REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Volume 2 – maio/julho 2007

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Ano I Volume 2 – Maio/Julho 2007

Comissão Editorial

André Menescal Guedes

Bruno Cunha Weyne

Gustavo Beviláqua Vasconcelos

Gustavo César Machado Cabral

Mariana Almeida de Sousa

Conselho Editorial

Fernando Basto Ferraz

João Luís Nogueira Matias

Juvêncio Vasconcelos Viana

Lília Maia de Morais Sales

Marcelo Lima Guerra

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque

Uinie Caminha

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.
v.1-2007-Fortaleza,n.trimestral.
Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.

ISSN - 1981-5387

1-Direito-periódico
1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

Sobre os Autores

Andressa Costa Matos
Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Arthur Araújo de Oliveira
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Francisco Henrique Melo de Lacerda
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Francisco Suderley Holanda Pereira Leite
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Gustavo César Machado Cabral
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

Rafael Benevides Barbosa Gomes
Aluno do curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Raimundo Hélio Leite
Doutor em Educação e Livre Docente pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Faculdade de Direito da UFC.

Renato Leite Monteiro
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Viviane Pereira Rocha
Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Ygor Coelho Soares

Sumário

A Conduta Profissional como Meio de Comunicação Simbolicamente Generalizado

Rafael Benevides Barbosa Gomes.....5

Breve Estudo sobre a Abrangência da Legitimação Extraordinária para Suceder Trazida pelo art. 1.799, i do Novo Código Civil - Possibilidade de sua Aplicação em Benefício dos Filhos Adotivos

Arthur Araújo de Oliveira.....14

Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Viviane Pereira da Rocha.....20

Erro no Direito Penal

Andressa Costa Matos.....29

Interpretação em Santo Agostinho e Hermenêutica Contemporânea

Gustavo César Machado Cabral.....43

Interrogatório por Videoconferência: Atraso com Disfarce de Avanço

Francisco Suderley Holanda Pereira Leite..... 52

O Poder Constituinte e o Processo de Revisão Constitucional

Francisco Henrique Melo de Lacerda.....62

O Relativismo Exacerbado versus a Afirmação da Universalidade do Homem

Ygor Coelho Soares.....71

Spywares: Aspectos Jurídicos

Renato Leite Monteiro
Raimundo Hélio Leite.....80

A CONDUTA PROFISSIONAL NO CAMPO JURÍDICO COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO SIMBOLICAMENTE GENERALIZADO

RAFAEL BENEVIDES BARBOSA GOMES*

RESUMO

O trabalho se divide em duas partes que se apresentam concatenadas ao longo do texto. Num primeiro momento, é apresentada uma análise ontológica acerca da realidade do operador do direito na sociedade brasileira. O distanciamento existente entre a prática jurídica e a ética seria resultado da necessidade de cumulação de riquezas com fins de atingir um status de estabilidade social alheio a prescrições de valores éticos ou mesmo jurídicos. Em seguida, sob uma postura deontológica, sustenta-se a necessidade do exercício de uma conduta compatível com normas de um sistema ético socialmente vigente, por parte do operador do direito, de modo que tal postura possibilitaria um sucesso profissional aliado ao desenvolvimento das instituições sociais como meios que permitem a procedimentalização da busca pela liberdade e justiça, possíveis de serem colimadas através do estado.

Palavras-chave: Ética. Teoria dos Sistemas. Sociedade

ABSTRACT

This inquiry is divided in two parts presented together during the text. At first, an ontological analysis about the reality of attorneys and justice professionals in the brazilian society is presented. The existing distance between legal practice and ethics would be a result coming from the necessity of wealth accumulation, in order to accomplish a status of social stability away from the oughts of ethical or even legal values. After that, under a deontological position, one supports the necessity of attorneys and justice professionals to adopt a behaviour which is compatible with norms of a socially valid ethical system, in order to make possible a professional sucess allied with the development of social institutions functioning as tools to provide liberty and justice, only possibles of being visualized with the existence of the state.

Keywords: Ethics. Systems Theory. Society

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Introdução

A atual descrença nas instituições jurídicas representa verdadeiro bloqueio ao desenvolvimento da justiça como instituição. Não se pode conceber um regime democrático sem uma atuação eficaz de um Poder Judiciário que, por si só, já representa um núcleo blindado à legitimação e ao crivo político do povo como soberano. O papel social que adotam os operados do direito na sociedade brasileira implica o desconhecimento da relação existente entre a ética e o desenvolvimento do estado. Qualquer utilização de valores no momento da prática profissional aparece como óbice para a busca de objetivos que parecem inerentes ao exercício de qualquer profissão. De modo concomitante, a predominância do relativismo filosófico no trato de questões científicas e daquelas relacionadas com a *práxis* parece contribuir para tal postura. A interrogação que surge acerca de tal realidade é como aliar ao sucesso profissional o exercício da ética vista como um conjunto de regras e valores necessários ao desenvolvimento do papel de instituições sociais que permitem a procedimentalização da vida política em sociedade.

I.

Não é possível conceber um comportamento profissional que seja compatível com o desenvolvimento do estado e das atividades acadêmicas sem o uso de um sistema ético norteador das ações políticas e jurídicas que adentram o sistema social em forma de comunicação. O operador do direito que emite juízos de valor acerca de sua conduta profissional gera um certo respeito por aqueles que podem ser eventualmente afetados por suas ações.

Com uma das frases que marcam o pensamento filosófico do século XX **[1]**, o sociólogo Niklas Luhmann, sob os paradigmas epistemológicos da teoria dos sistemas, emerge com uma visão de sociedade composta por comunicações. Nesse esteio, visualizando o ser humano como uma tríade formada por *sistema biológico, sistema psíquico e sistema social* (MOELLER , 2006:11-18), pode-se analisar cada uma dessas dimensões, interligadas entre si, com o intuito de compreender a realidade a partir de uma perspectiva que supera o antropocentrismo da sociologia clássica. Ver-se-á que o comportamento humano gera implicações sistêmicas no âmbito social, em forma de comunicação, possibilitando a criação de expectativas normativas acerca dos indivíduos. Isso cria concepções que

atuam como paradigmas para a autopoiese da comunicação social que evolui, em Luhmann, de forma não teleológica (Cf. NEVES, 2006:6), o que implica a possibilidade de uma evolução enraizada por concepções problemáticas acerca do papel do operador do direito e das instituições sociais.

É a partir da perspectiva sistêmico-social que fica possível proceder a uma análise dos reflexos do comportamento profissional que opta simplesmente por uma conduta pragmática, ainda que esta vá de encontro ao próprio direito e ao sistema ético vigente.

O trabalho mostrará, portanto, que, ainda que os padrões éticos vigentes representem um sistema de moral relativo sob a ótica do relativismo filosófico (Cf. KELSEN, 1993:164-165), percebe-se que estes contribuem de modo fundamental para o respeito às instituições jurídicas de uma sociedade contemporânea que, definitivamente, desenvolve-se sob a égide de uma crise de valores.

II.

No âmbito do sistema social luhmanniano, a comunicação é seu elemento base, que permite a autopoiese social necessária ao desenvolvimento das atividades típicas de uma sociedade fundada na diferenciação funcional, ou seja, na, cada vez mais específica, separação de funções sociais. A própria divisão do trabalho é fenômeno corolário da diferenciação funcional. Para Adam Smith, a segmentação das atividades nasce a partir da própria natureza humana, que tende à troca, *i.e.*, que busca constantemente a permuta de bens observados como tanto a partir dos valores criados socialmente. Desse modo, a natureza mercantil do homem impulsiona-o à troca – esta, conseqüência necessária – fazendo com que a divisão do trabalho surja naturalmente, de modo a permitir a troca de bens – hipótese impossível de verificação caso todos cuidassem da mesma atividade (Cf. SMITH, 1985:49).

Nessa sociedade mercantil, com segmentação mais complexa que encontra denominação científica no conceito de diferenciação funcional, surge, num patamar subseqüente, a necessidade de relações políticas que objetivam a troca, agora não apenas de bens, mas de favores. Um contexto que vislumbra o poder como mercadoria, como bem a ser "trocado", de modo que se consiga a resolução de certos objetivos profissionais e necessidades financeiras.

Situação esta que explica o panorama atual do ramo jurídico no País. Mas tal *status* encontra feito histórico semelhante nos tempos do Brasil colonial, com o antigo tribunal de relações, à época, órgão equivalente ao poder judiciário. As ordenações advindas da metrópole, na época, prescreviam

normas de conduta que obrigavam os magistrados a não se envolver com a sociedade colonial. As proibições, dentre outras, eram de que os magistrados não podiam, obviamente, possuir negócios com fins comerciais, manter relações íntimas com indivíduos ou entidades envolvidas com atividades fiscalizadas pela ótica judicial, ou sequer possuir cônjuge nativo juridicamente reconhecido através do casamento. Desnecessário salientar, como mostra a história, que as ordenações foram amplamente descumpridas.

Conseqüentemente, a magistratura se viu, durante a execução de suas atividades, totalmente pressionada por forças políticas vigentes à época, o que levou a uma troca de favores e a uma mercantilização do poder dos magistrados, da igreja, e, inclusive, do governador-geral (Cf. SCHWARTZ, 1979:139-148).

Dessa forma, a atual realidade do poder judiciário encontra reflexo histórico análogo ao Tribunal de Relações durante o período colonial, ainda que guardadas as devidas proporções.

III.

No panorama atual, vários são os fatores que levam o operador do direito a um desprendimento da ética profissional. No raciocínio lógico que aqui se intenta explicitar, o problema deriva da concatenação dos seguintes pontos que se observam a seguir.

O operador do direito, para almejar a um sucesso profissional compatível com suas ambições que remetem a objetivos nascidos ainda no âmbito da academia, vê-se diante do impasse entre a efetivação de seus objetivos e o respeito à ética à qual a profissão se vincula. Movido por tais interesses, chega-se ao caminho que observa as instituições jurídicas como algo supérfluo em relação à cultura moderna que busca a cumulação de valores.

Na contemporaneidade, o homem não mais visualiza a esfera do político como objetivo. A autonomia, no próprio sentido etimológico de auto-normatização, é desvalorizada pelo homem. Aristóteles já visualizava essa possibilidade, que era socialmente desprezada na Grécia antiga. O homem que tinha como fim a cumulação de valores, bem como a cumulação da moeda, elo para a efetivação da *reciprocidade proporcional* (Cf. ARISTÓTELES, 2001:99-101, 1997:23-28), era um homem que se colocava abaixo do valor das coisas. O fim último da vida em sociedade era a liberdade, a *vida com excelência* (*bios*) que se buscava no âmbito da *pólis*.

Como se verifica atualmente, o objetivo da vida em sociedade, e da vida profissional, é, em suma, a cumulação de riquezas, do dinheiro, de modo que se possa almejar a um padrão de vida confortável. É com esse objetivo em mente que o operador do direito guia suas ações profissionais. O gosto e o prazer pela profissão aparecem em nível secundário. No âmbito dos escritórios de advocacia, o raciocínio é o mesmo: o sucesso do negócio apenas é importante porque este representa uma forma socialmente consolidada de cumulação de riquezas, que possibilitarão, como já mencionado, uma qualidade de vida concebida apenas no âmbito das relações privadas, alheia àquelas conseguidas através do âmbito político.

Diferentemente daquilo que Adam Smith faz, ao dizer que a natureza humana possui caráter mercantil, não se pretende demonstrar aqui que a cumulação de riquezas representa característica inerente à natureza humana. Tal objetivo é almejado em virtude de delineamentos históricos que convergem para o *status quo* e para a desvalorização da vida política em sociedade.

Do mesmo modo que a *pólis* permitia a efetivação da liberdade, o acesso ao sistema jurídico permite a regulação dos conflitos sociais num segundo plano, ou seja, em momento de superveniente à capacidade legiferante do Poder Legislativo. A autonomia (auto-normatização ou auto-regulamentação), atingida através de um regime democrático, ainda que admitido o sistema representativo, é consolidada pela atuação do Poder Judiciário, que verifica o cumprimento e procede à aplicação dos atos normativos legitimados pelo parlamento.

O super-valor atribuído à cumulação de riquezas em favor de uma vida social estável ultrapassa a valorização dada às instituições sociais que representam a procedimentalização do processo de liberdade a que almeja a vida política. Desse modo, feito o juízo de valor sobre estas duas alternativas de vida, obviamente que a primeira opção valorada positivamente pelo homem e, por conseqüência, pelo profissional do direito, são escolhidas em detrimento do Estado e das instituições sociais.

A desvalorização das regras sociais e políticas, bem como da ética profissional, que, sob a ótica aqui defendida, apenas representará uma derivação de princípios nascidos no âmbito estatal, acarreta o processo de decadência das instituições sociais como um todo.

IV.

As práticas antiéticas que surgem, no âmbito jurídico, a partir dessa necessidade contemporânea de estabilidade e qualidade de vida experimentada na esfera privada são diversas, e possuem como instrumento o *poder*.

Para Luhmann, o *poder* se apresenta como um *media* (meio de comunicação simbolicamente generalizado) que permite o aumento da probabilidade de continuidade da comunicação (Cf. MOELLER, 2006:26-29) **[2]**. Os *media* facilitam a efetivação dos estágios de comunicação do sistema social (*seleção, transmissão e entendimento*) (Cf. LUHMANN , 2005:139-165). Como exemplo, tem-se o dinheiro, que funciona como elo da troca comercial. Sua simples apresentação já pressupõe o valor do trabalho que é oferecido, permitindo a dinamicidade das relações comerciais e a equalização da troca de bens com valores distintos.

A posse do poder facilita a probabilidade de continuidade da comunicação, ou, em termos não-luhmannianos, permite a aceitação de decisões já previamente tomadas. Somente com a posse do poder, por exemplo, é que as decisões que emanam do Legislativo são aceitas como dotadas de caráter vinculante a todos. No âmbito da atividade jurídica, a prática de relações políticas que visam uma manipulação do poder é norteada pelo supracitado princípio de estabilidade vital em âmbito privado, atingido através da cumulação de riquezas.

A relação entre operadores do direito e aplicadores do direito, ou intérpretes autênticos do direito, para Kelsen (2003:387), quando norteada por interesses que acarretam a desvalorização da instituição do Poder Judiciário, visam, sem dúvida, o sucesso profissional que, no raciocínio lógico previamente mencionado, permite o alcance de uma vida financeira estável. Tal prática possui características de um pragmatismo **[3]**, tomando como importante apenas a realização prática de interesses previamente estabelecidos. Essa é a exposição daquilo que atualmente se observa na realidade da prática jurídica da sociedade brasileira.

Em face de tais problemas, observa-se a desvalorização da ética, que deveria atuar como sistema de princípios e normas norteadores da atividade do operador do direito. Contudo, é preciso observar que o sucesso profissional não é alcançado tão somente através de tais práticas fundadas no pragmatismo. A utilização de princípios éticos como norteadores das convicções morais do operador do direito permitem a autovalorização do profissional frente à sociedade, uma vez que sua conduta social, externalizada em forma de comunicação/atos comunicativos, representa a imagem que se têm de um determinado indivíduo no âmbito do sistema social.

A tese que aqui se defende é a seguinte: possuindo o operador do direito uma conduta profissional compatível com valores éticos socialmente aceitos, seu comportamento e reputação tomam a forma de um *media* que possibilitará a continuidade da comunicação no sentido de provocar nos indivíduos o sentimento de apreço e admiração por aquele que apresenta tal comportamento, o que refletirá no seu sucesso profissional almejado **[4]**. E ainda, as implicações benéficas que tal conduta acarreta são diversas: a valorização do profissional do direito na sociedade, o respeito à justiça no sentido de instituição (*Justiz*, ou *díke*) **[5]**, que, por sua vez, contribui para que a sociedade continue a acreditar no importante papel democrático e social que devem exercer o advogado e o poder judiciário, etc.

Em meio a tamanho problema, o exercício da ética profissional, especificamente no âmbito do direito, representa a conscientização da importância do papel do operador do direito para a efetivação das instituições sociais como um meio que possibilita, na prática, a realização da vida com excelência, no sentido do vocábulo grego *bios*.

Conclusão

Pode-se, com base em todo o raciocínio apresentado, resumir algumas conclusões da seguinte forma:

a) Na sociedade contemporânea, a busca de objetivos sociais reside na cumulação de riquezas com fins de proporcionar ao homem uma estabilidade social e financeira não fornecida pelo estado na forma de uma inclusão generalizada. Desse modo, estes se apresentam no sistema social, em forma de comunicação, como objetivos que só podem ser alcançados através da adoção de uma postura individualista, pragmática e, sobretudo, alheia a normas éticas que impossibilitem a utilização das instituições sociais como um meio para a felicidade assim concebida.
b) As instituições sociais, como o Poder Judiciário, entidades classistas – incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil –, bem como as normas de conduta a estas relacionadas, passam a ser desvalorizadas em favor de uma busca com caráter individualista.
c) Conseqüentemente, tem-se a desvalorização da esfera social que permite a procedimentalização dos fins últimos da vida política: a autolegislação, a liberdade, a justiça.

d) A ética, então desvalorizada, deve passar a ser vista como elemento necessário à perpetuação das instituições sociais. De modo concomitante, chega-se ao ponto principal, em que o sucesso profissional do operador do direito também pode ser alcançado na hipótese em que sua conduta seja compatível com as normas éticas socialmente vigentes.
e) A apresentação da conduta profissional do operador do direito no âmbito do sistema social de Luhmann se dá em forma de comunicação. Transformando-se esta conduta em hábito, em respeito às instituições sociais que dela dependem, sua reputação tomará a forma de um meio de comunicação simbolicamente generalizado (*media*), permitindo o alto aumento da probabilidade de continuidade da comunicação recíproca ao pensamento do operador do direito. Em outras palavras: o conjunto de suas atitudes, que são nada mais do que comunicação dentro do sistema social, transforma-se num paradigma benéfico à reputação do profissional, garantindo seu sucesso a partir da imagem ética construída por sua conduta ilibada.

Notas

[1] "Human beings cannot communicate; (...) only communication can communicate". LUHMANN, Niklas. *How can the mind participate in communication?* In: *Materiatilites of Communication*, organizado por H.U. Gumbrecht e K.L. Pfeifer. Tradução de William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, p. 371-87, 1994.

[2] Vide ainda, Vide LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília: Editora da UnB. Coleção Pensamento Político, 1973.

[3] Concepção epistemológica que considera quais são os efeitos que concebivelmente terão o alcance prático que atribuímos ao objeto da nossa compreensão; no texto, utiliza-se no sentido de nortear a conduta com a finalidade principal de obter resultados práticos desejados. Vide, ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 784.

[4] Nesse sentido, Luhmann sublinha que os *media* "forman – em un sentido muy abstracto – um equivalente funcional de la moral. Y luego a su vez condicionam lãs possibilidades de la aceptación y el rechazo". Vide, LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 246.

[5] A palavra justiça é empregada aqui no sentido de instituição, o que corresponderia ao vocábulo *díke*, diferindo da justiça como virtude (*dikaiosýne*). Semelhante diferença pode ser encontrada no alemão, entre os vocábulos *Gerechtigkeit* (*dikaiosýne*) e *Justiz* (*díke*).

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da UnB. 1997.
_____. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da UnB. 2001.
KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília: Editora da UnB. Coleção Pensamento Político, 1973.
_____. *How can the mind participate in communication?* In: *Materiatilites of Communication*, organizado por H.U. Gumbrecht e K.L. Pfeifer. Tradução de William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, p. 371-87, 1994.
_____. *Social Systems*. Tradução de John Berdnarz, Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 2005.
_____. *La sociedad de la sociedad.* Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*: from souls to systems. Illinois: Open Court, 2006.
NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*: a suprema corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. Tradução de Maria Helena Pires Martins. Editora Perspectiva, 1979
SMITH, Adam. *A riqueza das nações*: investigação sobre sua natureza e causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova cultural, volume I, 1985.

BREVE ESTUDO SOBRE A ABRANGÊNCIA DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA SUCEDER TRAZIDA PELO ART. 1.799, I DO NOVO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO EM BENEFÍCIO DOS FILHOS ADOTIVOS

ARTHUR ARAÚJO DE OLIVEIRA[*]

RESUMO

A vertente exposição traz a baila tema que, conquanto já tenha merecido pronunciamento do legislador constituinte brasileiro de 1988, ainda suscita acirrada controvérsia no âmbito jurídico. Nessa senda, discute-se a possibilidade de a norma exceptiva implantada em nosso sistema pelo inciso I do Novo Código Civil - a qual confere legitimação para suceder a filhos sequer concebidos - ser aplicada aos filhos adotivos. Destarte, colima-se demonstrar, ao longo deste despretensioso trabalho, a plena eficácia do dispositivo sob exame em relação à chamada prole civil, bem como a inviabilidade do entendimento diverso, fulminado por sua incompatibilidade com o Texto Constitucional vigente.A investigação a que se procedeu na confecção deste singelo artigo conduziu a ilações várias, dentre as quais sobressai uma inescondível realidade: se outrora houve quem pugnasse pela interpretação restritiva do mandamento legal em estudo, a torrente modernista, inspirada pelos ventos de inclusão trazidos pela assim denominada, não à toa, Constituição Cidadã, posiciona-se no sentido de não distinguir entre filhos de sangue e civis, estendendo a estes o direito esculpido na multicitada norma jurídica em testilha. Entendemos, porquanto, que a pesquisa aqui desenvolvida insere-se em um contexto doutrinário de afirmação do tratamento isonômico dispensado aos filhos, independentemente de sua origem, pela ordem inaugurada em 1988, devendo o novel Diploma Cível conformar-se, pois, com a vontade suprema daquele constituinte. É afinado nesse diapasão que este breve escrito se propõe, preordenado a contribuir para o fomento de um debate ainda incipiente, seja na seara acadêmica, seja na doutrinária e, principalmente, no meio pretoriano, onde minguam decisões que tenham enfrentado, diretamente, a temática aqui tocada.

