

Volume 1 - Ano 01 - nº 01
Agosto 2009

Presidente da **OAB-SP** fala sobre ÉTICA



Revista de **Direito**

INSTRUÇÕES

- 04** Instruções para a elaboração e entrega de originais para publicação na **REVISTA DE DIREITO DA UNIP**.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

- 05** A pesquisa em Direito na Universidade Paulista – **UNIP**

- 07** **ÉTICA**
Presidente da OAB-SP fala sobre ÉTICA

- 08** **DIREITOS FUNDAMENTAIS**
Ministro Gilmar Mendes diz que direitos fundamentais podem ser limitados – Gilmar Mendes – junho de 2004;

- 09** **CRIME CONTRA OS COSTUMES**
Uma reflexão necessária – Ministro Edson Vidigal – junho de 2005;

- 10** A função política do judiciário**

RESUMO DE TESES/DISSERTAÇÕES

- 15** A questão do meio ambiente na legislação de parte dos municípios integrantes da região administrativa de Araçatuba – Estado de São Paulo

- 17** Resumo da tese: a substituição da culpa e do estado pelo consensualismo: uma nova forma de violência.

CONFERÊNCIA / MULTIENSINO

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RESENHA

EDITORIAL – N. 01 – AGOSTO DE 2009

Instituição de ensino, pesquisa e extensão que iniciou suas atividades em 09 de novembro de 1988, a Universidade Paulista, **UNIP** constrói uma história de evolução acadêmica e pedagógica, sempre visando à preparação de recursos humanos altamente qualificados e em condições de atender ao mercado de trabalho nacional.

A **UNIP** promove a formação atualizada dos alunos e sua capacitação para uma sociedade em mudança, por meio de ensino de qualidade, tecnologicamente avançado e dirigido para a solução de problemas atuais e do futuro, nas áreas das ciências humanas, sociais, exatas e da saúde. Sua finalidade maior é promover o desenvolvimento do potencial dos alunos, estabelecendo condições que possibilitem uma inserção ativa no mercado de trabalho e a solução criativa de problemas que a sociedade propõe.

Para viabilizar ainda mais seus objetivos pedagógicos e de pesquisa, a **UNIP** apresenta sua **REVISTA DE DIREITO**, em formato digital, com o propósito de fornecer à comunidade acadêmica interna e a todos os estudiosos de direito do país e na América Latina, um espaço de reflexão, construção e aprofundamento do conhecimento na área do direito e nas áreas com as quais o direito dialoga cotidianamente.

A **REVISTA DE DIREITO** pretende ser instrumento de divulgação de pesquisas e publicações editoriais da área e, ao mesmo tempo um espaço de aprofundamento do conhecimento propiciando à comunidade jurídica nacional e internacional que divulgue artigos com reflexões essenciais para a formação do futuro profissional de carreira jurídica.

A **UNIP** tem como objetivo constituir-se como centro de valorização do profissional, preservando, especializando e aprimorando os valores que o dignificam; estabelecer-se como um agente de transformação e, assim, contribuir para o crescimento humano nos aspectos intelectual, moral e material; e, contribuir para a implantação de uma ordem socioeconômica fundamentada na soberania dos povos, na dignidade da pessoa humana, na livre iniciativa, nos valores da ética e no pluralismo das idéias.

Para viabilizar a consecução desses objetivos, a **UNIP** tem efetivado diferentes iniciativas. A **REVISTA DE DIREITO** é mais uma proposta realizada para concretizar os objetivos perenes da instituição.

Para isso o curso de direito da Universidade Paulista – **UNIP** ganha sua Revista Jurídica, em formato digital, compatível com a necessidade de atender ao dinamismo do mundo contemporâneo. Em formato digital se espera que circule mais rapidamente, chegando a comunidade do direito da **UNIP** em todo o Brasil, seus alunos, professores, funcionários e ex-alunos.

É uma publicação que já nasce com a força e a responsabilidade de ser da área de conhecimento do direito, em

um mundo marcado pelo dinamismo e pela impressionante complexidade das relações sociais, políticas e econômicas.

Exatamente por essa razão é que a **REVISTA DE DIREITO** da **UNIP** tem por objetivo propiciar aos alunos o contato sistemático com opiniões diversas, de maneira a permitir que construam um olhar crítico e aprendam a dialogar com a pluralidade.

A **REVISTA DE DIREITO** da **UNIP** também pretende ser um espaço de interdisciplinaridade trazendo textos de áreas do conhecimento com as quais o direito precisa necessariamente dialogar na atualidade, como a economia, a política, a filosofia, a antropologia, a saúde, a psicologia, entre outras que são essenciais para permitir uma compreensão mais ampla dos fenômenos sociais que são transportados para a esfera do jurídico.

