificar a sua potência sexual”⁵. Esclarece que este age por forte compulsão. Depois de remissão a casos concretos e de enfatizar o dever de proteção integral das crianças, com absoluta prioridade, conclui que a prática da pedofilia deve ser punida, embora os pedófilos devam ter tratamento psicológico patrocinado pelo Estado, como prevenção à reincidência.

No que concerne a transplantes, a abordagem do assunto move à profunda reflexão, tanto sobre as implicações médicas e as consequências com rejeição de órgãos, quanto sobre o aspecto ético, inclusive em cirurgias plásticas de reconstrução de rostos humanos (de pessoas lesionadas por queimaduras, traumatismo, doenças congênitas ou acidentes), mediante a utilização de pele extraída de uma pessoa doadora. A autora narra caso em que essa atitude médica se concretizou, tendo a receptora adquirido uma outra imagem, híbrida, diferente da sua anterior e da doadora.

No que se refere às células-tronco, ressalta a possibilidade de serem utilizadas “no tratamento de infartos, leucemia, distrofia muscular, esclerose múltipla, Alzheimer, Parkinson, dia-

betes, em transplantes, originar dentes, crescimento de novas córneas”⁶. Acrescenta: “Não se pode olvidar que as pessoas que estão nas filas de transplantes e as portadoras de necessidades especiais gozam dos mesmos direitos que as demais”⁷.

Outra questão polêmica abordada pela autora é a respeitante aos problemas enfrentados pelo transexual, tais como o da cirurgia para adequação de sexo, o da mudança de nome, o seu direito ao casamento e o de adotar uma criança, para os quais pede reflexão. Discorre sobre a problemática em torno da transexualidade e sua consequência no âmbito intra-familiar, envolvendo a relação conjugal com sua dissolução, quando a adequação sexual por via cirúrgica ocorrer após o casamento, a convivência entre os transexuais e as crianças, em se tratando de adoção, e entre aqueles e seus filhos, bem como a inclusão social e a mudança de identidade civil de quem busque a referida adequação.

Por todos os aspectos realçados, a obra sob comento deve ser usada para reflexão acerca da aplicabilidade da bioética no mundo jurídico e em outras áreas do conhecimento.

⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006. 145 p., p. 39.

⁵ Ibid, p. 59.

⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006. 145 p., p. 105.

⁷ Ibid, p. 107.