Palavras-chave: Adoção. Sucessão. Constituição.

ABSTRACT

This explanation brings up to the scene a subject that, despite has been already touched by the brazilian constituent of 1988, keeps raising great and endless discussions in the Law enviroment. Then, it is asked about the possiblity of apllying the exceptive norm brought to us by art. 1.799, I of the current Brazilian Civil Code - which gives legitimation for unconcept sons to succeed - to benefy adoptive children. In this way, we intend to demonstrate, along this simple and objective reseach, the complete

[*] Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

efficacy of the legal article told above into that ones normally called civil childs. We'll also show the inviability of the contrary thesis, due to its incompatibility with our Constitution. This investigation conducts to many conclusions, mainly to the modern tendency, influenced exactly by our current Constitution, of equalizing any kinds of sons, independently of their orign, differently from the thinking once defended by great names of the brazilian Law. Then, the modern authors changes the former scenery, extending the right we discuss to the adoptive children. Then, we suppose that this research developed along this work can be inserted in a doctrinaire context of afirmation of the equalizing treatment given to the sons with the promulgation of the Constitution of 1988, to which text our New Civil Code needs to be adapted. Eventually, this short article intends to contribute to the enlargment of this polemic and interisting subject, that remains pratically untouched not only inside academic and doctrinaire levels, but mainly inside our courts, which lacks of decisions that have faced, directely, the temathic here presented.

Key-Words: Adoption. Succeeding. Constitution.

Como se sabe, a legitimidade (*rectius*: capacidade) para suceder é conferida pelo nosso Direito, de regra, àqueles que sobrevivem ao *de cujus*. Dito de outra forma, o sucessor precisa estar vivo à época do passamento do sucedido a fim de que possa ser chamado a suceder-lhe.

O art. 1.799 do *Digesto* de 2002, todavia, traz em seu bojo, precisamente em seu inciso I, importante exceção à lógica explanada acima, abrindo a possibilidade de pessoas sequer concebidas ao tempo do decesso do sucedido virem a participar da sucessão do patrimônio deste:

> *"Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:*
> *I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão"*

Tendo a lei aludido ao evento da concepção, limitando, aparentemente, a incidência dessa "legitimação" extraordinária aos filhos naturais da pessoa indigitada pelo testador, questiona-se se tal exceção à regra geral inicialmente exposta poderia ser aplicada em benefício de eventuais filhos civis, é dizer, indaga-se se os filhos adotivos também gozariam de legitimidade extraordinária para suceder nos termos do dispositivo supracitado.

A nosso entender, a questão posta a desate promove o confronto de dois importantes princípios regentes da atividade interpretativa do jurista, ao mesmo tempo em que impõe a prevalência de um deles, pelo menos na hipótese proposta, como premissa inafastável de sua solução.

Surge, destarte, a necessidade de se proceder ao sopesamento dos princípios apresentados a seguir.

Efetivamente, cogita-se, na espécie, do princípio segundo o qual toda exceção deve ser interpretada de modo estrito, sob pena de se universalizar disposição que o legislador pretendeu balizar em seara limitada de incidência.

À luz deste primeiro princípio interpretativo, não seria possível aplicar a norma em tela aos filhos adotivos, vez que o sistema por ela trazido envolve idéias como concepção e nascimento, de todo incompatíveis com a filiação civil.

Arrimando-se ao que se informou acima, VENOSA **[1]** procura explicar o *telos* normativo do artigo em apreço, traçando aquele que, a seu entender, constitui o perfil alvo da norma excepcional.

Na mesma senda, o Enunciado 268 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, atentando para a necessidade de se salvaguardar a real vontade do testador, evitando, destarte, que seu patrimônio seja endereçado a pessoa que ele jamais cogitaria, se vivo fosse, para participar de sua sucessão, entendeu que "nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva" **[2]**.

Afinando-se neste mesmo diapasão, ARNOLD WALD indica, peremptoriamente, que, a menos que haja referência explícita do testador, os filhos adotivos não poderiam ser incluídos como beneficiários do artigo sob comento.

Os defensores desta primeira corrente expõem, dentre outros argumentos, que, caso fosse possível se estender aos casos de adoção a legitimação sucessória de que se cuida, a pessoa indicada pelo testador poderia vir a adotar alguém movido pelo único e escuso fito de açambarcar para si o legado que, a rigor, caberia ao adotado.

Há, contudo, como já se anunciou supra, um outro princípio carregador de decisivo influxo no deslinde da celeuma presentemente apreciada, o qual estabelece que não é dado ao intérprete distinguir onde o legislador não o faz.

Ora, ao se referir a *filhos*, o legislador de 2002 não estabeleceu qualquer distinção prévia entre filhos naturais ou civis, referindo-se ao gênero sem prever discriminação no tratamento de suas estirpes, que, conseguintemente. Forçoso é, porquanto, estribando-se na direção trazida pelo princípio

colacionado acima, reconhecer a plena incidência da hipótese endonormativa esculpida no inciso I do art. 1.799 a eventuais filhos adotivos que as pessoas indicadas pelo testador, nos termos de tal dispositivo, venham a ter.

De outro modo, o tratamento igualitário que se extrai da norma em baila teria sua eficácia injustificadamente estorvada, abrindo as comportas do ordenamento pátrio para a penetração de uma odiosa insegurança jurídica, gerando um estado caótico no qual as normas editadas pelo Poder Legislativo teriam sua eficácia afastada por interpretações flagrantemente incompatíveis com a lógica que informa todo o nosso sistema normativo.

É nesta toada o verdadeiro posicionamento de VENOSA **[3]**, que, rechaçando seu primeiro posicionamento, anteriormente transcrito, esclarece sua filiação a esta segunda corrente.

O mesmo autor prossegue, repelindo a exclusão peremptória do filho adotivo, tradicionalmente perpetrada pela doutrina ao se debruçar por sobre a questão sub oculi, entendendo que "a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo".

Atento à vontade legislativa original de visar tão-somente ao filho natural, vontade esta reconhecida através da técnica vocabular lançada na redação do dispositivo entelado - ostentadora de idéias como concepção e nascimento – VENOSA **[4]** sugere sua interpretação ao lume da nova ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988, na qual se alcançou um patamar de plena igualdade jurídica entre os filhos, independentemente de sua procedência.

Nesse contexto, desponta a importância do mandamento contido no §6º do art. 227 da Constituição Federal, vedando, expressamente, qualquer espécie de discriminação no âmbito da filiação: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Fazendo coro à garantia constitucional aqui transcrita, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 41, também explicita a igualdade de tratamento que se deve dispensar ao filho adotado: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive acessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."

De tal sorte, VENOSA, especado na evolução legislativa pertinente à adoção, arremata a tese que vimos expondo até aqui, ao destacar que "com a mesma conotação apresenta-se a adoção no novo Código Civil. Desse modo, o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de prole, aliás atendendo ao que a atual Constituição pretendia".

Ante o exposto, firmamos posicionamento no sentido de, prestigiando o segundo princípio aqui apresentado - até mesmo pelo fato de a preterição daquele primeiro princípio não importar nenhum prejuízo nem ao testador, que pode excluir, em seu testamento, o filho adotivo de seu legado, nem a seus herdeiros legítimos, que permanecem com sua metade inabalada - perfilhar o magistério percucientemente exposto pelo professor VENOSA, no sentido de entender pela possibilidade de a regra do art. 1.799, I do novel Diploma Cível ser aplicada, outrossim, aos filhos adotivos, em que pese sua aparente destinação exclusiva aos filhos de sangue.

Como consectário do posicionamento doutrinário por nós adotado, sustentamos, ainda com esteio nos ensinamentos de VENOSA, que, perante a conjuntura ditada pela legislação vigente, deve o testador, em caso de recear os efeitos da interpretação extensiva aqui pugnada, excluir expressamente os filhos adotivos de seu testamento na hipótese de não de sua vontade incluí-los na sucessão a ser aberta com a sua morte.

Por fim, repila-se o frágil argumento da corrente contrária, para quem a abertura aqui defendida poderia render azo a adoções motivadas tão-somente pelo sórdido desejo nutrido pelo adotante de se apossar do legado conferido nos termos da norma em testilha.

Primeiramente, nada obsta que a pungente hipótese conjecturada acima venha a suceder com os filhos naturais ou mesmo em qualquer outro caso em que herde pessoa incapaz de administrar, com independência, os bens herdados; este não seria, portanto, motivo para negar a abrangência normativa ora patrocinada.

Além disso, a possibilidade de fraude à lei não pode servir de escusa para limitar sua abrangência. É que, em princípio, qualquer norma pode vir a ter sua finalidade deturpada pela eterna ânsia de locupletamento que se faz presente na sociedade desde os tempos mais primórdios, mormente, como se sabe, em nosso país, mundialmente conhecido pela desmedida astúcia que caracteriza seus cidadãos de um modo geral.

Com efeito, fosse a possibilidade de fraude razão suficiente para se negar aplicabilidade a determinada lei, a humanidade, certamente, jamais teria desenvolvido nenhum sistema de normas.

Viveríamos, ao revés, em um primitivo estado de completa anomia, esdrúxula situação que, sabidamente, não se verifica, pelo menos em tese, no mundo contemporâneo.

É que o Poder Judiciário existe justamente em função da possibilidade de a ordem jurídica posta, de regra, pelo Poder Legislativo, vir a ser violada, não sendo outro, porquanto, seu fundamento ontológico.

Dessa arte, exsurge que, em vez de se negar a abrangência que o inciso I do art. 1.799 do Código Civil efetivamente carrega, mister se faz submeter eventual deturpação de seu ***telos*** à intervenção do Judiciário, como, de resto, adverte VENOSA, asseverando ser "evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação, ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deixa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo".

Informe-se, de resto, que a tese pela qual ora se pugna tem ecoado alhures. *Exempli gratia*, tem-se, no Direito Italiano, a figura do jurista A. CICU (Código Civil Italiano Interpretado) que, ao comentar a legislação daquele país, a qual equipara, como a nossa, os filhos adotivos aos naturais, opina no mesmo sentido apresentado nesta breve exposição.

NOTAS

[1] "São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte".
[2] CEJ - Enunciado 268
[3] *"O testador não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação"*.
[4] "A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. (...) Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e a filiação civil".

Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

VIVIANE PEREIRA ROCHA*

RESUMO

O presente artigo pretende refletir sobre os direitos fundamentais e a eficácia horizontal destes direitos nas relações privadas. Originalmente, somente o Estado devia obedecer a esses direitos, como uma forma de proteger os cidadãos dos excessos do Poder Público. Mas, atualmente, não somente o Estado viola os direitos fundamentais, como também, as pessoas os infringem em suas relações recíprocas, pois na maioria das vezes são relações desiguais, em que as partes não possuem paridade. Sendo assim, é necessária a aplicação dos direitos fundamentais nessas relações horizontais como forma de garantir equilíbrio, justiça e respeito à dignidade da pessoa humana, principalmente no campo do direito civil e do direito do trabalho, largamente desrespeitados pelos que detêm maior poder econômico. O texto fará comentários gerais acerca das dimensões dos direitos fundamentais, do Estado Democrático de Direito, da forma que os direitos fundamentais estão inseridos na Constituição de 1988 e reflexão sobre o atual panorama mundial. Abordaremos, de forma breve, as correntes que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (state action), bem como as que defendem sua eficácia indireta (mediata) e eficácia direta (imediata), que é defendida pela maior parte dos doutrinadores brasileiros e com a qual concordamos. Por fim, versaremos sobre a construção jurisprudencial da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que teve origem na Alemanha (Drittwirkung), evidenciando o caso Lüth do Tribunal Constitucional Alemão e a repercussão de tal teoria no Brasil. Apontando, em relação à jurisprudência brasileira, o caso, ocorrido no Rio de Janeiro, do membro excluído da União Brasileira de Compositores, enfatizando a importância de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas juntamente com o Princípio da Proporcionalidade.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais, relações privadas, eficácia horizontal.

ABSTRACT

The present article intends to reflect on the fundamental rights and the horizontal effectiveness of these rights in the private relations. Originally, the State only had to obey these rights, as a form to protect the citizens of the excesses of the Public Power. But, currently, the State not only violates the fundamental rights, as well as, the people infringes them in its reciprocal relations, therefore most of the time they are different relations, where the parts do not possess parity. Being thus, the application of the fundamental rights in these horizontal relations is necessary as form to guarantee balance, justice and respect to the dignity of the person human being, mainly in the field of the civil law and the work law, wide disrespected for that they withhold greater to be able economic. The text will make general

* Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

commentaries concerning the dimensions of the fundamental rights, of the Democratic State of Right, the form that the fundamental rights are inserted in the Constitution of 1988 and reflection on the current world-wide panorama. We will approach, of brief form, the chains that deny the horizontal effectiveness of the fundamental rights (state action), as well as that they defend its indirect effectiveness (mediate) and direct effectiveness (immediate), that it is defended mostly of the Brazilian experts and with which we agree. Finally, we will turn on the jurisprudence court construction of the horizontal effectiveness of the fundamental rights, that had origin in Germany (Drittwirkung), evidencing the Lüth case of the German Constitutional Court and the repercussion of such theory in Brazil. Pointing, in relation the Brazilian jurisprudence, the case, happened in Rio De Janeiro, of the excluded member of the Brazilian Union of Composers, emphasizing the importance of application of the fundamental rights in the private relations together with the Principle of the Proportionality.

Keywords: Fundamental Rights- Private relations- horizontal effectiveness

1. Direitos Fundamentais: dimensões e titularidade

Os direitos fundamentais se apresentam como espécie dos direitos humanos. Estes são consagrados universalmente e valem para todos os povos; aqueles, variam conforme cada ordenamento jurídico específico.

Ingo Wolfgang Sarlet distingue perfeitamente:

> aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).

Os direitos humanos possuem um caráter supralegal, ligados à corrente jusnaturalistas, por serem considerados ínsitos a natureza humana. Enquanto os direitos fundamentais são positivados, decorrentes de um processo legislativo.

A doutrina estabeleceu uma ordem cronológica, dividindo os direitos fundamentais em dimensões, de acordo com o seu reconhecimento na constituição.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos à liberdade, surgiram no séc. XVIII, como uma forma de proteger os cidadãos perante o Estado, configurando-se como direitos de proteção, de resistência opostos ao Estado.

São exemplos: a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, liberdade de iniciativa, livre disposição da propriedade, liberdade de reuniões, associações, direito de controlar os atos estatais e outros previstos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, também chamados de direitos prestacionais ou prestações positivas do Estado, que buscam oferecer condições favoráveis ao individuo, satisfazer as necessidades coletivas da comunidade, preponderantes no séc. XX, por uma tendência antiliberal. São exemplos: o direito ao salário mínimo, férias e repouso remunerado, direito aos serviços de saúde gratuitos e ao acesso a todos os níveis de ensino. Encontram-se elencados no art. 6° ao 11° da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos da solidariedade e da fraternidade, que surgiram no final do séc. XX como uma reação ao reconhecimento da profunda desigualdade existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, observados pela situação de beligerância do período e pelo posterior processo de descolonização, com o término da segunda guerra mundial. São exemplos: direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, direitos de comunicação e outros. Encontram-se em artigos esparsos da Constituição como o art.225, art.220 e outros.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão estão ligados à atual fase de globalização e de avanço tecnológico. São os direitos à democracia (direta, participativa), à informação, ao pluralismo, bem como direitos relativos a bioética.

As duas primeiras dimensões dos direitos fundamentais, possuem como titular de tais direitos o individuo, enquanto os direitos de terceira e quarta dimensão possuem titularidade difusa ou coletiva.

2. Direitos Fundamentais, Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 surgiu em um contexto internacional do pós-guerra mundial, marcado pela preocupação em reconstruir os direitos fundamentais (largamente desrespeitados), tendo como base e ponto de partida o direito da dignidade da pessoa humana, que limita a atuação do Estado.

No âmbito nacional, a sociedade passava por uma fase de pós-ditadura militar, ainda traumatizada com os excessos militares, os desrespeitos aos direitos, sobretudo o direito à liberdade em todas as suas modalidades.

O constituinte originário, levando em conta esse panorama externo e interno, teve uma intensa preocupação em proteger o indivíduo em face de um futuro Estado-opressor ou ainda, um Estado-negligente, que não resguarda as necessidades dos cidadãos.

A Constituição, em vista disso, estabeleceu no artigo 1° que República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como maior fundamento, dentre os elencados, a dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito pressupõe, por ser um Estado de Direito, uma constituição que, segundo Canotilho, estrutura toda ordem jurídico-normativa fundamental, uma ordenação dotada de autoridade que evidencia a supremacia das normas constitucionais. A democracia refere-se ao poder do povo, uma vez que, conforme o texto constitucional "todo poder emana do povo", sendo este poder exercido diretamente como iniciativa popular de lei, referendo popular, plebiscito e a ação popular e de forma indireta, pelos seus representantes eleitos. Assim, as normas constitucionais para terem supremacia devem consagrar princípios e valores reconhecidos pelos cidadãos e voltados para promover justiça social.

Em vista disso, a Constituição destinou um título próprio (II- Dos direitos e garantias fundamentais), ramificando-se em cinco capítulos (Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Dos direitos sociais; Da nacionalidade; Dos direito Políticos; Dos partidos políticos) para tratar dos direitos fundamentais, lembrando que esse rol é exemplificativo e há outros, esparsos no texto constitucional.

No artigo 60 da Carta Magna, determina que não poderá haver um projeto de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (inc. IV). Interpretando-se literalmente, poderíamos concluir que apenas os direitos contidos ao longo do artigo 5º estariam revestidos pela cláusula pétrea, mas a doutrina nos revela o contrário, que é necessário proteger não apenas os direitos de primeira geração, mas também os outros, inclusive os direitos sociais, conforme preceitua Paulo Bonavides:

> Faz-se mister, em primeiro lugar, perante as reflexões expendidas, rejeitar, por anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base unicamente nos

> valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal. Já não é possível confinar a formulação material e concreta da liberdade ao usufruto das classes privilegiadas e sua ordem egocêntrica de interesses.

3. Eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conforme a Constituição, têm aplicação imediata. Ou seja, os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos possuem eficácia plena, são normas de vigência automática e de auto-aplicabilidade. Entretanto, o constituinte originário não explicitou em face de quem os direitos fundamentais poderiam ser opostos. Caberia apenas ao Estado essa imposição ou, também, aos particulares em suas relações privadas?

Os direitos fundamentais eram aplicados, somente, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada.

Com a onda da globalização e do neoliberalismo, que prega um Estado mínimo, o poder que antes era concentrado na figura do Estado, agora está difuso e divido nas mãos das grandes empresas que detém alto poder econômico. Ocasionando o desequilíbrio nas relações privadas, o que favorece a violação e desvalorização dos direitos fundamentais, principalmente nas relações do Direito trabalhista e do Direito civil contratual.

No Direito trabalhista, na relação entre empregado e empregador, apesar do primeiro possuir certa subordinação hierárquica em relação ao segundo, o que se percebe é uma desigualdade econômica que gera desequilíbrio, favorecendo os empregadores em detrimento dos empregados.

Na esfera civil, alguns doutrinadores defendem com veemência o principio da autonomia da vontade nos contratos, repugnando a aplicação dos direitos fundamentais nestas relações jurídicas por considerarem uma forma de dirigismo contratual por parte do Estado, que fragilizaria a autonomia privada, apesar do próprio princípio já ser limitado pelas cláusulas gerais que tratam da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

No entanto, o que se verifica é o fenômeno da massificação dos contratos de adesão em que o contratante não pode, via de regra, alterar uma clausula, denotando claramente o desequilíbrio nessa relação, que muitas vezes, é uma relação de consumo.

Em vista dessas situações, não há motivos para a não incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas para assegurar o respeito à igualdade, à liberdade e a outros direitos nas relações dos indivíduos entre si.

Essa tendência atual de aplicação horizontal dos direitos fundamentais não visa se sobrepor à relação anterior, uma vez que o primordial nessa questão é estarmos atentos para que a aplicação dos direitos fundamentais, no caso concreto, esteja sempre ponderada com os demais princípios como o da autonomia da vontade, como método para estabelecer a forma e o alcance da incidência desses direitos fundamentais.

Há basicamente três teorias, segundo Fredie Didier Júnior, sobre a eficácia horizontal dos direitos humanos:

1) Teoria do *state action*, que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando que o único sujeito passivo de tais direitos seria o Estado, ou seja, somente este está sujeito a observar-los. Os direitos fundamentais apenas estão presentes na relação Estado-indivíduo (prevalece no direito norte-americano e no direito suíço).

2) Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, considerando que a Constituição não autoriza a aplicação desses direitos em relações particulares, mas, servem, somente, de norte para o legislador infraconstitucional na elaboração das leis de direito privado, que podem em alguns casos determinar expressamente essa aplicação. Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser afastados por meio de acordo de vontades. (predominante na Alemanha, Áustria e na França);

3) Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na seara privada, que determina a aplicação plena desses direitos nas relações interpessoais. Uma aplicação direta e independente de regulação em legislação infraconstitucional, uma vez que não apenas o Estado pode infringir esses direitos. Tal concepção também aumenta as possibilidades de atuação do magistrado podendo decidir em favor da justiça social, da eqüidade no caso concreto. (prevalece no Brasil, Espanha e Portugal).

As duas primeiras correntes não condizem com a supremacia da Constituição, com os seus fundamentos, uma vez que a não observância dos direitos fundamentais nas relações entre

particulares que não estejam em paridade, acabaria por afetar a dignidade da pessoa humana e o individuo não teria como recorrer à jurisdição estatal. Ademais, se a Constituição elencou um rol de direitos fundamentais, o legislador ordinário não pode suprimi-los, nem restringir sua eficácia.

4. A construção jurisprudencial

A teoria da "Drittwirkung der Grundrechte", ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve suas origens na Alemanha, por volta da década de cinqüenta e foi bastante aceita por constitucionalistas e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

No caso de Lüth, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que incidem em todos os ramos do direito.

Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, estimulava protestos e boicotes contra o filme dirigido por Veit Harlan, pois esta cineasta já havia pertencido ao regime nazista e era adepta da ideologia da supremacia racial ariana. No entanto, uma decisão de primeira instância ordenou que Lüth e os demais suspendessem tais condutas, uma vez que violava o §826 do BGB ("Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados"). Lüth apresentou recurso específico (*Verfassungsbeschwerde*) fundado no principio da liberdade de expressão, alegando que não se pode interpretação das cláusulas gerais de direito civil em descompasso com os valores constitucionalmente protegidos. No final, obteve êxito, o Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão.

No Brasil, um dos pioneiros casos sobre o assunto foi à questão da União Brasileira de Compositores que excluiu um membro, sem direito ao contraditório e a ampla defesa. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reintegrou o associado e, em ato posterior, o STF negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra esse acórdão do Tribunal, por entender que é uma questão de aplicação direta dos direitos fundamentais e não permitir a não observância de princípios fundamentais básicos como o direito ao contraditório e a ampla defesa.

O atual ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes é um dos defensores da aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações privadas e, também, foi um dos estudiosos que

introduziram o princípio da proporcionalidade, como forma de resolver impasses de colisão de direitos fundamentais.

Na mesma linha da eficácia horizontal dos direitos fundamentais está o principio da proporcionalidade, ambos originários da Alemanha, que determina que sempre em caso de colisão de direitos fundamentais, o julgador deve fazer uma ponderação de valores. E assim como o Principio da Proporcionalidade, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deve nortear a jurisprudência do STF, autêntico interpretador e guardião da Constituição Federal.

5. Conclusão

Diante do exposto, concluímos, fazendo uma interpretação sistemática da constituição e analisando-a axiologicamente, que os direitos fundamentais também devem estar presentes nas relações privadas, uma vez que o direito é visto como uma forma de realização da justiça social.

Não podemos proibir a arbitrariedade do Estado e permitir os abusos cometidos nas relações entre particulares. As pessoas nas suas relações recíprocas devem estar amparadas, acaso tenham seus direitos desrespeitados, como uma forma de preservar a dignidade humana.

Assim, os direitos fundamentais são oponíveis *erga omnes,* válidos tanto na esfera do direito material como no direito processual, assegurando, inclusive, o devido processo legal.

Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**.10 ed.São Paulo: Malheiros.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed.São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil:** tutela jurisdicional individual e coletiva. v 1. 5. ed. Salvador: Edições Podium, 2005..

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v 3.18.ed.São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ERRO NO DIREITO PENAL: UMA BREVE APRECIAÇÃO DOUTRINÁRIA

ANDRESSA DA COSTA MATOS[*]

RESUMO

Este trabalho tem como principal objetivo fazer uma breve explanação acerca do erro no sistema jurídico-penal brasileiro. Após a reforma feita em nosso diploma repressivo em 1984, a temática do erro, antes classificada em erro de fato e erro de direito, passou a ser tratada por erro de tipo e erro de proibição. Essa mudança, longe de se resumir a uma simples alteração terminológica, representou ao revés uma significativa transformação conceitual. Dessa forma, pretende-se aqui, de maneira sucinta, analisar a nova sistemática do erro introduzida pela lei nº 7209/84, investigando acerca do erro de tipo e do erro de proibição em sua concepção doutrinária e tratamento junto ao Direito Penal.

Palavras-Chaves: erro de fato e erro de direito; erro de tipo e erro de proibição; descriminantes putativas.

RESUMEN

Este trabajo tiene como principal objectivo hacer una breve explanación acerca del error en el sistema jurídicopenal brasileño. Después de la reforma hecha en nuestro diploma represivo en 1984, la temática del error, antes clasificada en error de hecho y error de derecho, pasó a ser tratada por error de tipo y error de prohibición. Esa mudanza, lejos de resumirse a una simple alteración terminológica, ha representado al revés una significativa transformación conceptual. Así que se pretende aquí, de una manera sucinta, analizar la nueva sistemática del error introducida por la ley 7209/84, investigando acerca del error de tipo y del error de prohibición en su concepción doctrinaria y tratamiento junto al Derecho Penal.

Palabras Clave: error de hecho y error de derecho; error de tipo y error de prohibición; descriminantes putativas.

[*] Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

1. Conceito de erro

A palavra erro deriva-se do latim "*error*" e define-se como equívoco, juízo falso, desacerto. Em sentido jurídico, pode-se dizer que o erro consiste na falsa percepção da realidade.

Savigny definiu o erro como "o estado intelectual no qual a idéia da realidade das coisas está obscura e oculta por um pensamento falso". Para que ocorra o erro é necessário que haja um conhecimento de algo, mas que esse conhecimento seja equivocado, ou seja, que aquele que procede erroneamente tenha um falso juízo acerca de determinado objeto.

2. Distinção entre erro e ignorância

O erro, definido como um falso conhecimento acerca de determinado objeto ou porção da realidade, distingue-se fundamentalmente da ignorância, por sua vez caracterizada pela falta de conhecimento acerca de determinado objeto ou porção da realidade. Pode-se dizer que o erro é um estado positivo, enquanto a ignorância é um estado negativo. Quando alguém procede com erro, demonstra ter conhecimento acerca da situação que vive, mas esse conhecimento por sua vez é falso, uma deturpação da realidade, enquanto que aquele que age com ignorância tem total desconhecimento acerca da situação em que se encontra.

Apesar das diferenças significativas entre erro e ignorância, ambos são tratados da mesma forma pelo Direito Penal, tendo efeitos jurídicos idênticos.

3. Erro de fato e erro de direito

A doutrina, até poucas décadas, costumava classificar o erro para efeitos de estudo em erro de fato e erro de direito.

O erro de fato (*error facti*) define-se como aquele que recai sobre as coisas ou sobre as pessoas, incluindo-se aí todas as situações onde se verifique equívoco quanto às circunstâncias fáticas, desde que é claro tenham relevância jurídica.

O erro de direito (*error juris*) por sua vez ocorre quando alguém conhece bem o fato que pretende praticar, mas ignora a antijuridicidade deste, ou seja, ignora que deve obedecer a

determinada lei penal que o proíbe de agir daquela forma. O agente pode assim ignorar completamente a lei penal ou ter sobre ela um juízo falso.

Todavia, essa classificação já se encontra ultrapassada, sendo mais utilizada hoje em dia pelos doutrinadores a classificação entre erro de tipo e erro de proibição. Alguns doutrinadores costumam fazer a correspondência entre erro de fato - erro de tipo e erro de direito - erro de proibição, mas esse artifício deve ser usado com cautela, tendo em vista que a correspondência não é tão exata, pois de acordo com Alcides Munhoz Netto, o erro de tipo tanto pode se originar de uma falsa representação de seus elementos materiais como de uma equívoca valoração do indivíduo acerca de um elemento normativo.

4. Erro de tipo e erro de proibição

Há algumas décadas, os doutrinadores abandonaram a antiga classificação do erro em erro de fato e erro de direito e adotaram uma mais moderna, fazendo distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Essa mudança, porém não foi meramente terminológica, pois, segundo Francisco de Assis Toledo (1994:266), o moderno erro de tipo abrange situações ora apresentadas como erro de fato, ora como erro de direito, não se podendo assim falar em uma correspondência exata entre erro de fato e erro de tipo e entre erro de direito e erro de proibição.

O erro de tipo pode ser caracterizado como um erro que recai sobre os elementos que compõem o tipo penal, enquanto que o erro de proibição ocorre quando se erra sobre a ilicitude do fato, embora o sujeito haja com dolo e tenha consciência de todos os elementos que compõem o tipo.

5. Erro de tipo

> **Art. 20.** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.
> **§ 1**° É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.
> **§ 2**° Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.
> **§ 3**° O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.
>
> Código Penal

O erro de tipo, amparado pelo dispositivo legal exposto acima se caracteriza por um equívoco com relação às elementares do tipo, qualquer dado que se agregue a ele ou até mesmo com relação às circunstâncias em que o mesmo ocorre.

Quando o agente incorre em erro de tipo, pode-se dizer que não tem consciência de que contraria uma norma penal incriminadora e, conseqüentemente, conclui-se que lhe falta o dolo, que é a vontade livre e consciente de cometer o injusto penal.

Para Wessels, um erro de tipo ocorre quando "alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua 'não sabe o que faz', falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária".

De acordo com o artigo acima transcrito, o erro de tipo sempre exclui o dolo, podendo a culpa também ser excluída no caso de não ser prevista em lei ou do erro ser escusável.

O erro de tipo pode ser de duas naturezas: erro de tipo essencial ou erro de tipo acidental.

A) Erro de tipo essencial

O erro de tipo é denominado essencial quando incorre sobre as elementares do tipo, fazendo com que o agente, em virtude de um juízo falso, não seja, na circunstância do ato, capaz de compreender a antijuridicidade do que faz. Segundo Francisco de Assis Toledo (1994:269), "erro de tipo essencial é só o que recai sobre algum elemento do tipo, sem o qual o crime deixa de existir".

De acordo com exemplo dado por Damásio de Jesus (1985:266), erro de tipo essencial seria "matar um homem supondo tratar-se de animal bravio. Recai sobre os elementos ou circunstâncias do tipo penal ou sobre os pressupostos de fato de uma excludente da ilicitude".

O erro de tipo essencial pode apresentar-se sobre duas formas: invencível (escusável, justificável, inevitável) ou vencível (inescusável, injustificável, evitável).

- **Erro invencível**

O erro invencível ocorre quando o agente nas circunstâncias em que se encontrava não tinha como evitá-lo, mesmo que para tanto tomasse todas as medidas necessárias. É o caso em que qualquer pessoa de diligência normal fatalmente incorreria em erro. O ordenamento jurídico determina que, sendo inevitável o erro, está excluído o dolo e, no caso de prevista em lei, a culpa. Dessa forma, o agente que cometer um erro escusável não é penalmente responsável pelo injusto penal que praticou.

- **Erro vencível**

Por erro vencível entende-se aquele que poderia ser evitado pelo agente se houvesse procedido com a prudência exigida pelo ordenamento jurídico. É o resultado de uma ação praticada com imprudência, negligência ou imperícia, que poderia não ter ocorrido se qualquer pessoa com diligência ordinária tomasse a devida precaução exigida pela lei. O ordenamento jurídico determina que em caso de erro inescusável seja afastado o dolo, mas não a culpa, caso esteja essa prevista em lei. Isso significa que o agente que incorrer em erro injustificável não responderá pela forma dolosa, mas não está eximido de ser penalizado de forma culposa, em virtude da imprudência, negligência ou imperícia, conforme o caso.

B) Erro de tipo acidental

O erro de tipo define-se como acidental quando não acorre sobre as elementares do tipo, mas incide sobre elementos secundários da figura típica, que não impedem o agente de compreender a antijuridicidade do delito. É aquele que, mesmo se não existisse não mudaria o caráter ilícito da conduta. O sujeito tem consciência do ato que pratica, errando apenas quanto à maneira de sua execução. Segundo Aníbal Bruno, o erro de tipo acidental "não faz o agente julgar lícita a ação criminosa. Ele age com a consciência da antijuridicidade do seu comportamento, apenas se engana quanto a um elemento não essencial do fato ou erra no seu movimento de execução".

O erro de tipo acidental, ao contrário do essencial não exclui o dolo ou a culpa, ou nas palavras de Magalhães Noronha (1991:149) "não aproveita ao agente". Isso significa que, em caso de ocorrência de erro de tipo acidental não há nenhum benefício ao agente.

O erro de tipo acidental pode ocorrer em várias hipóteses: erro sobre o objeto, sobre a pessoa, na execução, resultado diverso do pretendido, erro sobre o processo causal ou erro provocado por terceiro.

- **Erro sobre o objeto (*error in objecto)***

Ocorre erro sobre o objeto quando o agente erra sobre o objeto ao qual incide sua conduta, ou em outras palavras, a conduta do agente recai sobre um objeto diferente
daquele que tinha em mente. Um exemplo clássico utilizado pela maioria dos autores é aquele no qual um ladrão subtrai uma saca de farinha pensando tratar-se de açúcar.

O erro sobre o objeto é irrelevante, pois mesmo que erre com relação ao objeto da conduta, esta continua sendo ilícita, já que, segundo Damásio (1985:273) "a tutela penal abrange a posse e a propriedade de qualquer coisa e não de objetos determinados".

- **Erro sobre a pessoa (*error in persona*)**

O erro sobre a pessoa verifica-se quando a conduta do agente recai sobre pessoa diferente à qual ele planejava inicialmente ofender, erra quanto ao sujeito passivo de sua conduta. Cite-se como exemplo um assassino de aluguel, contratado para matar Ignácio, acaba matando Atílio, seu irmão gêmeo.

O erro sobre a pessoa não exclui a tipicidade do fato, pois, segundo o art. 20, § 3° do Código Penal "O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena". Além disso, a norma penal tutela todos os indivíduos sem distinção. Porém, de acordo com a segunda parte do referido artigo "Não se consideram, neste caso as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". Neste caso existe a *vítima efetiva*, sobre a qual recaiu a conduta do agente e a *vítima virtual*, sobre as quais recaiam as intenções do agente. No exemplo dado, a vítima efetiva foi Ignácio, e a vítima virtual Atílio, portanto deve-se considerar os dados sobre Atílio, o alvo inicial do assassino de aluguel.

Segundo o professor Max Narváez Mattoi, especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca:

> En principio es pues irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción; lo mismo da que A se apodere del automóvil de B que creía propiedad de C o que mate a D en lugar de I. En algunos casos la cualidad de la persona determina la comisión de un delito distinto: mata a su padre por error, confundiéndolo con un extraño: realiza un parricidio en lugar de un homicidio. Igual cuando los objetos son heterogéneos:dispara contra el perro y alcanza a su dueño.

- **Erro na execução (*aberratio ictus*)**

Ocorre erro na execução quando o agente, em lugar de atingir o indivíduo que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, seja por uso acidente ou imperícia no uso dos meios que dispunha para o crime. De acordo com a precisa lição de Damásio (1985:274), "*Aberratio ictus* significa aberração no ataque ou desvio no golpe. Ocorre quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, vem a ofender outra". O erro na execução não exclui a tipicidade do fato e aplica-se somente ao crime doloso.

Disciplinado no artigo 73 do Código Penal "Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3° do art. 20. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste código", o erro na execução possui duas formas: Erro na execução com unidade simples, no caso de haver resultado único, de morte ou lesão corporal, no qual um terceiro vem a sofrer o resultado ao invés do alvo; erro na execução com unidade complexa, no caso de haver resultado duplo, no qual tanto o alvo como um terceiro são atingidos.

- **Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*)**

Ocorre *aberratio criminis* quando por acidente ou equívoco na execução do delito o agente acaba violando outro bem juridicamente tutelado, diferente do qual pretendia inicialmente ofender. No erro de execução, o agente por acidente ou erro no uso dos meios que dispunha para realizar o crime acaba atingindo um terceiro, no resultado diverso do pretendido o agente pelas mesmas razões acaba atingindo outro bem jurídico. Conforme a lição de Damásio (1985:278):

> *Aberratio criminis* (ou *aberratio delicti*) significa desvio do crime. Enquanto na *aberratio ictus* existe erro de execução *a persona in personam*, na *aberratio criminis* há erro na execução do tipo *a persona in rem* ou *a re in personam*. No primeiro caso, o agente quer atingir uma pessoa e ofende outra (ou ambas). No segundo, quer atingir um bem jurídico e ofende outro (de espécie diversa).

O resultado diverso do pretendido é disciplinado pelo art. 74 do Código Penal: "Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto por crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 desse Código".

Um exemplo clássico de resultado diverso do pretendido é dado por Rogério Greco, e remete ao caso de um indivíduo que, desejando quebrar uma vitrine, arremessa uma pedra contra a mesma e acaba por ferir uma pessoa que por lá passava. Nesse caso, o agente responderá pelo tipo de lesão corporal de natureza culposa, já que adveio um resultado diverso daquele que inicialmente interessava a ele. No caso, porém, de o indivíduo também danificar a vitrine, responderá também por esse delito de acordo com a regra do concurso formal de crimes, presente no artigo 70.

- **Erro sobre o processo causal (*aberratio causae*)**

Mais um caso de erro acidental é o erro sobre o processo ou curso causal, no qual o agente erra apenas sobre a causa pela qual sobrevém o delito por ele cometido. Magalhães Noronha fala sobre o *aberratio causae*:

> O erro ocorre após o desfalecimento do ofendido e não rompe o nexo causal entre a ação posterior e a anterior. O fato de o sujeito ativo haver atirado contra a vítima é doloso e é ele que determina o erro. Conseqüentemente, o evento corresponde ao dolo de que se originou o fato em toda a sua contextura. A ação inicial é dolosa e é a causa sem a qual a outra – também dolosa, registre-se – não teria ocorrido. (1991:154.)

Isso significa que, embora o agente não tenha causado o delito por meio da ação que utilizou para tanto, o causou indiretamente, pois com seu dolo inicial fez sobrevir uma outra ação que acabou por consumar o tipo. No caso de um homicida que ao disparar contra um desafeto e julgando-o morto enterra a vítima, ainda com vida, sendo constatado posteriormente que a sua morte se deu na verdade por sufocamento, o agente, embora não tenha matado a vítima com os disparos, causou sua morte ao tentar ocultar o cadáver, e deverá responder por homicídio na forma dolosa, pois na situação ocorreu dolo geral.

- **Erro provocado por terceiro**

O erro provocado por terceiro remete ao § 3° do art. 20 do Código Penal, que diz: "Responde pelo crime o terceiro que determina o erro", e diz respeito aos casos em que o agente erra ao ser influenciado por um terceiro, determinando que pague pelo delito aquele que induziu o agente a erro. Um exemplo clássico de erro provocado por terceiro é aquele em que o médico receita um medicamento para um paciente recomendando que um terceiro o ministre e o paciente vem a falecer por conta do remédio. Quem responderá pelo delito é o médico, sendo aquele que ministrou o medicamento isento de responsabilidade penal.

De acordo com Mirabete (1999:172):

> É possível, porém, que o provocador do erro tenha agido por erro culposo, o mesmo ocorrendo com o executor do fato. O médico receita 10 cm³ de uma substância, quando deveria receitar 1 cm³ e a enfermeira, por falta de cuidado, não observa o engano, injetando a substância e causando a morte do paciente. Ambos responderão por homicídio culposo. Se o autor do fato, aproveitando-se do erro culposo do provocador, causa o resultado, responde por crime doloso por não ter agido com erro.

C) Crime putativo e tentativa impossível

O delito putativo por erro de tipo ocorre quando o agente deseja cometer um crime, mas em virtude de supor existente uma elementar do tipo que na verdade não ocorre, acaba por cometer um indiferente penal. Em outras palavras, um erro sobre a elementar do tipo evita que o agente cometa um delito, e sua ação transforma-se em indiferente para o Direito Penal. Como exemplo de delito putativo por erro de tipo tem-se Márcia, que planeja roubar uma caneta de ouro de sua prima Mariana e acaba por subtrair sua própria caneta, idêntica à da vítima, que a prima tinha pegado emprestado momentos antes.

O crime putativo por erro de tipo distingue-se do erro de tipo levando-se em conta a vontade do agente, pois enquanto no erro de tipo o agente não deseja cometer o crime e acaba cometendo por uma falsa noção da realidade, no crime putativo por erro de tipo o agente deseja cometer o crime, mas acaba cometendo um indiferente penal por um equívoco quanto às elementares do tipo.

Já na tentativa impossível, disciplinada pelo artigo 17 do Código Penal: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime", ocorre quando o agente se utiliza de um meio totalmente inadequado para produzir os efeitos pretendidos, ou quando não o utiliza adequadamente, ou ainda quando o objeto é impróprio. Pode-se citar como exemplo alguém que tenta matar outrem por meio de arma que contenha munição já disparada, um falsário que forja uma cópia de uma obra de arte com qualidade mediana, apta a enganar leigos, mas possível de ser descoberta, e um agente que tenta eliminar sua vítima supondo-a adormecida, mas que na verdade já se encontra morta.

Aníbal Bruno defende que tanto há erro no crime putativo quanto na tentativa impossível, pois no primeiro o agente supõe erroneamente que comete ato criminoso, mas se equivoca quanto às elementares de determinado tipo, e em segundo lugar porque é erro de fato ao contrário, no qual a ação inapropriada provém do erro do agente quanto aos meios ou objeto do crime.

D) Descriminantes putativas

As descriminantes putativas dizem respeito às situações em que o sujeito age pensando erroneamente estar amparado pelas causas de exclusão da ilicitude, presentes no artigo 23 do Código Penal, que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Descriminar significa tornar o fato um indiferente penal, enquanto que putatividade remete às situações que só existem no imaginário do agente. Juntando as duas noções tem-se que

descriminantes putativas significam as situações em que o indivíduo atuou supondo enquadrar-se em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

O efeito das descriminantes putativas segue os do erro, variando conforme seja escusável ou inescusável. Caso seja escusável, o erro isenta o agente de dolo e de culpa; caso seja inescusável, o erro isenta somente o agente somente de dolo, sendo ele responsabilizado a título de culpa se estiver esta prevista no texto legal.