A **REVISTA DE DIREITO** da **UNIP** pretende, ainda, destinar espaço para divulgação de teses e dissertações defendidas em programas de pós graduação stricto sensu em direito no Brasil, de modo a permitir aos alunos o contato com o universo da produção científica em direito, inclusive para utilizarem como fonte de pesquisa em seus próprios trabalhos acadêmicos.

Nessa mesma linha, a **REVISTA DE DIREITO** pretende divulgar programas de mestrado e doutorado em direito existentes no Brasil, abordando suas áreas de concentração e linhas de pesquisa, incentivando alunos e professores a conhecerem possibilidades de continuar sua formação acadêmica e os objetos de investigação que estão sendo pesquisados pelo direito na atualidade.

Para atender essa finalidade, será reservado espaço para resenhas de obras de direito que sinalizem as tendências do pensamento jurídico contemporâneo, sua pluralidade e multiplicidade de opiniões.

Neste primeiro número, a **REVISTA DE DIREITO** trás um artigo do Prof. Dr. José Renato Nalini, desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratando de aspectos políticos do poder judiciário.

Também tem artigo sobre a pesquisa em direito e a importância dos grupos de pesquisa credenciados na Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Texto do Dr. Luiz Flávio D' Urso sobre a questão da ética profissional.

A **REVISTA DE DIREITO** divulga ainda seu Conselho Editorial e as normas para a publicação de artigos.

CONSELHO EDITORIAL E EDITORIA

A editoria da **REVISTA DE DIREITO** da **UNIP** está sob responsabilidade da Prof. Dra. **ANGÉLICA CARLINI**, graduada em direito, mestre em história contemporânea, mestre em direito civil, doutora em educação e doutoranda em direito político e econômico. É professora da UNIP desde 1998, onde também atua como líder de grupo de pesquisa em Políticas Públicas de Proteção ao Consumidor de Serviços Públicos.

No Conselho Editorial estão os professores da UNIP:

Prof. Dr. **NAZIL CANARIM JÚNIOR**, graduado em direito, mestre e doutor em educação, coordenador do curso de direito em Araçatuba e pesquisador nas áreas de constitucional, processual e tributação.

Prof. Dra. **CELIA ROSENTHAL ZISMAN**, graduada em direito, com mestrado e doutorado em direito, tem estudos publicados na área de direitos humanos, direito civil e liberdade de expressão.

Prof. Dr. **LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER Júnior** graduado em direito, mestre e doutor em direito processual, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e com pesquisas nessa área.

Prof. Dr. **WAGNER GINOTTI PIRES**, graduado em direito, mestre e doutor em direito penal, delegado de polícia no Estado de São Paulo, com pesquisas na área de sistema penal e teoria geral do crime.



Reitor

Prof. Dr. João Carlos Di Genio

Vice-Reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Prof. Fábio Romeu de Carvalho

Vice-Reitora de Unidades Universitárias
Profa. Melânia Dalla Torre

Vice-Reitora de Pós-graduação e Pesquisa
Profa. Dra. Silvia Ancona-Lopez

Vice-Reitor de Graduação
Prof. Dr. Yugo Okida

Co-editores



Revista de **Direito**

Editor e Diretor Responsável:
@unip.br

Diretor Operacional:
Diretor Executivo:

Diretor Editorial e Jornalista Responsável:
@unip.br

Diretor Operacional:
Diretor Executivo:

Gerente de Publicação:

Reportagens:
Revisão:

Desenvolvimento de Pessoal:

Administração
(Gerente)

Supporte Técnico

Telefone: (11) 555-5555
@unip.br

INSTRUÇÕES

Instruções para a elaboração e entrega de originais para publicação na **REVISTA DE DIREITO DA UNIP**.

1

Serão aceitos para publicação na **REVISTA DE DIREITO DA UNIP** artigos nacionais ou estrangeiros que atendam as seguintes especificações:

- a) Artigos teóricos ou pesquisas empíricas;
- b) Artigos que tragam reflexões conceituais;
- c) Artigos de revisão crítica de determinada área;
- d) Artigos com análise histórica;
- e) Artigos investigativos;
- f) Artigos com reflexões metodológicas;
- g) Artigos com reflexões sobre didática para o ensino de direito;
- h) Artigos com temas desenvolvidos em conferências, seminários, jornadas, encontros científicos, desde que os originais tenham sido publicados apenas na forma de resumo.