O primeiro e mais corrente caso de descriminante putativa é a legítima defesa putativa. Segundo Damásio (1985:269), "o erro pode recair sobre a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão". No caso de o erro incidir sobre a situação de fato tem-se erro de tipo, e é necessário verificar se o erro é invencível, excluindo o dolo ou a culpa, ou vencível, excluindo apenas o dolo; na hipótese de o erro recair sobre a injustiça da agressão, tem-se erro de proibição. De acordo com o exemplo de Rogério Greco:

> **A** é ameaçado de morte por **B**. Durante a madrugada, **A** encontra-se com **B**, que leva a mão à cintura, dando a impressão de que sacaria uma arma. **A**, imaginando que seria morto por **B**, saca o seu revólver e atira contra esse último, matando-o. Na verdade, **B** não estava armado, e somente havia levado a mão à sua cintura com a finalidade de retirar um maço de cigarros que se encontrava acondicionado no bolso de sua calça. Não havia qualquer agressão injusta por parte de **B** que justificasse a repulsa de **A.** A situação de legítima defesa somente existis na cabeça do agente. Dessa forma, conclui-se pela legítima defesa putativa. (2005: 343-344)

O segundo caso de descriminante putativa apontado pela doutrina é o de estado de necessidade putativo. Segundo o exemplo de Damásio:

> Durante sessão cinematográfica alguém grita "fogo", dando a entender que o edifício se encontra em chamas, o que não acontece na realidade. No atropelo, **A**, supondo encontrar-se em estado de necessidade, vem a ferir **B**, a fim de salvar-se. O agente não responde por lesão corporal, uma vez que agiu em estado de necessidade putativo (que exclui a tipicidade a título de dolo ou culpa). (1985:269)

O terceiro caso de descriminante putativa, o estrito cumprimento do dever legal putativo, é assim exemplificado por Mirabete (1999:205): "Um policial, munido de um mandato de prisão, recolhe à prisão, José, supondo que este é João, irmão gêmeo daquele e objeto da ordem judicial (estrito cumprimento do dever legal putativo)".

Assim exemplifica Damásio o quarto caso de descriminante putativa, o exercício regular de direito putativo:

> Um particular surpreende alguém em flagrante delito, saindo no encalço do criminoso. Ao virar uma esquina, encontrando-se com um sósia do perseguido, prende-o e o leva à Delegacia, verificando-se o erro. Não responde por seqüestro, uma vez que agiu no exercício regular de direito putativo. (1985:269)

6. Erro de proibição

> **Art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. **Parágrafo único.** Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.
>
> Código Penal

O erro de proibição, amparado pelo dispositivo legal transcrito acima, caracteriza-se por uma falta de consciência por parte do agente quanto à antijuridicidade do ato que praticou. Isso não se confunde com a ignorância, que representa o total desconhecimento acerca da realidade. Sobre a distinção entre ambas, leciona Francisco de Assis Toledo (1994, 262-263):

> Parece-nos elementar, contudo, que, sendo a "lei" uma coisa e a "ilicitude" de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que ignorância da lei é igual a ignorância da ilicitude de um fato da vidareal. Fixemos isto: lei, em sentido jurídico estrito, é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado. Ilicitude de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente.

Já segundo Damásio (1985:427):

> A ignorância pressupõe ausência absoluta de conhecimento acerca de determinada matéria. O erro implica conhecimento acerca de certa matéria, que se supõe verdadeiro quando é falso. Na primeira, não há conhecimento; no segundo, há conhecimento falso. A diferença deve ser feita em face da norma de proibição. Na ignorância do direito, o sujeito desconhece a existência da norma de proibição contida implicitamente na lei penal incriminadora. No erro de direito, há má interpretação da norma de proibição. Ele não desconhece a existência da norma de proibição, mas incide em erro sobre seu conteúdo.

A falta da potencial consciência sobre a ilicitude do fato exclui a culpabilidade, uma vez que esta é composta de imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência sobre a ilicitude do fato. Já o desconhecimento total da lei não exclui a culpabilidade, podendo o agente obter apenas uma atenuante genérica em sua pena, de acordo com o artigo 65, inciso II do Código Penal.

O erro de proibição, assim como o erro de tipo, pode ser evitável (vencível, inescusável) ou inevitável (invencível ou escusável), mas suas conseqüências são totalmente distintas.

Na segunda parte do artigo 21 do Código Penal estão contidas as conseqüências do erro sobre a ilicitude do fato; se inevitável, isenta de pena, se evitável, responde o autor pelo crime praticado, tendo a pena diminuída de um sexto a um terço.

A) Erro de proibição escusável

O erro de proibição é considerado escusável, invencível ou inevitável quando o agente, atuando sem a consciência sobre a ilicitude do fato, não tinha condições de ter ou atingir esse conhecimento na circunstância em que se encontrava. Ou, em outros termos, é o erro no qual qualquer indivíduo de diligência normal incorreria, se estivesse no lugar do agente. Isenta o agente de pena.

- **Erro de proibição direto**

O erro de proibição indireto ocorre quando o agente erra sobre o conteúdo proibitivo da norma penal. Conforme Francisco de Assis Toledo (1994:270), "o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a *norma proibitiva*, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência". Um exemplo de erro de proibição inevitável é o de um turista holandês que viaja de férias para o Brasil e, desconhecendo por completo as normas penais locais, acende um cigarro de maconha, droga lícita em seu país, logo na saída do aeroporto e é preso. O turista não tinha como saber que da proibição da droga em território brasileiro, visto que acabara de chegar e não tinha tido tempo de informar-se a respeito das normas de conduta do país que visitava.

- **Erro de proibição indireto**

O erro de proibição indireto ocorre quando o agente incorre em erro sobre a existência de uma norma penal incriminadora ou sobre os limites da permissão da mesma.

- **Erro de mandamento**

O erro de mandamento remete às circunstâncias em que o agente se encontra na posição de garantidor, sobre o mandamento contido nos crimes omissivos. No caso de um indivíduo ter perfeito conhecimento de uma situação de perigo e omitir socorro supondo, por erro inevitável, que não estava obrigado a prestá-lo. É a omissão das regras determinadas pelas normas preceptivas. De

acordo com Cezar Bitencourt é o "erro que recai sobre uma *norma mandamental*, sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos."

B) Erro de proibição inescusável

O erro de proibição inescusável é aquele em que o agente nas circunstâncias do fato tinha ou deveria ter conhecimento da antijuridicidade de sua conduta, e não a teve por não levar a sério o dever de investigá-la. Damásio (1985:426) diz que "há erro de proibição inescusável ou evitável quando o sujeito nele incide por leviandade, imprudência, descuido etc". Não isenta de pena, tendo, entretanto, o autor direito uma redução de um sexto a um terço da mesma.

- **Erro de vigência**

De natureza inescusável, ocorre erro de vigência quando o agente ignora a existência de uma lei ou ainda não pôde conhecer uma recentemente editada.

- **Erro de eficácia**

Também inescusável, ressalvado casos muito especiais, nesse caso o agente considera ilegítima a norma por contrariar outra de natureza superior ou norma de caráter constitucional.

- **Erro de punibilidade**

Ainda no campo dos erros de proibição inescusáveis, ocorre quando o agente, mesmo sabendo que comete ato ilícito, ignora que haja pena para tanto, ignora a punibilidade do ato.

- **Erro de subsunção**

Inescusável. Nele o agente conhece a proibição do fato típico, mas por erro na interpretação do mesmo acha que sua conduta não coincide com a hipótese legal.

C) Descriminantes putativas

As discriminantes putativas já foram abordadas na parte correspondente ao erro de tipo, mas convém registrar que as descriminantes putativas tanto podem derivar de erro de tipo, quanto de erro de proibição.

As descriminantes putativas derivam de erro de proibição quando o erro do sujeito decorre da má apreciação dos limites jurídicos de uma causa excludente da punibilidade, ou seja, quando por um erro de compreensão da norma o sujeito pensa que age amparado pelos casos de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

www.direitonet.com.br

www.jus.uol.br

www.direitopenal.adv.br

INTERPRETAÇÃO EM SANTO AGOSTINHO E HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL*

RESUMO

Os principais objetivos deste artigo são discutir o pensamento de Santo Agostinho sobre interpretação e hermenêutica e as relações entre essas idéias e a Hermenêutica Contemporânea. O principal objeto a ser interpretado para o Bispo de Hipona era a *Bíblia*, o que implica a forte presença religiosa nas suas teorias interpretativas. Para ele, as palavras seriam apenas signos, e estes seriam menos importantes do que o significado real através deles representado. Portanto, o mais importante na interpretação seria desvendar o sentido correto dos textos, e esse sentido seria a *Verdade*, a vontade Divina ou mesmo o próprio Deus. Desta forma, seria admitida uma pluralidade de interpretações, contanto que se baseassem na *Verdade*. Podemos concluir que imensa foi a importância de Agostinho para Hermenêutica Contemporânea, uma vez que, dentre outros aspectos, ele foi primeiro a admitir a pluralidade de significados, ainda considerando os limites impostos pelo seu conceito de *Verdade*.

Palavras-Chave: Interpretação. Hermenêutica. Santo Agostinho.

ABSTRACT

The main objectives of this paper are to discuss Saint Augustine's thought about interpretation and hermeneutics and the relations between these ideas and Contemporary Hermeneutics. The mainly object to be interpreted, according to the Bishop of Hipona, was the *Holy Bible*, what implies the strong influence of religion in his interpretative theories. To him, words would be only signals, and this would be less important than the real meaning represented through them. Therefore, the most important thing in interpretation would be finding the correct sense of a text, and this sense would be the *Truth*, God's will or even God Itself. In this way, it would be admitted a pluralism of interpretation, only if it would be based on the *Truth*. It is possible to conclude that the Augustine's importance to Contemporary Hermeneutics was huge, because, among other respects, he was the first to admit the plurality of meanings, but even considering the limits imposed on it by his concept of *Truth*.

Key-Words: Interpretation. Hermeneutics. Saint-Augustine.

* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

1. Introdução e Objetivos

Há quem confunda os termos *hermenêutica* e *interpretação*, mas existe uma diferença sensível entre eles. Enquanto a interpretação é a captação sensorial (cf. FALCÃO, 1997: 84) da realidade, a hermenêutica é o conjunto de regras através das quais aquela se dá (idem, ibidem). Assim, percebemos que o homem sempre interpretou os fenômenos ao seu redor, enfatizando, inicialmente, os naturais, para passar, à medida que correram os séculos, à tentativa de se compreender os fatos gerados pelo seu intelecto.

A palavra *hermenêutica* teve sua origem nesse período inicial, quando os antigos se preocupavam imensamente com a interpretação dos fenômenos naturais, pois acreditavam que, a partir deles, conseguiriam antever a vontade dos deuses. Como a interpretação era posta em prática sempre que um véu impedia o entendimento da mensagem (cf. FERRARIS, 1996:2), caberia ao intérprete fazer esta ligação entre o signo sob o qual se apresenta a mensagem e seu conteúdo.

Um estudo da hermenêutica como matéria independente só surgiu a partir do século XIX, com Schleirmacher e Dilthey; no entanto, desde a Antigüidade a interpretação vem merecendo a atenção de alguns pensadores, especialmente a partir de Platão. No pensamento de Aristóteles, encontram-se reflexões sobre o tema que até hoje exercem real influência nas idéias daqueles que se dedicam à interpretação.

Com a difusão da Bíblia enquanto livro fundamental do cristianismo, a discussão sobre qual a maneira correta de se interpretá-la fez surgir pensamentos diversos sobre o assunto, concentrando-se essa dicotomia nas escolas de Alexandria e de Antioquia, que defendiam, respectivamente, as interpretações alegórica e literal. A discussão sobre qual dessas duas espécies seria a mais correta para se chegar ao verdadeiro sentido do texto dividiu exegetas nos primeiros séculos desta Era.

É em Santo Agostinho, entretanto, que podemos encontrar teses interessantíssimas sobre a questão da interpretação, tornando-se o objetivo principal deste artigo a discussão sobre os principais pontos, na obra do Bispo de Hipona, referentes à interpretação.

2. Breve Nota Biográfica

Autor de umas das obras mais vastas dos primeiros séculos do cristianismo, Aurélio Agostinho, cartaginês, não nasceu cristão. Estudioso desde muito jovem, lecionou retórica em Tagaste, sua cidade natal, transferindo-se, posteriormente, para a Itália, precisamente Milão.

Durante muitos anos, atravessou um importantíssimo período de questionamentos pessoais, que o levou, durante algum tempo, ao maniqueísmo, doutrina muito em voga no período. Após vários episódios, magistralmente relatados nas *Confissões*, converteu-se ao cristianismo, em muito devido à influência de sua mãe, Santa Mônica **[1]**, e de Santo Ambrósio, à época bispo de Milão. Ao retornar à África, entra para a vida religiosa, chegando a ser bispo da cidade de Hipona.

Todo o pensamento agostiniano sobre a interpretação deu-se como conseqüência da sua necessidade de melhor compreender a *Bíblia*, e de difundir o Livro Sagrado, tornando a sua compreensão mais fácil para os leigos. Assim, a concepção religiosa compõe praticamente tudo o que ele escreveu a respeito da interpretação, sendo indissociável desta.

3. As Palavras

No diálogo *De Magistro*, entre ele e seu filho **[2]**, Agostinho trata do seu pensamento a respeito das palavras. Antes de falar delas em si, aborda a questão dos signos, de suma importância preliminar.

Signo é todo símbolo cuja existência está condicionada à representação de alguma coisa, podendo ter qualquer natureza. Falando em termos atuais, quando alguém levanta o polegar, fechando os outros quatro dedos junto à palma da mão, sabemos que ele está querendo dizer que as coisas estão bem, ou, na linguagem cotidiana, tudo está "legal". O movimento que fazemos com a mão, portanto, é um símbolo do bom andamento da situação.

Da mesma forma, se alguém nos pergunta como anda a nossa vida, e nós respondemos com um sorriso, é possível inferir que tudo está bem. Poderíamos responder à mesma pergunta com o polegar levantado, e aquele que demanda compreenderá o que queremos dizer.

Portanto, vemos que o conceito de "tudo bem" pode ser representado através de mais de uma forma, tanto pelo polegar para cima quanto pelo sorriso. Estão são apenas símbolos que representam uma idéia.

Agostinho, nas *Confissões* e no *De Magistro*, trata dos signos, colocando as palavras entre eles. Elas não passariam de símbolos das idéias, tais como os dois exemplos que demos acima, e, enquanto tais, não deveriam receber grande importância. O importante, assim, era o que elas representavam, as idéias contidas nas letras que compõem os nomes.

As idéias poderiam ser encontradas no pensamento, e é nele onde elas se revestiriam de sua forma mais perfeita, sem a possibilidade de serem falseadas pelos sentidos. Era no pensamento que

residia o verdadeiro conhecimento. Nota-se, claramente, a influência do pensamento de Platão no que diz respeito à dualidade de mundos **[3]**, o que é plenamente explicável se nos lembrarmos da grande admiração que Agostinho tinha pelo fundador da Academia **[4]**.

Como o mais importante seria o sentido e não a própria palavra, Agostinho, sempre que toca nesse assunto, refere-se ao fato de que uma idéia pode ser representada por várias palavras não só dentro da mesma língua, mas, principalmente, variando de uma língua para outra. Há uma passagem que pode ilustrar o que afirmamos através da beleza que era peculiar aos seus textos:

> Quando um grego ouve pronunciar esse vocábulo [felicidade] em latim, não se deleita, porque ignora o sentido. Mas nós deleitamo-nos; e ele também se deleita, se ouve em grego, porque a felicidade real não é grega, nem latina, mas os gregos, os latinos e os homens de todas as línguas têm um desejo ardente de a alcançar. E assim, se fosse possível perguntar-lhes a uma só voz se "queriam ser felizes", todos, sem hesitação, responderiam que sim. O que não aconteceria, se a memória não conservasse a própria realidade, significada nessa palavra (Cf. *Confissões*, X, 20).

Uma palavra, portanto, comportaria uma pluralidade de significações, conforme percebemos do seguinte trecho, quando Agostinho trata de um aparente conflito entre o significado de duas ações: "talvez, o significado de ambas seja o mesmo, mas os sinais são diferentes. É como se o nome de Deus estivesse escrito a ouro ou à tinta. Ora, se o ouro é mais precioso e a tinta mais vil, em ambos os casos, porém, o significado é o mesmo" (Cf. *A Trindade*, III, 10, 20).

4. As interpretações

Conforme dissemos na introdução, havia uma divergência muito grande entre os cristãos sobre qual seria a melhor maneira de se interpretar a Bíblia. Formaram-se várias escolas, reunindo aqueles que pensavam de forma parecida sobre o melhor método de compreensão das Escrituras, e a divergência consistia, basicamente, em saber se seria ou não permitida a interpretação alegórica, ou se a correta compreensão adviria unicamente da interpretação literal.

Devido a fatores como a sua formação ou mesmo a proximidade territorial entre Tagaste e Alexandria, Agostinho era adepto da interpretação alegórica da Bíblia. Uma vez compreendendo que ele atribuía às idéias importância maior do que às palavras, não nos é difícil compreender as razões que levaram o filósofo a essa conclusão.

A interpretação alegórica consistiria em atribuir um valor de metáfora ao texto, que deve ter sido assim escrito para que mais fácil fosse o entendimento daquilo que o autor gostaria de dizer.

Levando-se em conta a complexidade do autor da Bíblia **[5]**, seria mais fácil compreender o verdadeiro sentido através dessas alegorias do que dizendo explicitamente o que gostaria de fazer entender. Há uma passagem em que Agostinho trata da necessidade da interpretação alegórica: "Algumas vezes os homens ignorantes e infiéis, que para serem iniciados e ganhos à fé precisam destas metáforas de principiantes" (*Confissões*, XII, 27).

Mesmo tendo admitido e valorizado a interpretação alegórica, Agostinho não se esqueceu da interpretação literal. Para ele, compreender o que as Escrituras queriam dizer expressamente era uma etapa importantíssima dentro do processo do conhecimento, ocupando, inclusive, o momento inicial, o ponto de partida da compreensão, até porque seria impossível qualquer interpretação alegórica sem um prévio entendimento da literalidade do texto. Nem que ele se constituísse em etapa necessária para a verificação de que seria necessária a interpretação alegórica.

Assim, a interpretação seria o primeiro passo para o entendimento. Se somente ela bastasse para a compreensão, estaria terminado o processo; porém, percebendo o intérprete que a literalidade não bastava, deveria partir para a etapa posterior, que seria a interpretação alegórica.

Analisando algumas obras de Agostinho, percebemos que ele defende que há passagens específicas da Bíblia em que cabe a interpretação através de alegorias, não constituindo elas sequer a maioria do Texto Sagrado.

A primeira e mais famosa dessas passagens era a do *Gênesis*, sobre a criação do Mundo. Assim começa o livro que inaugura as Escrituras: "No princípio, Deus criou os céus e a terra. A terra estava vazia informe e vazia; as trevas cobriam o abismo e o Espírito de Deus pairava sobre as águas. Deus disse: 'Faça-se a luz!'. E a luz foi feita." (Cf. *Gênesis*, 1, 1-3). Dá-se prosseguimento ao livro o relato do trabalho Divino durante seis dias e do descanso no sétimo.

Ao longo do décimo terceiro livro das *Confissões*, Agostinho disserta sobre qual real significado daquele começo, que pode ser resumido no fato de que essas trevas seriam a ignorância humana, e esta seria o abismo, muito distante das águas superficiais, onde residiria o Criador; a vontade divina de trazer o conhecimento ao homem é representada pelo luz, que põe fim à era em que aquela reinava (Cf. *Confissões*, XIII, 12-14). Sobre o Conhecimento, trataremos na secção seguinte.

A questão do trabalho divino, especialmente quanto ao descanso no sétimo dia, também é explicada por Agostinho:

> Que no sétimo dia Deus tenha descansado de todas as suas obrs e o tenha santificado, não deve de modo algum ser entendido puerilmente, como se Deus se houvesse fatigado,

> trabalhando, Ele, que *disse e foram feitas*, com palavra inteligível e eterna, não sonora e temporal. O descanso de Deus significa o descanso do que descansam em Deus, como a alegria da casa significa a alegria dos que se alegram em casa, embora os faça estar alegres não a casa, mas outra coisa qualquer. (*A Cidade de Deus*, XI, 8).

Buscar o sentido presente na alegoria faz com que o intérprete, nesse caso, Agostinho, encontre um mesmo significado em alegorias distintas, que acontece quando este tem suma importância dentro do contexto bíblico, devendo ficar fixado na mente de quem lê as Escrituras. É o caso encontrado em dois pontos distintos: primeiro é a transformação da vara de Moisés em serpente, e o outro é o da pedra de Jacó, onde adormeceu:

> A unção de pedra representa a Cristo na carne mortal, na qual foi ungido com o óleo da alegria de preferência a seus companheiros. A vara convertida em serpente por Moisés prefigurava o mesmo Cristo, mas feito obediente até a morte de cruz. (…) A serpente simboliza a morte, introduzida no mundo pela serpente do paraíso. (…) a vara transformada em serpente é Cristo destinado à morte. Quando a serpente volta a ser vara, representa Cristo ressuscitado com seu corpo, que é a Igreja. (*A Trindade*, III, 10, 20).

Outra alegoria trazida por Agostinho pode ser encontrada na conclusão de uma de suas obras mais conhecidas, *O Livre Arbítrio*. A passagem "um só dia em teu santuário vale mais do que mil anos longe de ti" (*Salmos*, 83, 11) é interpretada da seguinte forma: "ainda que se possam interpretar essas palavras em outro sentido, compreendendo por mil dias a mutabilidade dos tempos e designando por um só dia a imutabilidade da eternidade" (*O Livre Arbítrio*, III, 25, 77).

Além dessas duas possibilidades de interpretação – a literal e a alegórica -, não poderíamos deixar de citar que foi Agostinho um defensor, e talvez o primeiro para a *Bíblia*, da interpretação sistemática. Esta consiste em analisar todo o contexto para que, a partir dele, especificamente das partes bem compreendidas, se torne possível entender o que não ficou muito claro.

Segundo Márcio Diniz, quando o intérprete não deparar com uma parte obscura, deve recorrer àquelas passagens bem compreendidas, ou seja, aquelas cujo sentido foi bem compreendido. O mesmo autor afirma que isso deve ser fruto da intuição de que se vale o filósofo de que a boa compreensão do todo leva ao bom entendimento da pare. Quanto a isso, esclarecedora é a passagem: "toda parte é parte de algum todo e o todo só o é com todas as suas partes. Todavia, como a parte e o todo são corpos, possuem não somente um valor relativo, mas também substancial" (*A Trindade*, IX, 4, 7).