Aceitos pelo Conselho Editorial os artigos poderão sofrer modificações de ordem externa para atender aos padrões gráficos da publicação.

2

ESTRUTURA DOS TEXTOS.

Os textos encaminhados à **REVISTA DE DIREITO DA UNIP** deverão atender à seguinte forma de apresentação:

- a) Título;
- b) Nome completo do (s) autor (es);
- c) Referências acadêmicas do (s) autor (es) e endereço eletrônico;
- d) Resumo (em português e inglês ou espanhol) de até 200 palavras;
- e) Palavras chave (mínimo três);
- f) Sumário;
- g) Introdução;
- h) Desenvolvimento;
- i) Conclusão;
- j) Referências bibliográficas.

Não serão aceitos textos que não sejam apresentados com essa conformação.

3

FORMATAÇÃO GRÁFICA

Os textos deverão ser encaminhados em fonte ARIAL 12, espaço 1,5 entre linhas, com número de páginas A4 entre 10 e 30 (total, inclusive com referências bibliográficas) e em padrão WORD.

Deverão se atendidas as normas da ABNT e as citações de rodapé devem ficar limitadas ao mínimo possível.

Deverá ser utilizado o sistema autor/data ao final de cada citação.

As Figuras, Tabelas e Gráficos eventualmente utilizados nos artigos deverão fazer parte do arquivo em WORD.

Os textos poderão ser encaminhados para o endereço eletrônico angelicacarlini@uol.com.br.

4

SUBMISSÃO DOS TEXTOS AO CONSELHO EDITORIAL

Todos os artigos, resumo de conferências, de teses e dissertações, jurisprudência comentada e resenhas serão obrigatoriamente submetidos ao Conselho Editorial que decidirá sobre a relevância da publicação, bem como analisará a adequação à formatação gráfica.

Os trabalhos eventualmente não publicados serão enviados de volta ao autor, mas não será fornecida justificativa para a não publicação do texto.

5

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO EDITORIAL

O Conselho Editorial será composto pelo editor responsável, e por dez membros, sendo cinco professores da **UNIP** e cinco membros externos.

Os membros externos serão convidados pelo editor responsável e serão, preferencialmente, professores doutores em direito ou área de conhecimento correlatas, atuando junto a instituições com credibilidade acadêmica e científica, em especial de área pública federal ou estadual.

A **REVISTA DE DIREITO** terá ainda consultores ad-hoc, que prestarão seus trabalhos durante período de dois anos, sem renovação, que farão a análise da pertinência científica dos artigos, inclusive de seu grau de qualidade.

Não serão submetidos aos consultores ad-hoc os trabalhos de resenha de livros, e os resumos de dissertação e tese.

A PESQUISA EM DIREITO NA UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP

Angélica Carlini, mestre em direito, mestre em história contemporânea, doutora em educação e doutoranda em direito. Professora do curso de Direito da UNIP e líder do grupo de pesquisa Políticas Públicas para a Proteção do Consumidor.

A pesquisa em direito na Universidade Paulista vem se constituindo como um espaço de importância, consolidando efetivamente a harmonia da relação ensino, pesquisa e extensão prevista na Constituição Federal.

Existem dois grupos de pesquisa credenciados pela UNIP no diretório de grupos de pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisa.

O Diretório de Grupos de Pesquisa, iniciado pelo CNPq em 1992, é uma base de dados que contém informações sobre grupos de pesquisa organizados no país. Esses grupos são coordenados por um professor líder e compostos por professores – pesquisadores, estudantes e colaboradores administrativos, e se organizam para pesquisar uma ou várias linhas de pesquisa.

Os professores que lideram grupos de pesquisa devem manter atualizados os dados disponíveis no Diretório de Grupos, de forma a permitir a comunidade científica nacional e internacional que tenha sempre conhecimento das

atividades desenvolvidas pelos diversos grupos.

No Diretório de Grupos do Conselho Nacional de Pesquisa é possível encontrar dados referentes aos participantes que integram o grupo de pesquisa, as linhas de pesquisa que estão sendo pesquisadas, os setores de aplicação dessas pesquisas e a produção científica e tecnológica produzida. Os grupos são identificados também pela região do país em que se encontram, instituição a que pertencem e tempo de constituição.

De acordo com o Conselho Nacional de Pesquisa, CNPq, o Diretório dos Grupos de Pesquisa possui três objetivos centrais: ser um eficiente instrumento para o intercâmbio e troca de informações entre a comunidade científica e tecnológica; ser uma perene fonte de informações atendendo a várias necessidades de pesquisadores nacionais e internacionais; e, preservar a memória da pesquisa no país.

O curso de Direito tem dois grupos de pesquisa em atividade: o grupo **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**, e o grupo **RESPONSABILIDADE E DIREITO AMBIENTAL**.

O grupo **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR** é liderado pela prof. Dra. Angélica Carlini e é composto pelo Prof. Dr. Cláudio José Franzolin e pelo Prof. Ms. Luis Renato Vedovato.

Esse grupo define seus propósitos da seguinte forma: “**O grupo desenvolverá pesquisas sobre as políticas públicas implementadas pelo Estado e pelos governos federal, estadual e municipal para a proteção do consumidor, compreendido o direito do consumidor no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana, ou seja, como direito fundamental como a ele se refere a Constituição Federal. O objetivo principal é investigar como o poder público em suas várias instâncias vem desenvolvendo a proteção ao consumidor de serviços públicos e privados, e de produtos, em especial em relação aos serviços essenciais para a garantia da dignidade humana. O grupo pretende desenvolver estudos no sentido de delinear os elementos imprescindíveis para a caracterização do que sejam políticas públicas, e a investigação de seus modos de escolha, implementação e fiscalização por parte da administração pública e dos cidadãos aos quais essas políticas são destinadas. As áreas de investigação do grupo permitem um diálogo entre o direito privado e o direito público, fomentando a construção de um saber interdisciplinar, compatível com a constitucionalização do direito privado que ocorre na atualidade no Brasil. Por fim, o grupo pretende dedicar especial atenção à pesquisa da proteção ao**

Artigos Científicos

consumidor no âmbito do direito internacional público e privado, realizando um efetivo diálogo com o pensamento jurídico contemporâneo internacional sobre a área. No ano de 2009 o Grupo realizou três encontros com alunos de graduação do curso de Direito da UNIP em Limeira, para apresentar as linhas de pesquisa do grupo e difundir a pesquisa em direito.”

O grupo desenvolve sua atividade por meio de três linhas de pesquisa, assim definidas:

1. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO

ESTADO - Investigar as políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro na proteção ao consumidor de produtos e serviços, em especial de serviços públicos essenciais e de produtos que possam colocar em risco a integridade do cidadão, tanto no aspecto patrimonial como extrapatrimonial.

2. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

- Investigar como o direito internacional e o direito comparado protegem o consumidor de produtos e de serviços, em especial de serviços públicos. Pesquisar as necessidades de proteção ao consumidor no mundo globalizado, e as formas de efetivar essa proteção por meio de políticas internacionais.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA

PESSOA HUMANA - Estudar o conceito de políticas públicas, a nova relação da administração pública com os cidadãos, os paradigmas que orientam a proteção à dignidade da pessoa humana na Constituição Federal brasileira e o consumidor como sujeito de direitos fundamentais.

O grupo **RESPONSABILIDADE E DIREITO AMBIENTAL** é liderado pelo Prof. Dr. José Fernando Vidal de Sousa e tem como vice-líder o professor Dr. Paulo Cesar de Sousa Manduca, da área de Ciência Política.

O grupo define como propósitos: “*O Grupo de pesquisa tem por objetivo refletir os conceitos referentes à evolução da responsabilidade no âmbito dos direitos individuais; coletivos e difusos, relacionando-os com o Direito Ambiental. O grupo parte de um enfoque na responsabilidade civil em função do alcance social que este instituto oferece no sentido da reparação de danos causados ao ambiente e à sociedade. Aliada a uma visão sociológica dos temas tratados, o grupo propõe pesquisas que associem as transformações sociais e ambientais com a construção de um pensar crítico que contribua para desenvolver a responsabilidade sócio-ambiental e a conduta ética na solução dos conflitos na área ambiental com reflexos positivos na implementação da cidadania.*”

O grupo desenvolve sua atividade por meio de quatro linhas de pesquisa, assim configuradas:

1. DIREITO AMBIENTAL - Debate acerca do Direito Ambiental e dos vários ramos do Direito com repercussões na defesa do meio ambiente, mediante uma análise doutrinária, jurisprudencial, estatística e estudos de casos sobre o tema.

2. DIREITO, POLÍTICA E MEIO AMBIENTE - Estudo dos condicionantes políticos e sociológicos da questão ambiental e seus reflexos na transformação do Direito.

3. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA RESPONSABILIDADE - O objetivo é construir uma reflexão sobre os aspectos epistemológicos, filosóficos e históricos que tornaram o dever de indenizar uma das condições fundamentais de organização e de paz social.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL - Pesquisar os conceitos referentes à evolução da responsabilidade no âmbito dos direitos individuais, coletivos e difusos, relacionando-os com o Direito Ambiental.