5. A Verdade

A interpretação sistemática deve ser guiada pela boa compreensão da essência das Escrituras, que é a Verdade. Esta seria o verdadeiro significado de todo o Texto Sagrado, ou seja, o conteúdo dentro das palavras escritas.

Antes de abordarmos qual seria esse significado, é importante esclarecermos como se deu o processo de redação da Bíblia. Para Agostinho, os homens que redigiram os livros que a compõem, como Mateus, que escreveu um evangelho que leva o seu nome, estavam inspirados por Deus. Nair de Assis Oliveira sintetiza bem o pensamento de Agostinho: "o significado de homem tomado, revestido ou assumido por Deus. Não que seja o no sentido de ter Deus revestido uma pessoa humana, mas sim a natureza humana, num ser concreto e singular. A palavra "assumiu" e outras equivalentes são aí empregadas apenas como metáforas, porque a união hipostática não é exterior, mas pessoal e íntima" (OLIVEIRA, 2005:574).

Novamente, não podemos deixar de citar aqui outro ponto convergente entre Platão e Agostinho. O grego centralizou o seu pensamento sobre interpretação na questão dos poetas e afirmava que estes eram verdadeiramente instrumentos dos deuses, que falavam através dos poetas. Percebam a semelhança: "God takes away the minds of poets, and uses them to be speaking not of themselves who utter these priceless words in a state of unconsciousness, but that God himself is the speaker and that through them he is conversing with us" (*Íon*, 534e).

Entender a verdade que trazia a Bíblia foi a "mola de toda a busca de Agostinho" (OLIVEIRA, 2005:570), o instrumento que o incentivou a interpretar as Escrituras exaustivamente. E a resposta para os seus questionamentos não era das mais complicadas: Deus era a Verdade, Ele e a sua vontade. Conhecimento seria a fé em Deus, e caberia a quem a conhecesse transmitir essa fé, a fim de fazer com que os outros igualmente cressem (SALGADO, 2006:18).

Por ser divina, essa Verdade não variaria com o tempo, uma vez que seria imortal (Cf. *Confissões*, XII, 11), compreensível em qualquer época e em todos os lugares, independente de quem fosse o intérprete. Assim, a Verdade serviria como verdadeiro limite ao poder criativo do intérprete, cuja mente poderia imaginar qualquer sentido para determinada passagem bíblica, desde que não fosse ferida a sua Essência, que seria o amor e a vontade de Deus. O próprio Agostinho afirmou que as passagens por ele interpretadas poderiam sê-lo novamente e de modo diferente por outros (OLIVEIRA, 2005:590).

Assim, o limite do sistema interpretativo agostiniano seria o seu conceito de Verdade, oriundo da Revelação. Até porque tudo o que existe no mundo, "a física, a lógica e a ética, como o

próprio homem, são reflexo e imagem do Criador" (RAMOS, 1984:312), fazendo parte desse sistema baseado em uma origem comum, o que acarreta, nesse caso, uma essência comum.

6. Conclusões

A partir do que foi exposto nas páginas anteriores, podemos concluir que Agostinho contribuiu imensamente na formação da hermenêutica hoje existente.

Além de estabelecer um verdadeiro método para a boa interpretação, que deveria começar com a interpretação literal, passando à alegórica, caso aquela não fosse suficiente, e à sistemática, se as outras não bastassem, ele desenvolveu conceitos que serviram de base para o nascimento da lingüística. Enquanto Aristóteles transferiu para o homem o objeto da hermenêutica, Agostinho consolidou como objeto principal desta os textos.

Foi Agostinho, também, o primeiro a admitir uma pluralidade significativa, uma vez que a solução para a hermenêutica seria encontrada em uma teoria do conhecimento baseada na semiótica (FERRARIS, 1996:14). Fazendo nossas as palavras do grande historiador da hermenêutica Maurizio Ferraris, sintetizamos a importância do pensamento de Agostinho para a hermenêutica contemporânea, e com ela concluímos definitivamente o nosso texto:

> Thus the current confluence of hermeneutics and semiotics does not overcome an ancient dissension but rather attempts to mediate a recent divarication in which, on the one hand, hermeneutics, beginning with Heidegger and then with Gadamer, thematizes a firm rejection of those methodologies modeled on the natural sciences, and, on the other, semiotics, in particular at the time of structuralism, emphasizes an epistemological self-understanding of positivistic nature (idem, ibidem).

Notas

[1] Interessante é o comentário que Agostinho faz de sua mãe: "mulher no aspecto, mas viril na fé, com a calma própria duma idade avançada, ternura de mãe e piedade cristã" (*Confissões*, IX, 4).
[2] Agostinho viveu durante alguns anos com uma mulher, antes de se converter, e desse relacionamento nasceu Adeodato, morto precocemente aos dezesseis anos. Nas *Confissões*, tratando de sua viagem à Itália, faz o seguinte comentário sobre o filho: "Juntamos também a nós Adeodato, o filho carnal do meu pecado, a quem tínheis dotado de grandes qualidades. Com quinze anos incompletos ultrapassava já em talento a muitos homens idosos e doutos. Confesso estes vossos dons, Senhor meu Deus, Criador de todas as coisas e tão poderoso para corrigir as nossas deformidades, porque nada de meu havia nesse jovem, além do pecado. Se por mim fora criado na vossa lei, fostes Vós e mais ninguém quem no-lo inspirou. Confesso-Vos, pois, estes vossos dons.
Há um livro meu que se intitula *De Magistro*, onde ele dialoga comigo. Sabeis que todas as opiniões que aí se inserem, atribuídas ao meu interlocutor, eram as dele quando tinha dezesseis

anos. Notei nele coisas ainda mais prodigiosas. Aquele talento causava-me calafrios de admiração, pois quem, senão Vós, poderia ser o artista de tais maravilhas?"(IX, 6).

[3] O mundo ideal seria o das coisas em essência, onde elas poderiam ser encontradas em suas formas puras e verdadeiras; já o mundo sensível seria aquele em que vivemos, onde não encontraríamos mais do que a mera representação das coisas, falseadas pelos nossos sentidos. Para maiores esclarecimentos, veja *A República*.

[4] Em várias passagens da *Cidade de Deus* e das *Confissões*, Agostinho trata dos neoplatônicos e do próprio Platão, não escondendo a admiração que tinha pelas suas idéias.

[5] Sobre esse assunto trataremos na secção seguinte.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. Trad. António Borges Coelho. v2. Lisboa: Presença, 1970.

AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **A Trindade**. Trad. Frei Agustino Belmonte. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **De Magistro**. Trad. Ângelo Ricci. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **A Cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. 2 v. 7 ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

_____. **O Livre Arbítrio**. Trad. Nair de Araújo de Oliveira. 4 ed. São Paulo: Paulus, 2004.

Bíblia Sagrada. 133 ed. São Paulo: Ave-Maria, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de António José Brandão. 4.ed. 2.v. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Suc., 1972.

DINIZ, Márcio. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**.

_____. **Auctoritas fidei e Auctoritas iurus –** Análise da pluralidade significativa na hermenêutica de Santo Agostinho e de Hans Kelsen. In *Revista da Procuradoria Geral do Município*, v. 5, ano 4, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GILSON, Étienne. **Filosofia na Idade Média**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1995.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

OLIVEIRA, Nair de Araújo. Notas Complementares à obra "A Trinidade", de Santo Agostinho, São Paulo: Paulus, 2005.

RAMOS, Pe. Manfredo Tomás. **A Idéia de Estado na Doutrina Ético-Política de Santo Agostinho**. São Paulo: Loyola, 1984.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA: ATRASO COM DISFARCE DE AVANÇO

FRANCISCO SUDERLEY HOLANDA PEREIRA LEITE*

RESUMO

O denominado processo penal democrático constitui-se de um instrumento que busca a verdade real dos fatos com uma visão abertamente constitucional. Garante-se ao réu, portanto, que apesar do crime supostamente cometido, será buscada a verdade respeitando todos os seus direitos e garantias, como o do seu comparecimento fisicamente à presença do Magistrado no interrogatório. De acordo com a regra atual do nosso processo penal, o interrogatório do réu preso deve ser procedido no estabelecimento prisional em sala própria; entretanto, dada a sua impossibilidade (principalmente por motivo de segurança), deve ser procedido na sede do Fórum ou Tribunal. Com o objetivo de modernizar o processo penal, o Congresso Nacional está tentando aprovar um projeto de lei que pretende modificar o CPP, regularizando no Brasil o interrogatório por meio de videoconferência. Após pesquisa doutrinária e jurisprudencial constitucional e processual, chega-se ao entendimento neste trabalho de que a realização deste procedimento constitui-se de um retrocesso a um importante meio de defesa do acusado preso, privando-o do seu direito de autodefesa; bem como está eivado de inconstitucionalidade, uma vez que esbarra frontalmente contra princípios da mais alta importância para a sociedade, como o da isonomia, do devido processo legal e da própria ampla defesa. Além disso, também de considerável importância, restringe o interrogatório como meio de prova, prejudicando a formação da convicção do julgador e o fim do processo em si mesmo, e, por conseguinte, mitiga o princípio da busca da verdade real.

Palavras-chave: Processo penal democrático; Interrogatório por videoconferência; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The so called democratic penal process it is constituted by a instrument that searches the real truth of facts with a openly constitutional vision. Guaranteed to the defendant that despite the supposedly committed crime, it will be searched the truth by respecting all of his rights and guaranties, like physical attendance to the presence of the Magistrate in the interrogatory. According to the actual law of our penal process, the interrogatory of the convicted defendant must be proceeded in the prisional establishment in a proper room, however, due to its impossibility, mainly because in reason of security, must be proceeded in the headquarters of the Court or Tribunal. With the purpose of modernize the penal process, the National Congress is trying to approve a law project that intends to modify the PPC, regulating in Brazil the interrogatory by videoconference. After constitutional and processual doctrinaire and jurisprudential research, it comes to an understanding in this paper that the accomplishment of this procedure constitutes a regression of an important

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

method of defense of the convicted accused, depriving him of his right of self-defense (one of the streams of ample defence); as well is contaminated by unconstitutionality, once it confronts against principles of the highest importance to the society, like isonomy, due process of law and ample defence. Besides that, also of considerable importance, limits the interrogatory as a way of prove, damaging the formation of conviction by the judge and the end of the trial itself, and, by consequence, mitigates the principle of search for the real truth.

Key-Words: Democratic penal process; Interrogatory by videoconference; Unconstitutionality.

1. Introdução

Atualmente, encontra-se em discussão no cenário jurídico brasileiro as repercussões da possível legalização do interrogatório na instrução do processo penal por meio da videoconferência. O foco da questão é a compatibilidade ou não desse procedimento com a Carta Constitucional. Neste trabalho, pretende-se apresentar sua inconstitucionalidade, por considerar que a aplicação desta modalidade de interrogatório interferiria necessariamente na amplitude do direito de defesa do réu, e, por conseguinte, violaria uma série de direitos e garantias fundamentais. Há de se ressaltar, entretanto, que o tema ainda é muito polêmico, longe de encontrar um consenso.

A polêmica cresceu em decorrência do projeto de lei de iniciativa do Senador Tasso Jereissati (PSDB-CE), aprovado no último dia 08 de março deste ano pela Câmara dos Deputados, que modifica o Código de Processo Penal (CPP), estabelecendo a videoconferência como regra para os casos de audiência e interrogatório de testemunhas e acusados presos.

Tal projeto já havia sido aprovado no Senado exatamente na época em que houve uma grande onda de violência em São Paulo, provocada por ações da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC). A recente aprovação dos deputados, por sua vez, se deu sob um forte clamor social para o endurecimento da legislação penal e processual penal, em decorrência dos últimos crimes violentos acontecidos no Estado do Rio de Janeiro e da indignação frente aos vultuosos gastos com o processo e a prisão do traficante Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira Mar.

Na realidade, a idéia de se implantar esse meio de interrogatório não é nova, existindo há mais de uma década. Há, inclusive, leis em Estados-membros dispondo sobre tal questão e notícias de várias audiências nas quais réus e testemunhas presos aconteceram de maneira *on line*.

Os defensores desse procedimento afirmam que sua aplicação ensejaria efetividade aos princípios da celeridade e da economia processual, reduzindo os vários custos com o transporte

e a escolta de presos aos Fóruns e Tribunais. Proporcionaria ainda segurança à sociedade, uma vez que reduziria os riscos de fugas e crimes diversos durante o trajeto dos presos.

O projeto de lei ainda terá de voltar ao Senado porque os deputados alteraram a proposta que havia sido aprovada pelos senadores.

2. O processo penal democrático

O Estado é o titular do *"jus puniendi"* - direito de punir, mas não pode deliberadamente aplicar sanções sem que se busque, de forma coerente e organizada, indistintamente a toda a sociedade, o verdadeiro autor do deito. Construiu-se, então, no Direito o princípio do *"nulla poena sine iudicio"* - não há pena sem processo.

O Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas que regula o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado. O processo penal é o instrumento pelo qual se busca obter as verdades dos fatos ligados a determinado crime, e, por conseguinte, aplicar a pena ao agente que incidiu sobre o tipo criminal. Em termos bem simplificados, processo é o instrumento para aplicação da lei penal ao caso concreto.

Pela necessidade de se conferir maior legitimidade e resguardar direitos e garantias fundamentais no instrumento do processo, o legislador brasileiro optou pelo sistema acusatório na fase processual propriamente dita. Tal sistema caracteriza-se pela clara separação entre o Estado-acusação e o Estado-julgador, o predomínio da liberdade de defesa e igualdade entre as partes, publicidade de todo o procedimento.

Saliente-se que o processo penal, sob o império do Estado Democrático de Direito, não pode ser visto dissociado de uma visão abertamente constitucional, com toda a sua gama de direitos fundamentais, protetores do individuo, parte consideravelmente mais fraca. O processo penal, desta maneira, ergue-se em torno de princípios inafastáveis, que podem suplantar a própria literalidade da lei. Desta forma, não se trata, como poderia se apreender à primeira vista, o processo penal de um instrumento meamente de persecução penal. Mais do que isso, é instrumento de proteção da liberdade jurídica do indivíduo, de efetivação dos direitos humanos e de garantia contra o arbítrio do Estado.

Esse é o chamado processo penal democrático, que, conforme Guilherme de Souza Nucci afirma, *"*é a visualização do processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade*"* (2006:73).

Assim, em meio a vários avanços e retrocessos, chegamos a essa modalidade processual, em que a defesa do acusado e a efetivação de um julgamento idôneo e justo são postulados fundamentais, resguardados por inúmeros princípios, como a isonomia; o devido processo legal - *due processo of law*, que superou o simples, mas importante *"nulla poena sine iudicio"*; seus corolários, o contraditório e a ampla defesa; a presunção do estado de inocência; a busca da verdade real, entre outros. É nele que está garantido que, apesar do crime supostamente praticado, serão garantidos ao acusado todos os direitos e instrumentos constitucionais necessários à preservação destes direitos.

Qualquer violação a algum desses postulados, que são verdadeiras conquistas da humanidade, deve ser imediatamente excluída do meio social.

Uma das manifestações do processo penal democrático é o procedimento do interrogatório da maneira como hoje está posto em nosso estatuto processual e sua interação com a Constituição Federal. Fruto de uma história de torturas secretas que buscavam como único fim a confissão, o interrogatório evoluiu para um procedimento resguardado de princípios, no qual os direitos do acusado serão sempre respeitados, independente dos indícios de autoria e materialidade do crime. E um desses direitos é o da audiência presencial entre o preso e seu julgador, como será mais a frente explicado.

3. Interrogatório no processo penal brasileiro

O interrogatório vem previsto no Código de Processo Penal Brasileiro nos artigos 185 a 196, no Capítulo III do Título VII, entre as modalidades de prova. Trata-se do ato processual pelo qual se dá oportunidade ao acusado de dirigir-se diretamente ao juiz, expondo sua versão sobre os fatos que lhes estão sendo imputados, podendo indicar provas, confessar o crime, ou simplesmente permanecer em silêncio. É um dos principais momentos do processo, devendo o Juiz, ao receber a queixa ou a denúncia, designar de imediato dia e hora para o interrogatório, conforme dispõe o artigo 394 do CPP, ao instruir sobre o processo comum.

A primeira questão que se coloca na doutrina sobre o instituto do interrogatório é a sua natureza jurídica. As posições atualmente ainda permanecem muito divididas. Seria meio de prova, meio de defesa ou meio de prova e de defesa? Poucos são os autores que defendem a posição de mero meio de prova, encontrando-se neste trabalho apenas Camargo Aranha, conforme citação de Guilherme de Sousa Nucci (2006:381). Entre os que defendem a natureza somente de meio de defesa, destaca-se Tourinho Filho (2005:270-271). Entre os que defendem a natureza de meio de

prova e de defesa (híbrido), por sinal a maioria, Mirabete (*apud* TOURINHO FILHO, 2005:297), Greco Filho (1999:226), Fernando Capez (2005:215), entre outros. Neste trabalho, acompanha-se a parte da doutrina que defende a existência do interrogatório como meio de prova e de defesa.

A garantia da ampla defesa, presente no texto constitucional, confere o direito ao réu de possuir não apenas a defesa técnica como também a autodefesa. Esta, por sua vez, subdivide-se em dois aspectos: o direito de audiência e o de presença. Conforme Grinnover, Scarance e Magalhães, "o direito de audiência traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz (...). O direito de presença manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas." (2000:69).Tal garantia já seria suficiente para conferir ao interrogatório o seu caráter de defesa. Mesmo assim, outras disposições confirmam essa posição. Nossa Constituição Federal no inciso LXIII do artigo 5° garantiu ao preso o direito ao silêncio, ao dizer que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)". E este silêncio, em hipótese alguma, pode ser interpretado como confissão ou conduzir a prejuízo para a defesa, conforme o parágrafo único do artigo 186 do CPP. Assim, o acusado, no gozo deste direito, pode silenciar por considerar que ao falar pode ser prejudicado (ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo). Esta ultima inovação foi introduzida pela Lei 10.792/2003, que modificou todo o Capítulo III do CPP, introduzindo, entre outras, a obrigatoriedade de comparecimento de defensor, seja constituído ou dativo (art. 185, CPP), e a possibilidade de as partes elaborarem perguntas por intermédio do Juiz (art. 188, CPP), o que fortaleceu ainda mais a existência do interrogatório como importantíssimo meio de defesa.

Como meio de prova, não há o que se questionar: o interrogatório é realmente um meio de prova de suma relevância para a busca da verdade real. Através do interrogatório, o Juiz conhece a versão dos fatos do acusado (interrogatório de mérito ou de individualização) e também sua qualificação – nome, filiação, idade, meio de vida, residência, oportunidades - (interrogatório de qualificação) (art. 187, §§ 1° e 2°, CPP). O magistrado, entretanto, vai além, e na busca de sua convicção, averigua os elementos psicológicos, sua personalidade, a sua espontaneidade, a teatricidade, a sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, o estado de alma, da frieza, da malícia, da nobreza, da emoção, da paixão; olhando diretamente nos olhos do acusado, tenta-se perceber as suas reações ao se discorrer sobre os fatos, ao lhe ser apresentadas fotos do crime, ao ouvir as testemunhas. E a presença direta é imprescindível como meio de efetivar o acima exposto e formar a convicção do julgador. O comportamento de um ser humano diante de outro fisicamente é

diferente daquele em que o contato é estabelecido por intermédio de vídeo e áudio, este ultimo prejudicial à formação da prova.

Como se pôde perceber, seja considerado como meio de defesa ou meio de prova, o interrogatório é instrumento fundamental para o processo. Tanto que o legislador erigiu a sua falta, quando estiver o réu presente, à categoria de nulidade (art. 564, III, "e").

Sobre o interrogatório do acusado preso, tema abordado neste trabalho, o Código de Processo Penal enuncia que o procedimento deverá ser feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, com a presença do defensor (art. 185, §1°, CPP). O advento desse dispositivo, implantado pela já citada lei 10.792/2003, espanca a possibilidade de realização do interrogatório *on line*, posição adotada por Damásio de Jesus. Caso não haja segurança para juiz, auxiliares e demais presentes (o que ocorre na realidade), o interrogatório será efetuado nas condições previstas no art. 792 do CPP: "As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e **se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais** (...)" (grifo pessoal). Além disso, em decorrência da inexistência do princípio da identidade física do Juiz nesta fase processo penal e da não existência de vedações, pode-se usar por analogia a regra do art. 222, e determinar o interrogatório do acusado preso através de carta precatória. O Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo tem um provimento exatamente nesse sentido (n. 793/2003). Portanto, como está posto em nosso ordenamento, o interrogatório efetuado por meio de videoconferência é ilegal

4. Interrogatório por videoconferência

O interrogatório por videoconferência, tele-interrogatório ou interrogatório *on line* é aquele estabelecido em tempo real entre o julgador na sede do Juízo ou do Tribunal e o acusado em seu estabelecimento prisional, através de aparelhos de vídeo e áudio em um *link* direto, com a presença de dois defensores, um no presídio e outro junto ao Juiz. Existiria ainda uma linha telefônica direta e sigilosa entre o acusado e o defensor que estivesse junto ao Juiz.

Vários são os argumentos dos defensores dessa inovação. Entre eles, está a redução dos gastos com o transporte e escolta dos acusados do presídio ao local do interrogatório, o que proporcionaria efetivação ao princípio da economia processual. Tal argumento ganhou mais publicidade e adesão no meio social após as inúmeras veiculações na mídia de notícias sobre os gastos vultuosos com o transporte do traficante Fernandinho Beira Mar. Outro argumento seria a maior rapidez na tramitação processual, uma vez que várias audiências poderiam ser realizadas em

um único dia, viabilizando o ideal de reduzir a morosidade da justiça. E ainda haveria a redução dos riscos de fugas e outros crimes durante o deslocamento do preso.