Os grupos de pesquisa de direito apresentam suas reflexões nos Encontros Científicos realizados anualmente pela universidade, momento de grande importância onde podem mostrar à comunidade acadêmica os trabalhos que realizam e o conhecimento que estão construindo. ■

Presidente da OAB-SP fala sobre ÉTICA

A Universidade Paulista, em mais uma edição do seu Congresso Brasileiro de Atualização Profissional, brindou seus alunos com a presença de Luiz Flávio Borges D'Urso, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Secção de São Paulo, que palestrou sobre *Ética Profissional e Prerrogativa do Advogado*. O evento aconteceu no Teatro Paraíso da UNIP e foi transmitido pela TV Web da instituição, viabilizando que estudantes de todos os campi e internautas em geral acompanhassem o palestrante e integrassem em tempo real. Em tempos nos quais o significado da palavra ética ganha lugar de destaque na mídia e nos vocabulários popular, acadêmico, jurídico, empresarial e político da nação brasileira, é missão de notória responsabilidade para um tribuno explanar sobre o assunto.

Consoante com essa premissa, o presidente da OAB-SP reforçou a importância das relações éticas no atual momento de crise pelo qual passam algumas instituições nacionais. Ele frisou que a ética profissional e as prerrogativas da advocacia são valores de suma importância para quem a exerce e que precisam ser abordadas no meio universitário, a fim de que os valores nela embutidos possam ser cristalizados em cada cidadão. Segundo D'Urso, só no Estado de São Paulo, há 250 mil profissionais de advocacia que, por ilibada conduta, seguem os ideais maiores de justiça, liberdade e igualdade. Entretanto, como em todas as outras profissões, há as exceções e, no Direito, elas se constituem em 0,01% dos

profissionais da área. São aqueles que, com as próprias palavras do palestrante, resolveram deixar de ser advogados para tornarem-se criminosos. “Na nossa corporação, temos um Tribunal de Ética e a disciplina da OAB que, com isenção, julga os advogados e advogadas que a eles são submetidos, observando-se os princípios constitucionais, como o da Ampla Defesa, o Contraditório e o Processo Legal. Após o julgamento, à luz do Código de Ética da Ordem, preservamos quem precisa ser preservado e punimos quem precisa ser punido, com penas de censura a expulsão dos nossos quadros”, ex-



plica.

O Código de Ética da OAB prevê, entre outros pontos, que o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos ali estabelecidos, assim como com o Estatuto do Advogado, com o Regulamento Geral, com os Provimentos e com princípios da moral individual, social e profissional.

Prerrogativas do advogado... Enquanto a ética é condição fundamental para o bem-estar da sociedade e a verdade na dialética processual é passível

de antagonismo com a verdade do outro, os direitos dos advogados (prerrogativas), estabelecidos em seu Estatuto (Lei 8.906, Art. 7º), são garantias para o pleno exercício da profissão em defesa do cidadão. Como enfatiza Luiz Flávio Borges D'Urso, as prerrogativas garantem a atuação digna do advogado, abrindo caminho, por exemplo, para que ele tenha acesso às provas incriminatórias a seus clientes, para que o Contraditório previsto na Constituição possa existir. São os advogados, embasados nesses direitos previstos em seu Estatuto, que se tornam guardiões, conhecedores das leis, para a defesa dos direitos dos cidadãos.

“O preso, por exemplo, tem direito de saber quem está lhe prendendo, tem direito a avisar sua família, de ter um advogado, de se calar, mecanismos estes de proteção ao cidadão

para equilibrar a relação entre Estado todo-poderoso e cidadão fragilizado.” Segundo D'Urso, apesar de a Lei garantir os vários direitos do advogado, mesmo em baixa escala, ainda persistem violações dessas prerrogativas. Há juízes que não permitem ao advogado ver o processo de seu cliente e que também não atendem advogados; há autoridades policiais que impedem o advogado de ter contato com o preso e com os laudos do inquérito,

há promotores que fazem investigações sem base na Lei. “Ninguém quer impunidade ao advogado, e a OAB é a primeira a não compactuar com desvio de comportamento e conduta; por isso mesmo que, no ano passado, expulsou 14 membros e, neste ano, só no primeiro semestre, sete – mas entre 250 mil, reitero, são exceções. O Tribunal de Ética funciona em defesa da advocacia e das prerrogativas profissionais, em defesa do nosso exercício no interesse do cidadão.” ■

Ministro Gilmar Mendes diz que direitos fundamentais podem ser limitados

Por Editorial

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), a Constituição Federal de 1988 assegura que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, elementos centrais do texto constitucional, portanto, não podem ser removidos nem afetados, de maneira radical, por emendas. Esse foi o tema da palestra realizada no dia 31 de março, pelo Programa Multiensino. Os alunos puderam formular perguntas, em tempo real, via internet e pelos canais da televisão RBI, instalados em São Paulo e Brasília.

"As cláusulas pétreas compõem a identidade da Constituição, no entanto, quando se lida com os direitos fundamentais, é preciso fazer algumas distinções", disse o ministro. Existem os direitos fundamentais de defesa, de caráter negativo, e os direitos fundamentais a uma prestação, de caráter positivo. Os direitos de defesa são de perfil liberal e impõem ao Estado, em princípio, dever de abstenção. Contudo, se vier a intervir, o Estado deve seguir parâmetros estabelecidos. Entre outros, são considerados direitos de defesa o direito de propriedade, as liberdades individuais, o direito de ir e vir e a liberdade do exercício profissional.

Entre os direitos de perfil positivo, estão os de caráter social, ou seja, o que o cidadão deseja do Estado. "E ele quer participação, prestação positiva, como, por exemplo, direito a salário mínimo justo", explicou o ministro.

Segundo o palestrante, os direitos fundamentais podem receber limites, mas há distinção entre reserva legal simples e qualificada. Na primeira,

restrição é exercida na forma da lei, ou seja, o constituinte não estabelece exigências adicionais, apenas limites ao

exercício de dado direito. No caso da reserva legal qualificada, como não há expressa limitação, o constituinte pode entender que um direito

fundamental só poderá sofrer restrição se atendidos certos pressupostos. Contudo, o legislador não pode perder de vista o núcleo essencial, que é o espaço além do qual ele não pode ir.

Além do núcleo essencial, é preciso considerar o princípio da proporcionalidade, que se divide em três subprincípios: da adequação,

da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Pelo primeiro item, os meios estabelecidos deverão estar adequados aos fins propostos. Se passar nesse teste de adequação, a medida deverá contemplar o princípio da necessidade. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, de um lado, é importante saber se o interesse público justifica intervenção; de outro, é preciso ter conhecimento sobre a agressão que se impõe ao direito ou garantia individual.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, diversos direitos fundamentais protegem situações assemelhadas, porém, se houver contraposição ao direito de outro titular, poderá surgir

a chamada colisão de direitos fundamentais.

A colisão entre dois direitos fundamentais pode permitir ao legislador estabelecer restrições a um deles. Em uma situação, alguém refere-se a outro, e este pode considerar as palavras ofensivas à sua dignidade ou à de sua família.

De um lado está a liberdade de expressão, de outro, a idéia de proteção à imagem, à privacidade das pessoas. Há outra situação, como o confronto entre direitos fundamentais e outros direitos constitucionais - caso, por exemplo, da liberdade de expressão, de um lado, e dos interesses do Estado, de outro. Também existe a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais idênticos.

Em geral, o princípio da proporcionalidade, especialmente sob a forma do subprincípio em sentido estrito, tem sido o parâmetro adotado. ■



“As cláusulas pétreas compõem a identidade da Constituição, no entanto, quando se lida com os direitos fundamentais, é preciso fazer algumas distinções”

Crimes contra os costumes: uma reflexão necessária!

Por Editorial

Corromper menores e forçar o outro ao ato sexual são alguns dos temas que estão grafados no Código Penal Brasileiro como Crimes contra os costumes.

O assunto, de teor essencial à discussão da sociedade, foi amplamente apresentado em palestra pelo presidente do

Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Edson Vidigal, em 3 de junho, na UNIP, campus Paraíso.

Edson Vidigal iniciou a conferência explicando passo a passo de que trata cada crime com base na Lei 11.106/2005.

No caso de estupro, via de regra, a mulher não pode ser considerada sujeito ativo, por lhe faltarem características físicas próprias para executar o ato. Entretanto, ela pode ser responsabilizada por atentado violento ao pudor. "No estupro, o sujeito ativo pode ser somente o homem, e o passivo, qualquer mulher. No atentado violento ao

pudor, ambos os sexos podem ser sujeitos ativo e passivo, e o crime ocorrerá com grave ameaça ou violência, mesmo presumida", explicou o ministro.

Estupro e atentado violento ao pudor são crimes hediondos, com exceção na hipótese de presunção de violência. Quanto à incidência de causas de extinção da punibilidade e de aumento de pena anteriormente previstas para esses tipos de crimes, o ministro Vidigal salientou que "a nova Lei de 2005 não permite mais a extinção da punibilidade em caso de casamento da vítima com o agente, assim

como o casamento da vítima com um terceiro.