Já existem várias experiências em todo o Brasil. Entre outros, já foram feitos interrogatórios por videoconferência e/ou já existem leis específicas em Pernambuco, Paraíba, Santa Catarina, Rio de Janeiro e São Paulo.

O Projeto de Lei n. 7.227/2006 do Senador Tasso Jereissati pretende alterar a redação dos parágrafos do art. 185 do Código de Processo Penal, que passariam a estar assim dispostos:

> "§ 1º Os interrogatórios e as audiências judiciais serão realizadas por meio de videoconferência, ou outro recurso tecnológico de presença virtual em tempo real, com a presença do advogado no local onde estiver o réu, observado o disposto no parágrafo único do art. 265.
> § 2º Nos presídios, as salas reservadas para a realização dos interrogatórios e audiências judiciais por meio de videoconferência serão fiscalizadas por oficial de justiça, funcionários do Ministério Público e advogado designado pela Ordem dos Advogados do Brasil.
> § 3º Não havendo condições de realização do interrogatório ou audiência nos moldes do § 1º deste artigo, estes serão realizados no estabelecimento prisional em que se encontrar o preso, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e 7 auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato.
> § 4º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com o seu defensor.
> § 5º Será requisitada a apresentação do réu em juízo nas hipóteses em que não for possível a realização do interrogatório nas formas previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo.".

5. Da inconstitucionalidade do interrogatório por vídeo conferência

A implantação do interrogatório *on line* agride uma série de direitos e garantias constitucionais; entre os principais estão o da igualdade, do devido processo legal e da ampla defesa.

Entre outros, defendem a inconstitucionalidade do procedimento a Associação Juízes para Democracia (AJD), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (APESP), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

5.1. Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal. Na seara processual é de extrema importância. Ressaltando-se que no processo penal vigora o *favor rei*, que garante a primazia dos interesses do acusado. Buscando uma igualdade real e não meramente formal, deve-se, primeiro, dar tratamento idêntico àqueles que estejam na mesma posição. Acusados de um mesmo crime devem ter as mesmas condições de defesa, estejam eles presos ou soltos.

Segundo, deve-se conferir paridade de armas entre as partes, representado, entre outros, pelo princípio do contraditório.

5.2. Devido processo legal

O devido processo legal é um principio aceito entre nós antes mesmo de haver qualquer dispositivo legal. Remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215. Agora, com a edição da Constituição Federal de 1988, foi ele erigido à categoria de direito fundamental (art. 5°, LIV). Trata-se do pressuposto pelo qual o acusado será julgado obedecendo a todos os seus direitos e garantias fixados em lei, entre eles, o do juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a presunção do estado de inocência, a vedação das provas ilícitas, entre outros. Enfim, o acusado sabe que durante toda a instrução processual, não será privado de sua liberdade ou patrimônio sem o processo conforme posto na lei.

Proceder com um interrogatório por videoconferência, tendo por base a nossa Constituição Federal e atual Código de Processo Penal, é ilegal, e, por conseguinte, violador do *due processo of law*, como já ficou acima demonstrado. O procedimento legal é proceder à ouvida do acusado, em regra, no estabelecimento prisional; e, caso não haja segurança, na sede do Juízo ou do Tribunal.

5.3. Ampla defesa

A ampla defesa vem prevista entre os diretos s garantias fundamentais da Constituição em seu inciso do seu Artigo 5°, inciso LIV. Conforme Alexandre de Moraes, "por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário" (1998:125). Existem dois postulados fundamentais para ampla defesa: a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é proporcionada por um defensor profissional. Em relação ao interrogatório, o art. 185 do CPP dispõe que é obrigatória a presença do defensor para a realização do procedimento. O segundo postulado é a autodefesa, já abordada mais acima neste trabalho. Trata-se do direito de audiência e de presença do acusado. A autodefesa tem seu momento culminante no interrogatório. Corroboram com este entendimento o artigo 9º, §3º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova Iorque) e o artigo 7º, §5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que prevêem o direito do réu de ser conduzido à presença física do juiz natural. Não cabe interpretação no sentido de esta presença poder ser virtual.

Não há que se dizer, também, que o acusado se comportará da mesma maneira diante do Juiz e diante de uma câmera de vídeo. O comparecimento perante o Juiz proporciona ao acusado a oportunidade de sair do estabelecimento prisional, onde pode estar sendo coagido ou intimidado, mesmo veladamente. Confere possibilidade de relatar a sua versão sobre os fatos sem medo de sofrer retaliações de outros presos que estejam no crime envolvido. Pode ainda o preso denunciar maus tratos, que venha sofrendo na prisão, o que é bem comum nos interrogatórios.

6. Conclusão

É verdade que inúmeros Estados vem implantando a videoconferência, e relatando o seu sucesso, a economia que se procede, a agilidade na tramitação processual, mas também é verdade que inúmeros juízes e tribunais em todo o Brasil resistem a sua implantação, e vêm declarando a ilegalidade e inconstitucionalidade desse procedimento.

Difícil manter esta posição de resistência neste momento do processo brasileiro, no qual se busca a modernização para conferir maior celeridade, economia, e para facilitar o acesso à justiça. Essa resistência às vezes é considerada retrógrada e atrasada. Há autores, inclusive, que comentam sobre a semelhança com a resistência ocorrida quando a implantação da máquina de escrever nos cartórios do Judiciário.

Não se questiona, entretanto, a probabilidade de erros de execução no procedimento do interrogatório, tais como a invasão de *hackers* ao sistema, ou perda dos dados, ou falta de qualidade no som e na imagem, montagem nas gravações etc. Certamente, caso o sistema seja implantado, será através de equipamentos de alta tecnologia e segurança, mas essa não é a questão. Defender tal idéia não se trata de um mero apego ao passado ou conservadorismo. A modernização do processo, notadamente pelo avanço da informática é por demais benéfica. O processo virtual implantando na Justiça Federal do Ceará é um verdadeiro sucesso. Poder enviar petições digitalizadas e receber intimações por e-mail são procedimentos que conferem agilidade para processo e facilitam a vida dos profissionais. Consultar os processos via internet pode parecer algo simples, mas também se trata de um grande avanço. Seja pelos sites do TJCE e da JFCE, o advogado fica em seu local de trabalho, reduzindo o congestionamento humano nas varas do Fórum. Esses são apenas alguns exemplos.

Instrumentos que eliminem a burocracia do processo são sempre bem vindos, mas certas instituições necessariamente devem ser mantidas sob pena de violar direitos das partes e comprometer o processo como instrumento em si. O interrogatório procedido com a presença física

entre juiz e réu é fundamental para a defesa do acusado, para a formação da convicção do juiz e para a busca da verdade real. Não é razoável nem proporcional mitigar princípios tão importantes, como o da ampla defesa para que se efetivem os princípios da celeridade e da economia processual. O interrogatório por videoconferência, conforme o entendimento exposto neste trabalho, é um atraso disfarçado de avanço.

7. Referências Bibliográficas

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINNOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. revista e amp.- São Paulo : Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

O PODER CONSTITUINTE E O PROCESSO DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO HENRIQUE MELO DE LACERDA*

RESUMO

A temática deste artigo adota como parâmetros o Poder Constituinte, seus desdobramentos, sua contextualização histórica, classificação (originário e derivado), teorização, que legitimou esta nova titularidade do poder soberano, bem como suas peculiaridades, entraves e divergências no contexto dos dias atuais. Outrossim, serão confrontados, categoricamente, alguns pontos relevantes, entre a teoria do poder constituinte e uma proposta de emenda à Constituição Federal de 1988 com o desiderato de instituir Assembléia Constituinte Revisora que teria como função e prerrogativa modificar a Constituição, sem observância das exigências estabelecidas pelo texto originário, como a do quorum de maioria absoluta (o primeiro número inteiro subseqüente à divisão dos membros da casa por dois) ao invés de três quintos dos membros de cada casa, passando pelo clivo da constitucionalidade, legitimidade e da compatibilidade entre a retromencionada proposta de emenda a Constituição e a teoria do poder constituinte. Por fim, uma modificação Constitucional deve respeitar os procedimentos especiais estabelecidos, sendo compatível, dessa forma, com o Estado Democrático de Direito.

Palavras Chaves: Poder Constituinte. Revisão Constitucional.

ABSTRACT

The thematic of this article adopts as parameters the Constituent Power, its extension, its historical context, classification (original and derivative), its process, that legitimized this new title of the sovereign power, as well as its peculiarities, impediments and divergences in the context of the current days. Furthermore, will be collated, clearly, some excellent points, enters the theory of the constituent power and a proposal of emendation to the Federal Constitution of 1988 with the desideratum to institute a Constitutional Assembly of Revision that would have as function and prerogative modifying the Constitution, without observance of the requirements established for the original text, as of the quorum of absolute majority (the first subsequent whole number to the division of the members of the house for two) instead of three fifth of the members of each house, passing for the analysis of the constitutionality, legitimacy and of the compatibility between the mentioned proposal of emendation to the Constitution and the theory of constituent power. Finally, a Constitutional modification must respect the established special procedures, being compatible, of this form, with the Democratic State of Law.

Key Words: Constituent Power. Constitutional Revision.

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

1. Introdução histórica da teorização do poder constituinte

A noção de Poder Constituinte surgiu inicialmente na Idade Moderna com John Locke e, principalmente, com Sièyès, a quem se atribui o uso da expressão "Poder Constituinte". John Locke, considerado o pai da teoria política liberal e do liberalismo político, desenvolve uma teoria do governo limitado, sob a égide de uma Carta Magna. Luciano Gruppi explicita que "Locke afirma que os homens se juntam em sociedades políticas e submetem-se a um governo com a finalidade principal de conservar suas propriedades. O estado natural (isto é, a falta de um Estado) não garante a propriedade. É necessário constituir um Estado que garanta o exercício da propriedade e a segurança desta". Segundo este filósofo os indivíduos tinham o direito de se rebelar, substituir ou derrubar um governo tirânico.

Salientamos que o fenômeno do constitucionalismo surgiu ante a necessidade de limitar o exercício do poder político, sendo esta a essência em que se fulcrou os movimentos constitucionais, tratando, assim, de uma expectativa pré-jurídica, eminentemente sociológica. Karl Lowenstein ensina que existia a necessidade espiritual, moral e ética de justificação da autoridade existente.

In fine do século XVIII, surge a teorização do Poder Constituinte, embora este sempre tenha existido, pois não se tem notícia de alguma sociedade que tenha sobrevivido sem estabelecer os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve foi a teorização do poder, que passou a existir, a partir do período revolucionário dos fins desse século, baseado em conceitos de soberania nacional e soberania popular.

O contexto histórico em que se deu essa teorização foi basicamente o da transição do Antigo Regime (absolutismo), com um poder decadente e autoritário de uma "Monarquia de Direito Divino", para um poder novo, baseado na razão humana, que substitui Deus pela Nação, como titular da soberania. A teoria do Poder Constituinte veio legitimar essa nova titularidade do poder soberano, conferindo-lhe expressão jurídica, tornando-a apta a ultrapassar os anseios volitivos dos monarcas ou do príncipe de poderes absolutos, adquirindo, pois, um caráter impessoal. Bonavides advoga: "o poder constituinte ao se teorizar, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização". No tocante a titularidade do poder constituinte, cabe acrescentarmos que essa é produto das circuntâncias históricas, no ensinamento de Sanchez Viamonte, malgrado Bidart Campos asseverar que o povo "é o titular válido do poder constituinte", posto que o exercício desse ocorre em nome do povo.

Foi com o iluminismo, que influenciou e fundamentou ideologicamente todo este processo

revolucionário de transição de poder (absoluto para constituinte), juntamente com o movimento racionalista dos pensadores franceses e com a filosofia de Rousseau, do Contrato Social, que veio a existir pela primeira vez uma teorização do Poder Constituinte. Rousseau foi quem conseguiu definir, peremptoriamente, que o Estado deveria ser conduzido segundo a vontade geral de seu povo, tendo em vista o bem comum, obtendo a legitimidade do poder.

Este processo foi conduzido pela burguesia, que queria o poder para ter maior liberdade, poder social e expandir suas atividades capitalistas, coisa que o antigo regime não lhe proporcionava. Bonavides expõe,

> a burguesia revolucionária generalizou portanto aquilo que, de natureza, na ocasião de seu advento, definia apenas um interesse de classe ou uma ideologia. O Poder Constituinte da nação, apresentado como o único legítimo, mas trazendo nada menos que o ascendente privilegiado e governante da burguesia, uma classe convertida já em classe dominante. Legitimamente vitoriosa, sobre o Poder Constituinte dos soberanos.

Foi através de Sieyès que se conciliou e enquadrou dentro do sistema representativo as teses do contrato social de Rousseau. Desse modo, o poder constituinte é do povo, mas é exercido por meio dos seus representantes, ou seja, não há necessidade que a sociedade exerça de modo direto, podendo, tal exercício, ocorrer mediante representação.

2. Poder constituinte originário e derivado

Preliminarmente, cabe, aqui, uma breve definição de poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Aquele, igualmente intitulado de próprio, concerne no órgão legislativo incondicionado, possuidor de uma autoridade política máxima, podendo, por sua vez, possibilitar o advento de uma nova Constituição, no caso de um Estado neófito, bem como a permuta de uma Constituição por outra , ou dá origem a um novo Estado. O poder constituinte derivado também denominado de impróprio ou instituído é aquela que é fundado e previsto no poder constituinte originário, exercendo a função de agente modificador ou complementar da Constituição, podendo também institucionalizar os Estados Federados derivados desta. O poder originário é temporário, pertence a uma assembléia eleita com finalidade de elaborar a Constituição, deixando de existir quando cumprida sua função, o poder derivado é um poder latente, que pode se manifestar a qualquer momento, desde que cumpridos os requisitos formais e observados os seus limites.

Isto posto, passemos ao confronto das características do poder constituinte originário com o

derivado acerca dos aspectos da originalidade, limitação e condicionalidade.

Quanto à originalidade, o poder originário é inicial ou original, porquanto todos os poderes dele derivam. É um poder *supra legem*, ou seja, todos os poderes constituídos se submetem a ele, visto que cabe a esse a função política e extrajurídica de criar uma Constituição, que é a égide maior da política, da sociologia e da ordem jurídica de uma Estado. O poder derivado é posterior, pois provém do poder constituinte originário, com espeque no pensamento de Paulo Bonavides, "implica a existência prévia de uma organização constitucional da qual ele legitimamente emana para o desempenho de sua atividade". É um *a posteriori* em relação a Constituição.

Quanto à limitação, o poder originário é ilimitado e onipotente dentro de um ordenamento jurídico positivo, não estando limitado e sujeito a uma Constituição. O poder constituinte derivado é limitado, porque está subordinado ao originário, sendo por ele limitado. No que tange a este aspecto, Bonavides diz: "o poder constituinte atua sempre atado ao direito, na moldura de um ordenamento jurídico, ao contrário daquele poder constituinte que nasce das Revoluções, Golpes de Estado e das crises políticas profundas que acometem os povos da mesma maneira que as enfermidades os indivíduos".

Quanto à condicionalidade, o poder originário é incondicional, posto que não há regras ou formas prefixadas para sua manifestação. O derivado é condicionado, uma vez que sua manifestação ocorre mediante formas preestabelecidas e fixadas, resididas na Constituição, destarte, se serve de órgãos representativos, tais como: uma assembléia especial, um parlamento ou um corpo de cidadãos (*referendum*).

Ademais, salientamos que o poder constituinte originário não está atado a limites formais, sendo considerado, por essência, um poder político ou extrajurídico, estando mais atrelado a Ciência Política, ao passo que o poder constituinte derivado se insere na Constituição, sendo, pois, conhecedor de limitações, podendo ser considerado, primordialmente, como jurídico, tendo por desiderato a reforma do texto constitucional, apresentando estreitos laços com a Ciência do Direito Constitucional.

Assevera Bonavides que "um se manifesta em ocasiões de relativa normalidade e paz, sempre abraçado aos preceitos jurídicos vigentes; o outro, ao contrário, chega na crista das Revoluções e Golpes de Estado e se exercita quase sempre sobre as ruínas de uma ordem jurídica esmagada", destarte tem o poder na acepção jurídica a competência para a mudança constitucional.

Nos dizeres de Jorge Miranda, "não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a ação do seu poder, assume um

novo destino; é apenas em tempos de viragem histórica, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a sua restauração, a transformação da estrutura dos Estados, a mudança de um regime político".

3. Os limites do poder constituinte derivado

A priori esclarecemos que existem duas espécies de poder constituinte derivado: o de revisão (de reforma) e o dos Estados-Membros (Estado Federal). Este trata do poder de institucionalizar pessoas jurídicas políticas de Direito Público Interno, conforme previstas na Carta Magna, sofrendo, outrossim, limitações expressas e subordinação aos princípios fundamentais e estruturais da Constituição, enquanto aquele é poder, previsto nos termos constitucionais, de "retificar" ou adaptar a Constituição vigente, as aspirações sociais, políticas e econômicas da realidade, de forma a possibilitar uma maior completude do ordenamento jurídico a dinamização do nosso cotidiano.

Nas Constituições do tipo rígida, como é o caso da brasileira, se exige um processo especial para sua modificação em relação ao processo das leis ordinárias, este impedimento de uma livre modificação da lei fundamental vem vislumbrar o resguardo da garantia da Constituição e, via de conseqüência, uma relativa estabilidade da Constituição. No que concerne a isso, Cicconetti defende a superioridade da função constituinte em relação à função de revisão.

O que deve haver é um respeito e uma co-existência do poder de revisão com os princípios constitucionais fundamentais e basilares, não devendo aquele ser um afronto a este, sob pena de tornar a Constituição um mero esqueleto de normas, ineficazes, deficientes e passíveis de extinção. Zaguebelsky afirma que "o poder de revisão da constituição baseia-se na própria constituição; se ele a negasse como tal, para substituí-la por uma outra, transformar-se-ia em inimigo da constituição e não poderia invocá-la como base de validade". Pedro de Vega ratifica tal pensamento nos seguintes dizeres: "ainda que se entenda como competência da competência, o poder de revisão nem por isso deixa de ter o seu fundamento na constituição, diferentemente do que ocorre com o poder constituinte que, como poder soberano, é prévio e independente do ordenamento".

O poder de reforma por meio de emendas altera dada matéria constitucional, adicionando, suprimindo ou modificando alínea(s), inciso(s), artigo(s) da Constituição, sendo, de forma geral,

atemporal, sofrendo limites materiais, circunstanciais e formais.

O poder de revisão em geral, diferentemente do de emendas, tem limites temporais, além dos limites formais, circunstanciais e materiais. Na Constituição portuguesa, por exemplo, tal dispositivo ocorre a cada 5 anos. Na Constituição Federal de 1988 (brasileira) houve a previsão de manifestação de poder uma única vez (1993) não "devendo" ocorrer novamente, pois está previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 3º: "a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral"; doravante, somente se deverá modificar a CF/88 através de emenda constitucional. Consoante Canotilho, "os limites temporais costumam ser justificados pela necessidade de assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais". Intitulando, o retromencionado autor, tal momento, de "solidificação da legalidade democrática".

As limitações circunstanciais consistem no impedimento da concretização do procedimento mediante a ocorrência de determinados eventos, tais como: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio (art.60, §1º, CF/88). Consoante Canotilho, "a história ensina que certas circunstâncias excepcionais podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo".

As limitações materiais consistem na vedação para que determinadas matérias, que são o cerne da Constituição, não sejam alvo de deliberações, como: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais, ambas elencadas no art. 60, § 4º, I, II, III, IV, da CF/88. Outrossim, não podemos desconsiderar, os limites materiais implícitos, pois, com esteio nos ensinamentos de José Magalhães,

> mesmo que não existam limites expressos, a segurança jurídica exige que o poder de reforma não se transforme, por falta de limites materiais, em um poder originário". Acrescenta ainda, o citado autor, que "podem existir emendas sobre a separação de poderes, a democracia, os direitos individuais e suas garantias e o federalismo, desde que sejam para aperfeiçoar, jamais para restringir.

No concernente aos limites formais, trata-se, pois, da essencialidade da participação popular nas alterações constitucionais, na exigência de processo especial de maior complexidade que os das leis ordinárias, na escolha de órgão competente para o poder de revisão etc.

4. A hipótese de uma PEC instituir Assembléia Revisora com quorum de maioria absoluta

Nos itens subseqüentes iremos aferir a constitucionalidade e a legitimidade de uma proposta de emenda à Constituição no sentido de instituir uma Assembléia Revisora que teria como função e prerrogativa modificar a Constituição, sem observância das exigências estabelecidas pelo texto originário, como a do quorum de maioria absoluta ao invés de 3/5 dos membros de cada casa. Ademais, emitiremos parecer entre a compatibilidade dessa PEC com a teoria do poder constituinte.

4.1. A constitucionalidade da PEC

A Constituição de 1988, atualmente, tem como sistema de mudança formal apenas a Emenda, já que a Revisão Constitucional prevista no art. 3° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos, isso porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo. Decorre disso, que qualquer mudança formal na Constituição só deve ser feita legitimamente com base no seu art. 60, que trata justamente das emendas com os seus limites dali decorrendo. Portanto, uma proposta de emenda que teria como objeto constituir uma Assembléia Constituinte Revisora com o intuito de modificar a Constituição, sem observância das exigências do texto originário, desrespeitando as cláusulas pétreas, é uma tentativa de burlar a rigidez da Constituição através do único sistema de mudança desta estabelecido: a Emenda. No artigo já falado em seu § 4° consta as situações que não serão objeto de PEC e, em seu § 2°, o quorum necessário de três quintos para aprovação dessa emenda. Uma proposta de emenda para estabelecer Assembléia Constituinte Revisora com o intuito de modificar a Constituição de uma maneira mais branda, sem observância de aspectos importantes, como o quorum, que passa a adotar maioria absoluta, é inconstitucional porque coloca em risco direitos e garantias das minorias políticas em face dos interesses das maiorias, outrossim infringem as próprias condições constitucionais e processuais para deliberação por maioria, subvertendo, assim, o próprio processo legislativo democrático.