Revoga também o dispositivo que determinava o aumento de pena no caso de o agente ser casado e, incluídas como causas, as condições de madrasta, tio, cônjuge ou companheiro, e suprimida do texto legal a figura do pai adotivo, agora tratado como ascendente".

Por fim, o presidente do STJ apresentou um roteiro indicando os procedimentos a serem adotados pela vítima de estupro e sobre a legalidade do aborto em tais circunstâncias: deve dirigir-se à Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM) e solicitar uma guia para exame no Instituto Médico Legal (IML).

devendo levar a roupa que estava vestindo e não efetuar higiene íntima até que seja finalizado o exame.

Outro ponto importante é pedir cópia do Boletim de Ocorrência, pois, em caso de gravidez, a mulher pode solicitar interrupção. Neste caso, o aborto não é punido. A vítima também tem direito à assistência médica e aos medicamentos necessários para tratamento das Doenças Sexualmente Transmissíveis, inclusive a Aids. ■

“Estupro e atentado violento ao pudor são crimes hediondos, com exceção na hipótese de presunção de violência”



Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Edson Vidigal.

A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO**

José Renato Nalini¹

Sumário:

- 1. O Judiciário como poder estatal;**
- 2. A falência da lei; 3. A falência do modelo de Estado;**
- 4. Sintomas da transformação;**
- 5. Auto-consciência do papel político;**
- 6. Que tipo de juiz se pretende?**

1. O Judiciário como poder estatal

As três funções estatais clássicas, com funcionamento separado e autônomo, ainda sobrevivem nas Constituições ocidentais como *poderes independentes e harmônicos*. É a solução brasileira da Constituição Cidadã de 5 de outubro de 1988².

Sob essa ótica tradicional, o Estado de direito se confundiria com o *Estado sob a lei*. Daí deriva a preeminência do Poder Legislativo, o produtor da norma geral e abstrata de conduta a todos aplicável. Ao Executivo restaria o governo - administrar é aplicar a lei sem controvérsia - e ao Judiciário a jurisdição - aplicar a lei à situação conflitiva.

Enquanto dois dos poderes têm seus quadros selecionados por sufrágio, adquirindo sua legitimidade mediante periódica submissão à vontade popular, o Judiciário recruta seus integrantes por concurso público. Forma seletiva a um tempo democrática e aristocrática. Democrática, por propiciar a qualquer interessado provido do grau de bacharel em direito o acesso ao certame e aristocrática, pois baseada nos méritos do candidato. Apenas os mais qualificados seriam aprovados nesse concurso.

A forma de recrutamento condiciona a qualificação dos exercentes dos três poderes. Os eleitos o são para

cargos *políticos*, enquanto que os selecionados por concurso acessam cargos *técnicos*. Considerado sob o critério do acesso à função, o Judiciário não seria um poder *político*.

Uma primeira questão se impõe. O juiz é o único integrante *não eleito* de uma função estatal. Isso não lhe subtrairia *legitimidade*?

Esse debate é recorrente na França. Ali, o Judiciário não é *poder*, mas mera *função*. O juiz é *autoridade estatal*, não expressão de soberania. E a explicação reside exatamente aqui: o juiz não reveste legitimidade porque não se submete ao veredito das urnas³. Não é detentor de uma *função democrática*.

Mesmo em França, a questão é polêmica. Dominique Turpin lembra que a característica de um representante não é a de ser eleito, mas sim a de querer para a nação. Neste sentido, o juiz, que expressa a vontade geral, pode ser considerado como representante⁴. Por outra vertente, a fonte da legitimidade não é apenas o sufrágio. O juiz brasileiro se legitimaria também por recrutamento democrático, opção do constituinte, e ainda pela *fundamentação da sentença*⁵.

Obrigado a *fundamentar* todas as decisões, o juiz estaria a se legitimar perante a comunidade. Pois *fundamentar* não é senão explicitar opções sujeitas a cotejo comunitário. A fundamentação pode refletir eventual *consenso jurídico* ou evidenciar a *incompatibilidade* entre a *idéia de justiça* do juiz e aquela nutrida pelo universo dos destinatários de sua função.

Cumpre reconhecer ainda, ser o Judiciário, numa concepção clássica, o mais fraco dentre os poderes estatais. Não elabora a lei, mas é seu fiel servidor. Não detém as chaves do cofre, confiadas ao Executivo. Exerceria a mais reduzida dentre as atuações cometidas ao Estado.