Canotilho estampa que "dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material".

O controle jurisdicional pode e deve existir, porém esse somente poderá agir mediante a aprovação de emenda, todavia o controle prévio, por uma Comissão de Controle Parlamentar, é perfeitamente plausível para vetar propostas consideradas inconstitucionais.

Urge mencionar, acerca da técnica de dupla revisão, no qual análise incide sobre os próprios

limites de revisão, com fins de tornar as disposições intangíveis como mutáveis. Canotilho explica que

> em termos jurídico-constitucionais, não se compreende bem a lógica da dupla revisão ou procedimento de revisão em duas fases. As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos desta, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar. Nenhuma fonte pode dispor do seu próprio regime jurídico arrogando-se um valor que constitucionalmente não tem.

4.2. A legitimidade democrática dessa Constituinte Revisora

Não cabe mais falar em Revisão Constitucional. A Revisão prevista já houve e não há como revivê-la legitimamente. Agora só existe o processo das emendas do art. 60, que, no seu § 4°, amplia o núcleo explicitamente imodificável da emenda. Logo, basta que a proposta que se encaminhe, ainda que remotamente, tenda para abolição de qualquer um dos casos do § 4º.

Este caso da diminuição do quorum para metade mais um, criará um sério problema de legitimidade democrática, porquanto entra em choque com as regras do processo legislativo de reforma constitucional, que são cláusulas pétreas (art.60 §4°).

Devemos nos questionar da importância do processo constituinte, ou melhor, a importância da forma, para a legitimação da Constituição. Vale salientar que fica óbvio perceber que sendo os parlamentares representantes do povo, a diminuição do *quorum* para maioria absoluta é, por via de conseqüência, uma subtração da anuência popular.

José Magalhães expõe que

> não há dúvida que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição assim como de sua reforma, seja aberto a ampla participação popular, não apenas através de diálogo com os representantes eleitos, mas através de legitima pressão da sociedade civil. Este poder será democrático na medida em que o processo constituinte serve como arena privilegiada de demonstração dos grandes temas nacionais, para que, a partir daí, seja possível que as manifestações do jogo de forças sociais seja legitimamente exercido. É fundamental para isto que o poder de manipulação do marketing político, da propaganda, o poder de pressão econômica seja minado ao máximo. Não pode uma minoria nos bastidores se sobrepor a vontade presente nas ruas e no campo.

Hipoteticamente, podemos vislumbrar uma situação em que o povo clamasse por uma modificação nas cláusulas pétreas da Constituição, havendo enorme engajamento e adesão popular a tal proposta; quiçá, por este ponto, poderíamos até falar em legitimidade, contudo nos questionamos quanto as futuras gerações que colherão o fruto de tal afronto as cláusulas pétreas. Parece mais razoável falar em desenvolvimento constitucional a fim de garantir evolução

constitucional e sua adequação a dinamização da sociedade, *nihil obstat* para garantir a sua essência ou núcleo de identidade.

4.3. A compatibilidade entre esta Assembléia Constituinte Revisora e a teoria do poder Constituinte

Há uma incompatibilidade de uma PEC, com fins de estabelecer uma Assembléia Constituinte Revisora, com a Teoria do Poder Constituinte, porquanto o tipo deste último intitulado originário tem a competência de elaborar a Constituição e dá limites ao Poder Constituinte Derivado, que não pode modificar cláusulas pétreas, através de emendas, convocando Assembléia Constituinte Revisora, portanto esta PEC excede os limites do poder de revisão constitucional. A teorização do poder constituinte veio a conceder uma maior expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e popular, destarte, uma PEC sem a observância das exigências formais obstaria a retromencionada teoria, ou seja, os seus respectivos pressupostos ou limites, podendo ser considerada um abrandamento do caráter jurídico constitucional. Salientamos que a teorização veio a marcar um momento em que o poder constituinte deixou de ter um enfoque meramente político autoritário e organicista, para adquirir uma legitimação, um enfoque mecanicista e uma nova titularidade do poder, a saber: a substituição de Deus (na pessoa do monarca) pela Nação.

Isto posto, tal proposta de emenda constitucional consiste numa diminuição da legitimação (quanto menor o *quorum* menor a legitimação), ademais tal emenda seria também violão a Constituição, visto que coloca em risco direitos e garantias das minorias políticas em prol das vontades de uma maioria, porque infringe as próprias condições constitucionais e processuais para deliberação por maioria, subvertendo, desse modo, o processo legislativo democrático.

A teorização do Poder Constituinte consagrou a despersonalização, a legitimação e a doação de uma forma jurídica, destarte a redução do *quorum* parlamentar de 3/5 dos membros das duas casas para maioria absoluta seria, nos termos de Carré de Malberg, como se permutasse a "representação soberana do povo" em "soberania parlamentar".

O poder constituinte é do povo, todavia é exercido por meio dos seus representantes, ou seja, não há necessidade que a sociedade exerça de modo direto, podendo tal exercício ocorrer mediante representantes, contudo sendo o povo o titular válido do poder constituinte, bem como o destinatário e beneficiário do texto constitucional, não é cabível que "metade mais um" dos parlamentares modifiquem uma Constituição que é o documento supremo e maior de uma

sociedade organizada, visto que estaríamos diminuindo a tão consagrada legitimidade enraizada com a teorização do poder constituinte.

A "Constituição Democrática", como centro de mobilização e de integração política de um Estado Democrático de Direito, não pode ser violada, sob pena de minarmos a própria legitimidade jurídico-política desta, constando, pois, num afronto a teoria do poder constituinte.

Toda modificação Constitucional como essa, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido, ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias, uma vez aprovada tal PEC. Canotilho considera esse é o controle que mais se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito.

5. Conclusão

A Constituição é oriunda de uma repactuação, nela estão inseridas cláusulas pétreas e forma especial de elaborar emendas, portanto, não se pode fazer política e iludir em face da substância das democracias contemporâneas: o constitucionalismo. Por isso, os republicanos brasileiros devem, por obséquio, defender a Constituição sob pena de abolirmos o Direito Constitucional, destruindo a tese do poder constituinte

Ademais, urge uma maior participação e adesão popular no processo constitucional, porquanto, muitas vezes, a falta de cultura política ou hábito ao acompanhamento popular ao processo legislativo, leva este a se tornar um "cidadão" único e supremo de modificações constitucionais que nem sempre representam o anseio da maioria da população, camuflando, em alguns casos os interesses de grupos minoritários.

6. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____.**Ciência Política**, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, José A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O RELATIVISMO EXACERBADO *VERSUS* A AFIRMAÇÃO DA UNIVERSALIDADE DO HOMEM

YGOR COELHO SOARES

RESUMO

A globalização suscita reflexões acerca do relativismo cultural distorcido e da necessária definição de uma universalidade humana. Este artigo visa a criticar a concepção de lógica das sociedades como forma de aceitar qualquer padrão de conduta, bem como entender a complexa formação do indivíduo, considerado por alguns como mero produto de imposições da cultura, e por outros como ator da dinâmica sócio-cultural. São abordadas também as controvérsias dessa questão na antropologia, incluindo a atual confusão entre "relativismo cultural" e "relativismo moral". Compreendendo a complexidade e as contradições que caracterizam a sociedade e o homem, busca-se uma abordagem conciliadora, que leve à percepção de que a dinâmica cultural deve ser valorizada como forma de conquista de anseios dos indivíduos e, simultaneamente, ao reconhecimento de que a plena realização individual só se dá com o direito à identidade cultural. Como a cultura se forma em um processo dialético e reflexivo construído pelo indivíduo com sua comunidade, é necessária a ênfase no papel ativo do indivíduo na construção da sua sociedade e, principalmente, a afirmação do valor superior da vida humana, cuja importância é irredutível e universal, em relação aos valores tradicionais, cuja lógica dentro da comunidade não é suficiente para que se possa atribuir-lhes sempre um incontestável caráter de correção. Conclui-se também a necessidade de não haver interferência externa no processo de conquistas individuais de uma sociedade, uma vez que a luta dos indivíduos por seus anseios universais deve ser fruto de um desenvolvimento racional nutrido pelos próprios atores sociais.

Palavras-chave: valores sociais, relativismo moral, indivíduo.

ABSTRACT

The globalization stimulates reflections about the distorted cultural relativism and the necessary definition of a human universality. This article aims to criticize the conception of the logic of the societies as a way to accept any behaviour standard, as well as to understand the complex formation of the individual, considered by some as a mere product of cultural impositions and by others as the actor of socio-cultural dynamic. The controversies of that question in Anthropology are also discussed, including the current confusion between "cultural relativism" and "moral relativism". By understanding the complexity and the contradictions that characterize the society and the man, we seek a conciliating

approach, which leads to the perception that the cultural dynamic must be valued as a way of guaranteeing the individuals' wishes and, simultaneously, of recognizing that the individual fulfilment can only happen with the right to cultural identity. Since culture is built in a dialetic and reflexive process formed by the individual with his community, it is necessary emphasizing the active role of the individual in the construction of his society and, especially, affirming the superior value of human life, whose importance is irreducible and universal, in comparison to the traditional values, whose logic within the community is not sufficient to make them have an unquestionable character of rightness. We also conclude the necessity of any external interference in the process of individual conquests, because the individuals' struggle for their universal desires must come from a rational development nourished by the social actors themselves.

Keywords: social values, moral relativism, individual.

O momento de globalização atual suscita contradições em idéias há muito construídas e, mais ainda, cria uma confusão entre conceitos e teorias que supostamente deveriam opor-se. Embora seja inegável que hoje a maior parte das sociedades mundiais tem clara noção de uma unidade que liga todos os homens, não havendo mais nada daquele antigo questionamento sobre a humanidade ou desumanidade de certos povos, ainda é difícil definir o que é igual entre os homens, ou seja, o que os torna membros de uma mesma comunidade e o que pode justificar a sua igualdade de direitos.

Uma forte tendência da atualidade é a de tratar da igualdade dos homens reconhecendo a validade e coerência de todas as formas de pensamento e de cultura. Defende-se uma compreensão interna das sociedades, com o observador procurando entender e vivenciar as experiências da mesma forma que o "outro". No anseio de combater o etnocentrismo e afirmar a lógica dos saberes de outros povos, talvez se tenha chegado inadvertidamente a um ponto em que a expressão de uma opinião crítica e até mesmo o orgulho de sua própria cultura sejam entendidos como uma forma de inferiorização das diferenças sócio-culturais.

Por outro lado, o homem globalizado se defronta com uma multiplicidade de culturas em constante contato umas com as outras, o que leva a uma nova necessidade de esclarecer se há ou não princípios, direitos e necessidades comuns a todos os seres humanos. Entender a unidade da espécie humana, além de seus meros aspectos genéticos e biológicos, é urgente para que se possa verificar até que ponto as diferenças de instituições e de direitos nas sociedades humanas podem ser ditas justificáveis e necessariamente desejáveis para os membros de cada uma delas. As sociedades ocidentais, em especial,

tendem a achar que todas as outras devem gozar dos direitos conquistados por seus indivíduos, sendo necessário então estabelecer quais de suas "vitórias" seriam meras manifestações culturais e quais seriam legítimas necessidades universais da humanidade.

A antropologia, como ciência voltada especificamente para a existência empírica do homem, reflete o conflito de idéias mencionado acima. Antes de tudo, é necessário fazer uma ressalva à forma de relativismo que será posteriormente analisada e criticada. O relativismo cultural idealizado já por Franz Boas, um dos mais decisivos estudiosos de campo dessa ciência, era visto mais como um método que permitisse o afastamento do observador estudioso dos valores próprios de sua cultura, gerando assim uma investigação mais precisa e menos distorcida. Para o relativismo cultural, negava-se a existência de um padrão universal de valores, mas se reconhecia a necessidade universal de valores. O observador não deveria, assim, abster-se de todos os seus princípios e valores apreendidos da cultura em que vive, mas sim ter noção de sua aculturação para poder "enxergar" os outros grupos humanos em sua própria lógica e coerência. De qualquer forma, ele não se apresentava como um defensor do "vale tudo" nas sociedades humanas, idéia que só surgiu ao se confundir o relativismo cultural com o relativismo moral.

As perguntas inspiradas pelo conflito entre a validade de qualquer valor cultural e a universalidade de direitos e princípios humanos também se reflete, de certa forma, nos principais pólos teóricos da antropologia. Por um lado, a antropologia simbólica visa ao entendimento profundo das formas de pensamento e conhecimento das sociedades alheias à nossa, buscando captar a sua lógica e coerência em suas formas de expressão conscientes. Suas intenções, que são as melhores possíveis, são a de compreender o sentido amplo que permeia as sociedades e as mantêm; dessa forma, assumem que são as formas simbólicas de cultura que determinam a forma de organização e a expressão do povo.

Por outro lado, a antropologia social, no geral, parte de um pressuposto contrário: é a forma como as sociedades se organizam, em suas múltiplas relações de poder, que condicionam as formas de saber, pensamento e expressão dos indivíduos de uma sociedade. Para essa área da antropologia, o estudioso não deve elaborar um discurso que apenas "compila" de forma erudita as complexas "representações" que justificam as relações sociais e, ao mesmo tempo, as expressam. Sobre isso, disse Malinowski: “Os objetivos sociológicos nunca estão presentes no espírito dos indígenas”. Para este, as formas de cultura, assim, apenas desempenham funções que organizam e mantêm a sociedade, sendo assim as "melhores formas possíveis" de ordenamento das relações sociais.

Não demoram, no entanto, a aparecer questionamentos sobre ambas as concepções. No caso da antropologia simbólica, pergunta-se: afinal, ela apenas reproduz e "cientificiza" formas de pensamento das sociedades que estuda? Seria possível assumir que apenas o fato de as diversas culturas terem sua própria coerência interna justifica sua legitimidade e torna seus valores isentos de críticas?

Da mesma forma, para a antropologia social, indaga-se: seriam as crenças e expressões dos indivíduos apenas "programações" destinadas a desempenhar funções para a perpetuação da sociedade? Se as culturas são meras justificações da prática das relações sociais, tão específicas de um povo para outro, poder-se-ia considerá-las tão específicas que seriam absolutamente separadas, isto é, totalmente externas às motivações e funções que formam uma outra cultura?

É inegável que os indivíduos de uma sociedade não possuem consciências individuais livres de influências externas. Grande parte do sujeito que pensa e age em cada corpo humano apenas reproduz conceitos e saberes previamente construídos. Por outro lado, seria ingênuo acreditar na completa submissão do homem a uma "programação" que determinaria a individualidade e a sociedade em si. A dinâmica social e as divergências que surgem no seio de um mesmo povo são provas de que o homem é resultado de uma complexa relação dialética entre sua consciência (ou inconsciência), as escolhas e normas definidas socialmente e até mesmo a natureza.

As discussões poderiam girar em torno do motivo principal na constituição da sociedade ou do homem individualizado, mas não há dúvidas da inter-relação entre essas três "entidades". Talvez não seja nem mesmo adequado procurar entender a sociedade sem considerar a natureza, apreender a dinâmica social sem entender o indivíduo e, por fim, entender o indivíduo sem considerar a sociedade e a natureza. Se há algo que poderia ser tido por comum a todos os homens, é o seu caráter reflexivo no mundo: as "criações" do ser humano, seja sob a forma de materiais ou conceitos, são expressões da consciência que ele possui de sua própria racionalidade e, ao mesmo tempo, determinam essas mesmas formas de pensamento e conhecimento, agindo sobre o homem.

A sociedade, assim, é uma espécie de confusa síntese das motivações e manifestações de pensamento dos indivíduos e, por isso mesmo, tem sempre se revelado uma construção histórica particularmente conflituosa. Nesse processo, ela ao mesmo tempo impõe aos indivíduos as "concepções" dominantes e se modifica ao sabor da dinâmica social e histórica movida indubitavelmente por seres humanos que não são apenas "atores" com funções pré-determinadas, mas sim indivíduos com toda a complexidade de motivações, pensamentos, frustrações e processos mentais inconscientes.

Trazendo todas essas idéias teóricas, que podem, é claro, ser contestadas e refutadas, novamente para o âmbito da globalização e das controvérsias em torno de um "multiculturalismo relativista", podemos entender que as sociedades não são meras "peças de museus" destinadas a serem preservadas livre de influências e impossibilitadas de qualquer transformação. Não podemos continuar a considerar, como têm ocorrido entre vários defensores da diversidade cultural, que toda forma de pensamento e valor de uma cultura é algo precioso, válido e incontestável.

A simples observação da História e da dinâmica social mostra que a complexidade da criação da cultura está em muito mais do que considerá-la uma simples construção comunal, aceita de bom grado por todos os indivíduos. Como vimos, a sociedade que é formulada a cada época e lugar é resultado de um processo complexo de imposições, aceitações, difusões e modificações de pensamentos, num processo que é conduzido pelos indivíduos, mas nem sempre de forma igualitária entre eles.

As representações culturais não são entes sagrados, mas sim expressões daquilo que uma sociedade "padronizou" como que visando a erguer uma "consciência cultural interna" que unisse todos os membros da comunidade e os fizesse "enxergar" a realidade numa ótica coletiva, crendo não raro tratar-se de um raciocínio individual. Considerando assim, não seria difícil entender o porquê da existência de particularidades culturais entre grupos e pessoas de uma mesma sociedade e da constante modificação social de época para época e de lugar para lugar.

Sendo assim, há um erro fatal no exacerbado "relativismo cultural" (termo usado de forma deturpada atualmente em lugar de "relativismo moral") tão difundido hoje em dia: pôr a necessidade de "sobrevivência" da cultura acima do indivíduo, considerar a "sacralidade" da sociedade superior à dignidade do ser humano. De fato, não se pode aceitar que sociedades em que o direito oriente a apedrejar mulheres adúlteras devem ser respeitadas nessa especificidade sua apenas pelo fato de serem "totalidades" válidas por si mesmas. Os valores de uma cultura não são sempre democráticos, nem são a exata reprodução de um "acordo" feito pelos membros da sociedade. Esta, por si só, é irregular e diversificada e possui pontos de divergência que não podem ser negados em favor de uma "unidade" que nem sempre é justa e digna.

É verdade, no entanto, que o julgamento sobre a coerência e correção dos valores é inseparável da formação cultural daquele que julga. A idéia de uma dignidade humana e de valores que devem estar acima da diversidade cultural não é a mesma entre todos os povos do mundo nem mesmo entre todas as pessoas de uma mesma comunidade. Embora reconhecendo esse difícil problema, o fato de buscarmos

descobrir o que une os humanos independentemente de sua cultura, ou melhor, o que há de superior no "homem-indivíduo" em relação à sociedade em que ele está imerso, já é um bom início.

Para isso, é necessário nos desvencilharmos da pura visão cientificista e analítica que pode permear o discurso em favor da incontestabilidade dos padrões culturais distintos dos nossos, levando a pensamentos desta espécie: "Se suas formas de pensamento, saber e expressão são coerentes, lógicas e funcionais, então essa sociedade é indubitavelmente representativa de seus indivíduos e é adequada dentro de seus próprios princípios".

Pelo contrário, embora seja necessário o homem ser visto como ser inseparável da relação com os demais representantes da sociedade, nós devemos nos ater ao fato de que todos compartilham de alguns anseios, motivações e emoções universais, que podem ser socialmente reprimidos ou estimulados e, cedo ou tarde, se manifestam nos constantes processos de mudança.

Se algo une o homem em qualquer sociedade, isso é a capacidade de mudar o ambiente em que vive e de diferenciar-se, às vezes mais (como na sociedade ocidental) e em outros casos menos, da coletividade, reconhecendo-se como um ser distinto e crendo-se tão "particular" que até mesmo as "imposições" culturais são normalmente vistas com um apego desmesurado, como uma criação aceita individualmente (afinal, qual o religioso que acreditaria não ser sua fé fruto de uma escolha e sim de uma influência do meio?).

Logo, devemos buscar o equilíbrio entre duas concepções importantíssimas: a cultura é a marca da identidade de um povo, necessária não só para a integração dos membros de uma comunidade uns com os outros como também para a formação individual das pessoas, que através da cultura podem "desfrutar" de crenças e "verdades" coletivas que respondem às indagações típicas do ser humano; e, ao mesmo tempo, o indivíduo não é apenas um produto da sociedade em que vive, nem deve ser visto sob a perspectiva "exótica" que o torna mais um "exemplar" de determinada forma de vida, com a cultura pairando sobre ele com suas imposições, do que um indivíduo com possibilidades intelectuais, fisiológicas e psicológicas iguais às de qualquer homem no planeta.

Por mais que se valorize a influência determinante dos valores na construção da personalidade, é difícil crer que as formas de opressão social justificadas, ao longo do processo histórico, por conceitos culturais deixam de causar sofrimento àqueles que estão sob o jugo delas. As vontades de liberdade e plena realização individual não estão subordinadas necessariamente às determinações sócio-culturais, mesmo que as formas de manifestação delas e até a "abordagem" utilizada para aquele fim sejam bastante

diferenciadas. Novamente é necessário ressaltar que não se pode crer numa disputa entre a sociedade "impositora" e o indivíduo, que seria a verdadeira prioridade em nossas preocupações, pois o legítimo desejo de liberdade e formação plena da personalidade pode (e deve) incluir em si o anseio do direito à identidade cultural, que é reflexo da igual necessidade humana de ser "diferente".

A justa medida entre o relativismo e a crença em princípios e necessidades universais do homem deveria ser aquela em que há o mínimo de interferência externa possível, seja para defender a preservação da cultura como bem maior dos indivíduos, seja para tentar modificar aquilo que se acha incorreto. Jamais se pode cair no erro de negar a coerência e a lógica das culturas, que são de fato conjuntos de escolhas e conceitos formulados e reelaborados por humanos tão racionais quanto nós próprios, que somos membros de uma sociedade marcantemente orgulhosa de sua cientificidade. Igualmente, julgar que existem formas "mais corretas" de vida e de pensamento seria cair novamente numa visão evolucionista etnocêntrica, que acabaria por "classificar" as sociedades em nível de correção e verdade, algo extremamente subjetivo. Deve-se, sim, incitar o discernimento dos homens quanto à sua própria aculturação, de forma que reconheçam seu papel ativo na elaboração da cultura e se vejam como atores da sociedade em que vivem.

Portanto, o que é importante é que não se difunda a idéia de que toda forma de pensamento e ação aceita por um povo justifica-se por si mesma, sendo essa concepção ainda mais importante para os homens que indagam sobre sua própria sociedade, os quais não podem adotar uma visão conformista, estática e supervalorizada da cultura. A tradição é uma representação da sociedade, mas não a substitui, assim como a sociedade não substitui o homem. As culturas são efêmeras e móveis e devem, sim, adequar-se aos anseios do povo que a torna expressão viva e não apenas um sistema morto, e não o contrário.

Essa necessidade de transformação e de reconhecimento do homem como ator de sua sociedade deve, no entanto, ser fruto de um desenvolvimento racional nutrido dentro da própria sociedade. De outra forma, mesmo que se pudesse ter certeza de que a sociedade influente externa introduzisse apenas valores universais de respeito à dignidade humana em sua total correção, como poderíamos diferenciar esse processo de um simples empréstimo cultural ou de uma simples imposição imperialista? Além disso, as apreensões de aspectos de culturas externas são sempre diluídas dentro dos valores pré-existentes, não havendo garantia nenhuma de que aquela sociedade, que não havia estado preparada para a elaboração de

novas concepções, não deturparia aqueles valores "gentilmente" oferecidos pela sociedade "mais correta".

Outro fator que deve justificar a ineficácia e o erro de uma transformação social orientada por uma cultura externa é a de que o processo de formação dessa complexa gama de escolhas, manifestações e idéias que é a cultura não é meramente descartável. A cultura não é um simples arquivo de valores, conceitos e padrões que pode ser substituído por outro. Assim, qualquer valor novo se mescla aos que já existiam e, concomitantemente, seria compreendido de forma diferente por cada indivíduo, reiniciando o processo dialético que mantém as sociedades em constante processo de contestação, conflito e reformulação. Dessa forma, é impossível controlar empiricamente a transformação cultural.

A globalização nos impele a abandonar os velhos conceitos fundamentalistas e maniqueístas que durante muito tempo polarizaram a sociedade. A crescente noção da complexidade das relações humanas tem deixado bem claro que qualquer método de explicação racional da sociedade não passa de uma perspectiva da realidade, jamais podendo representá-la fielmente. Saberes distintos e até mesmo aparentemente contraditórios podem oferecer soluções parciais conjuntas para alguns dos questionamentos do homem. É por isso que devemos nos desvencilhar tanto da valorização absoluta da diferença, isenta de qualquer crítica e imbuída de uma visão praticamente a-histórica que afirma essa crença na completa validade e adequação da cultura para seus membros, como da exagerada crença na universalidade dos direitos, necessidades e interesses humanos.

Uma visão intermediária talvez esteja mais adequada ao mundo atual. Na realidade social global, é totalmente compreensível defender a irredutibilidade e plenitude da cultura, uma vez que se vive um processo de homogeneização e perda de identidade cultural sem paralelo na História. Da mesma forma, não é menos legítimo defender a criação de uma noção de "humanidade" em sentido universal, buscando a transformação da realidade de qualquer sociedade em favor da realização da dignidade humana, ainda mais num mundo em que o indivíduo é cada vez "menor" no campo de decisões globais.

Deve prevalecer, no entanto, o reconhecimento de que a existência humana em qualquer lugar e época esperou pela completa realização de sua individualidade. A luta histórica por direitos coletivos não omite o fato de que o homem esteve sempre à busca da adequação da sociedade a anseios que, a despeito de suas especificidades em cada caso, podem ser considerados universais. Ao mesmo tempo, não se deve valorizar por completo a vontade dos membros da comunidade, cujas escolhas não são sempre corretas

nem dignas. Mesmo uma construção democrática da sociedade pode, assim, ter sido feita sobre pressupostos deturpados e incorretos.

Dada a complexidade enorme dessa questão e a ausência de uma resposta definitiva, a única conquista certa com a qual podemos contar é a do discernimento e da reflexão. A consciência da cultura como "entidade" falha e dinâmica e do indivíduo como prioridade da organização social são pensamentos que só podem trazer alguma modificação prática no relacionamento com outros povos e na compreensão de nossa própria sociedade se forem aplicados não como dogmas e, sim, como concepções que devem ser levadas em conta em nossas reflexões e em nossas buscas pela melhoria da vida humana.

Na sociedade global, não faz mais sentido identificar o homem pelo que é "diferente" nele, mas sim pelo que é comum a todos os outros homens. A diversidade cultural não estaria assim ameaçada, mesmo porque um dos valores máximos de qualquer ser humano é a busca pela diferenciação, pela identificação com algo que ele considere eminentemente pessoal e legítimo. Sem distinções entre essas três "esferas da vida" que são a sociedade, a natureza e o indivíduo, a humanidade precisa hoje de um conceito que priorize a mais digna e prazerosa existência para todos, segundo seus anseios, enfatizando o respeito e o reconhecimento de que todas as relações que envolvem a vida (humana ou não) são quase sempre recíprocas e dialéticas e visando a uma sociedade que funcione em benefício de cada um de seus membros.

SPYWARES: FUNCIONAMENTO, EFEITOS DELETÉRIOS E ASPECTOS JURÍDICOS

RENATO LEITE MONTEIRO[*]
RAIMUNDO HELIO LEITE[**]

RESUMO

As inovações trazidas pelas novas tecnologias ainda não estão inteiramente abrangidas pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, apesar de infringirem princípios consagrados na Constituição Federal. O Código Penal, ainda de 1941, vem sendo adaptado de forma muito lenta por meio de projetos de lei, que criam novos tipos penais, mas ao serem aprovados já estão obsoletos. A celeridade das mudanças sociais leva a necessidade de uma total reformulação de muitos elementos do ordenamento nacional. A morosidade do Judiciário brasileiro, assim como a falta de pessoal e equipamentos, auxilia na impunidade. Este trabalho visa demonstrar o funcionamento de *Spywares,* programas espiões que se instalam nos computadores sem autorização, recolhendo informações sobre o usuário, quais as conseqüências de suas práticas e possíveis soluções legislativas que estão em uso em outros países, bem como as que estão em vias de aprovação no Congresso Nacional, tendo como base de dados trabalhos publicados no Brasil e nos Estados Unidos, país em que a pesquisa nessa área avança rapidamente.
Palavras-chaves: *spyware*, efeitos deletérios, aspectos jurídicos.

ABSTRACT

The innovations brought by new technologies are not yet entirely enclosed by the current Brazilian legal system, although they infringe principles consecrated in the Federal Constitution. The Criminal Code, still the one of 1941, has been adapted in a very slow way by means of law projects, that create new criminal types, but when they are approved they are already obsolete. The speed of social changes leads to a necessity of a total change in many elements of the national order. The slowness of Brazilian judiciary, as well as the lack of staff and equipment, assists the impunity. This work aims to demonstrate the functioning of Spywares, spy programs that install themselves in the computers without authorization, collecting information of the user, as well the practical consequences of them and possible legislative solutions that are in use in other countries, as well as the ones that are in ways of approval in the National Congress, having as database works published in Brazil and the United States, country where the research in this area advances quickly.

Key-words: *spyware*, damage effects, juridical aspects.

1 Introdução

[*] Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).
[**] Doutor em Educação e Livre-Docente pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Faculdade de Direito da UFC.

O mundo globalizado diminuiu as distâncias. O uso incessante de novas tecnologias possibilitou a comunicação de forma quase instantânea. A internet e a crescente adoção de conexões de banda larga aumentaram, significativamente, o número de meios de comunicação, tornando a vida pessoal dos usuários muito mais exposta, como romanceou George Orwell no seu homônimo livro *1984*. Em alguns anos, a quantidade de informações produzidas irá superar a capacidade de armazenamento fabricada pelo homem, produzindo, assim, reflexos na esfera jurídica, como, por exemplo, problemas de invasão de privacidade, que, aliás, já ocorrem com freqüência nos dias atuais.

O advento de novas práticas humanas trouxe a necessidade de regulamentação e tipificação jurídica. A nova modalidade a ser estudada nesse trabalho é o *Spyware*, programa de computador que passou a merecer uma discussão mais aprofundada devido ao seu crescente uso por criminosos cibernéticos, face ao crescimento desmesurado da internet como meio de utilização de serviços originalmente restritos ao mundo físico. Com efeito, a *web* transformou-se num grande empório comercial transnacional.

2 Programas espiões, ou *Spywares*, no ordenamento jurídico brasileiro

Spyware, ou *software* espião

> "Consiste em um programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre seus costumes na internet e transmite estas informações a uma entidade externa na internet, sem o seu conhecimento e o seu consentimento" (Wikipédia, 2006).

Trata-se, portanto, de um tipo de programa de computador que invade a privacidade do usuário coletando dados sobre este, com a intenção de retransmiti-las via rede mundial de computadores para fins diversos como: análises de mercado, meio pelo quais empresas avaliam os hábitos para aprender os desejos de seus consumidores; informações sobre cartões de crédito e contas bancárias, tudo isso sem que haja uma expressa autorização do usuário. Esses códigos malévolos se enquadram numa categoria mais geral denominada de *malware,* em inglês, que engloba outros tipos de códigos destrutivos todos ligados à software, como indica a terminação *ware*.

A Constituição Federal, no título "Dos direitos e garantias fundamentais", art. 5º, que trata "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", no inciso XII, dispõe:

> **Art. 5º** (...)
> **XII** - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

> hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Afirma, assim, a Carta Maior, que somente por ordem judicial as comunicações telemáticas, de dados e as demais podem ser quebradas, nos casos expressamente previstos em lei, devendo ser usadas somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa maneira, o uso de Spywares infringe regra de caráter constitucional. A Carta Magna vai além. O inciso X, do mesmo artigo, garante que:

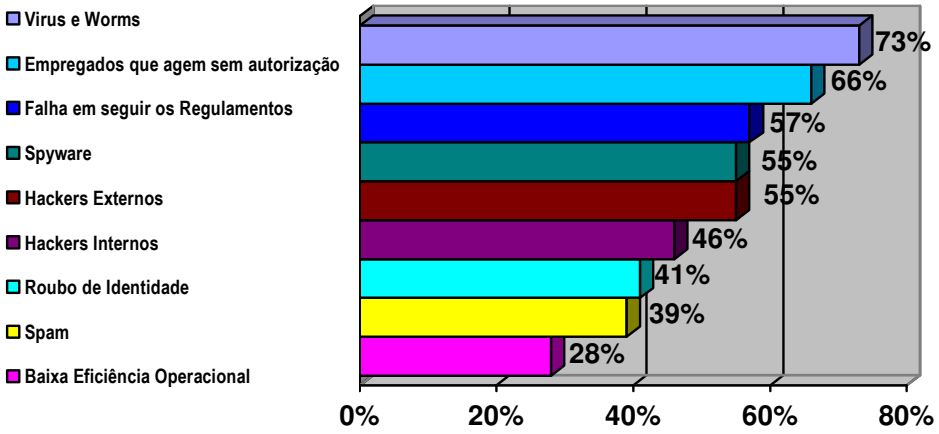
> **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com isso, o recolhimento de dados que contêm os hábitos dos usuários de computador extrapola a esfera da intimidade e da vida privada, pois são justamente esses dois aspectos jurídicos do consumidor que as empresas que patrocinam os *Spywares* querem adquirir.

Especula-se que 89% (oitenta e nove por cento) dos computadores do mundo que se conectam a internet estejam infectados com *Spywares* (Uol, 2006), e que o Brasil ocupa a 5ª posição no *ranking* de infecções (Info OnLine, 2005). Ademais, 39% (trinta e nove por cento) dos computadores infectados por *keyloggers* (Vida Digital, 2006), um tipo especifico de *Spyware* que registra a atividade do teclado do computador do usuário para capturar informações confidencias, como senhas e número de contas.

Spywares são, hoje, a quarta maior ameaça na lista de segurança de tecnologia em internet, como mostra gráfico elaborado em pesquisa interna junto a empresas especializadas em segurança realizada por Lambert (2006), no ano de 2006.

Gráfico 01: Percentagens segundo códigos maliciosos e tipos de invasores



Fonte: Trend Micro, 2006

Observa-se que a praga virtual, que são os vírus e *worms,* ocupa o primeiro lugar, o que mostra que esse tipo de problema atinge não somente os usuários individuais, mas as grandes corporações. O segundo lugar põe um problema específico para a área do Direito do Trabalho, na medida em que envolve o trabalhador em seu local de atuação.

O terceiro lugar, não cumprir normas de segurança, é ocupado por comportamento muito comum não apenas em empresas, mas entre os usuários individuais, que não utilizam programas antivírus e outras trancas digitais e, quando o fazem, os aplicativos estão desatualizados.

O *spam* (39,0%) aparece em último lugar em virtude de severa legislação que muitos países adotaram para punir esse tipo de crime.

Afirma ainda, Fábio Picoli, gerente de vendas da Trend Micro, que "os Spywares são cada vez mais representativos dentre as ameaças, principalmente pela motivação financeira de seus criadores e porque um sistema pode ser infectado por esse código malicioso de diversas formas" (Vida Digital, 2006).

A Harvard Law School alerta: "[...] *more and more often, when individuals download software they receive more than they expected. Unbeknownst to them, Spyware or Adware has been bundled with the product the download*" (Harvard, 2007). Ou seja, ao baixar um programa ou entrar em endereços maliciosos na internet, existe a possibilidade de, conjuntamente com esta ação, ocorrer a instalação de um *Spyware* no computador do usuário que realiza esse tipo de ação.

A legislação brasileira, principalmente o Código Penal, que data de 1940, ainda não se adaptou a essas novas práticas delituosas. O enquadramento nos tipos penais é feito, hoje, por meio de analogia com os crimes como furto mediante fraude (art. 155, §4º, II. CP), violação de sigilo

bancário (LC 105/2001, art. 10), interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n.º 9.296/96). Um exemplo seria a Operação Galácticos, quando a Polícia Federal prendeu 45 pessoas por desvio de dinheiro pela internet. As investigações concluíram que:

> [...] os integrantes da quadrilha utilizavam programas do tipo "Spyware" para capturar senhas bancárias de correntistas de vários bancos, principalmente a Caixa Econômica Federal. Estes programas eram espalhados através de e-mails (*spam*) com mensagens falsas e também em sites de relacionamento como o Orkut. (O Dia Online, 2006).

A tentativa de tipificação desses crimes por meio de instrumentos de interpretação deixa muitas práticas de lado. O Projeto de Lei nº. 84/99, ainda em tramitação no congresso nacional, engloba um número bem maior de condutas. O Senador Marcelo Crivella, em parecer sobre o projeto, lembra que:

> Para alguns, os chamados "crimes informáticos" são apenas uma faceta de realidades já conhecidas, crimes e condutas já tipificadas em sua definição material que apenas são cometidos com o auxílio de outros recursos (os elementos informáticos). A grande verdade, porém, é que determinadas condutas surgidas nesses ambientes são inteiramente novas, e não guardam relação ou similitude com tipos já descritos na lei atual, havendo uma necessidade de sua reformulação para "acompanhar os novos tempos - a Era Digital". O projeto tem a virtude de pretender se tornar a primeira lei brasileira que trata de uma maneira mais ampla e sistematizada dos crimes cometidos através dos meios informáticos. Não apenas cria tipos penais novos, mas estende o campo de incidência de algumas figuras já previstas no Código Penal para novos fenômenos ocorrentes nos meios desmaterializados (Filho, D.R., 2005).

Um dos tipos penais a serem criados é o crime de falsidade Informática, que assim dispõe:

> **Falsidade Informática**
>
> **Art. 154-C**. Introduzir, modificar, apagar ou suprimir dado ou sistema informatizado, ou, de qualquer forma, interferir no tratamento informático de dados, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida de qualquer natureza, induzindo a erro os usuários ou destinatários.
>
> **Pena** - detenção, de um a dois anos, e multa.
>
> **Parágrafo único**. Nas mesmas incorre quem, com a mesma finalidade, cria, disponibiliza ou divulga comunicação eletrônica falsa.

O autor do artigo ainda afirma que:

> A definição do crime de falsidade informática, e em especial a subespécie da comunicação eletrônica falsa (encapsulada no par. único do art. 154-D), vem em boa hora diante do fenômeno que se tornou a marca cada vez mais comum dos crimes cometidos nos ambientes das redes informáticas: a associação entre fraudadores e *spammers*. A nova faceta de um problema que cada vez mais assola os usuários, o recebimento de mensagens não solicitadas (*spams*), agora vem adicionado às tentativas de fraudes eletrônicas (*scams*). Não se trata somente das tradicionais mensagens eletrônicas enganosas, contendo texto com as famosas "correntes" ou promessas de recompensa. Agora, elas costumam vir adicionadas

> de "programas maléficos" atachados à própria mensagem de e-mail. Uma vez abertos esses arquivos anexos, eles instalam programas espiões no computador do destinatário da mensagem, do tipo *spyware* ou *trojan* (cavalo de tróia), que permite que o agente criminoso tenha acesso remoto a todo o sistema do computador atacado. Um tipo específico desses programas espiões (ou *keylogger*) tem capacidade para registrar qualquer tecla pressionada pelo usuário do computador infectado, bem como alguns movimentos do mouse, e enviar esses dados (por e-mail) para o agente criminoso que opera um computador remoto, tudo sem o conhecimento da vítima. Esse tipo de programa permite capturar informações críticas, como senhas e números de contas bancárias.

Somente com a criação desses novos tipos penais essas práticas poderão ser realmente consideradas crimes, com base no princípio da estrita legalidade do direito penal, que é lastreado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal:

> **Art. 5º**. (...)
>
> **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No entanto, o grande problema desse tipo de crime é conseguir determinar a sua origem. A identificação do agente responsável direto pelo ato envolve uma cooperação entre os provedores de internet ou do administrador das redes afetadas. A polícia brasileira, apesar do grande número de operações dessa natureza, ainda não detém o aparato necessário para suprir todas as ocorrências.

Uma pessoa pode alegar que o seu computador foi seqüestrado por um *Spyware* ou que ele simplesmente se apagou após efetuar as operações para quais estava programado. Isso realmente pode ocorrer, corrobora Demócrito Reinaldo Filho (2003):

> Especialistas confirmam a possibilidade de "seqüestro" de computadores por meio de vírus que permitem a um *hacker* controlar remotamente o computador "seqüestrado", sem deixar sinais dessa operação. O vírus pode se instalar no computador quando o usuário, sem saber, faz o *download* de um programa infectado, através de um *website* de aparência amistosa (mas preparado intencionalmente pelo *hacker*). Também pode vir junto com uma mensagem de e-mail enviada ao usuário.

Ou seja, o réu pode alegar que uma outra pessoa foi responsável pelo cometimento do crime e cabe ao Ministério Público provar o contrário.

Devido aos diversos casos onde a negativa de autoria foi alegada, países como a Inglaterra e os Estados Unidos criaram legislações que admitem a inversão do ônus da prova em crimes de informática como esses, quando realmente existe a possibilidade de seqüestro da máquina.

3 Considerações conclusivas

Do que foi exposto, pode-se concluir que a legislação brasileira ainda não acompanha o ritmo de crescimento da internet e dos meios de comunicação virtual, mesmo sendo o Direito uma ciência em constante mutação, na busca de regulamentar a convivência justa e harmônica entre as pessoas. É preciso um esforço maior dos membros do legislativo, doutrinadores e juristas para que cada vez mais possamos, com maior celeridade, regulamentar os efeitos das inovações teóricas e práticas da área das tecnologias da informação, que são de uso internacional, o que enseja a necessidade de uma cooperação com outros países, para que os criminosos virtuais não fiquem impunes. Nessa perspectiva sugere-se a assinatura de protocolos e convenções entre países, a exemplo dos que já existem para possibilitar a extradição de criminosos não cibernéticos, com o fim específico de punir esse tipo de infrator no país onde a infração foi cometida.

Referências bibliográficas

FILHO, D.R. **O Projeto de Lei Sobre Crimes Tecnológicos (Pl 84/99) - Notas ao parecer do Senador Marcello Crivella**. Disponível em: http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=338&acao=lendo, Recife, 15 de maio de 2004. Acessado em: 19 mar. 2007.
FILHO, D.R. **Questões Técnicas Dificultam Condenações Por Crimes Praticados Na Internet**. Disponível em: http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1955&, 19 de novembro de 2003. Acessado em: 19 de março de 2007.
Info OnLine. Disponível em: http://www.cijun.sp.gov.br/portal/portal.nsf/V12.01busca/DEF516E7F26C9FD283257057005CFF24?opendocument, 04 ago. 2005. Acessado em: 17 mar. 2007.
LAMBERT, NATALIE. **149 Technology decision-makers at North American SMBs and Enterprises.** Best Practices for Defeating Spywares. Forrester Research, Inc. Disponível em: http://www.forrester.com
Internet Law Program, Harvard Law School, **Case Study 2: Spyware - How Private Is the Web?** Disponível em: http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/mexico_2006_module_3_privacy. Acessado em: 18 mar. 2007.
O Dia Online. Disponível em: http://odia.terra.com.br/brasil/htm/geral_53265.asp, 23 de agosto de 2006. Acessado em 25 set. 2006.
Uol Tecnologia. Disponível em: http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2006/08/28/ult2870u97.jhtm, 28 de agosto de 2006. Acessado em 19 mar. 2007.
Vida Digital. Disponível em: http://www.estadao.com.br/tecnologia/internet/noticias/2006/jun/12/201.htm, 12 de junho de 2006. Acessado em: 15 mar. 2007.
Wikipédia. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Spyware. Acessado em: 25 set. 2006.