¹ Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Presidente da Academia Paulista de Letras. Professor universitário. Autor, entre outros, de *A Rebelião da Toga*, 2^a ed. Campinas: Millennium, 2008.

²Diz o artº 2º da Constituição da República: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

³O tema não merece muita atenção no Brasil. Ressalvada proposta frustrada de partidos minoritários na Constituinte e na Reforma do Judiciário, a *eleição de juízes* não motiva discussões. Como exceção, *O Estado de São Paulo* de 24 de abril de 2.000 trazia uma carta do leitor JOEL SAMWAYS NETO, propondo revisão da sistemática legal de acesso a cargos públicos. Textualmente: "Quando juízes de direito se sentem à vontade para expressar, do modo como expressou o novo presidente do Tribunal Regional Federal, suas preferências político-ideológicas, chegamos a um ponto em que eles não mais podem ser escolhidos mediante concurso de provas e títulos, examinados apenas por seus futuros pares. Se esse cargo, por natureza imparcial e remunerado pela sociedade em geral, vai ser exercido político-ideologicamente, então o povo tem o direito de escolher, por via direta, os juízes. Que eles se apresentem, façam campanha e falem de suas preferências políticas e ideológicas. Assim haverá mais legitimidade quando os eleitos quiserem usar do cargo para empunhar bandeiras da parcialidade, principalmente as de grupamentos violentos e sem personalidade jurídica, como o MST".

⁴DOMINIQUE TURPIN, "Le juge est-il représentatif, réponse:oui", in "Commentaires", verão 1992, p.381/390.

⁵Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. A falência da lei

Quando a lei era a *relação necessária extraída da natureza das coisas*, era fácil sustentar que o Judiciário deveria ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei⁶. Ainda se encontra disseminado o truísmo de que o juiz é servo da lei, não legislador. Posição cômoda para o próprio juiz, detentor da cultura do repasse⁷.

Ocorre que, modernamente, a lei perdeu a sua característica de expressão da vontade geral. Tornou-se resposta conjuntural e casuística para uma necessidade concreta, muito bem espacial e temporalmente localizada. O Executivo assumiu parte considerável - talvez a mais importante - da produção normativa. O Parlamento se converteu em *feudalismo de interesses*, nem sempre coincidentes com a vontade geral.

A lei é *resposta possível*, necessariamente fluida e ambígua, diante dos compromissos firmados por maiorias parlamentares episódicas. Sua aplicação ao conflito já não se subsume ao esquema do silogismo.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Para Antoine Garapon, o “*descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limitar do mundo tecnológico: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condene a um direito doutrinal, afastado da realidade. O controle jurídico, mais casuista e mais leve, parece mais propício aos regulamentos sofisticados exigidos por nossas sociedades complexas. Leis gadgets, direito etéreo, direito maleável, direito vago....: a inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do descrédito da regra - a lei descartável não é lei respeitada - e um risco de quebra jurídica*”⁸.

Esta lei não é mais suficiente para sustentar as decisões judiciais. O juiz se vê obrigado a recorrer cada vez mais aos princípios. A lei contemporânea torna-se “um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”⁹. Evidente que, ao completar o trabalho do legislador, o juiz fará po-

lítica. Esse o fenômeno da *judicialização da política* ou da *politização da justiça*, já entrevisto por Tocqueville: “não existe praticamente questão política nos Estados Unidos, que não seja resolvida cedo ou tarde como se fosse uma questão judiciária”¹⁰. Outra perspectiva a ser explorada é a denominada “*judicialização das relações sociais, processo também universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas que chegou a nós pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de recente e ainda progressiva institucionalização, responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes*”¹¹.

3. A falência do modelo de Estado

Não é apenas a lei que restou sucateada. O modelo do *Welfare State* também restou exaurido¹². De provedor onipotente, passou o Estado a assumir sua insuficiência e limitações. Está devolvendo, mediante a privatização, muitas das tarefas das quais se assenhoreou e não conseguiu se desincumbir.

Um Legislativo que não legisla, não é mais *caixa de resonância das aspirações populares*. Um Executivo que não atende às demandas, atinge o seu mais elevado grau de descrédito.

Sem consciência clara disso, a esperança do povo se volta para a justiça. Uma Constituição cidadã, que foi a que mais acreditou no Judiciário como instância de resolução dos conflitos, impulsionou a cidadania a recorrer à justiça. Quando o governo não consegue satisfazer suas promessas e o parlamento deixa de ser o intérprete da vontade geral, o último refúgio parece residir na justiça.

O juiz é ainda uma figura simbólica, ocupando a posição de um *terceiro imparcial* e sua atuação compensa o *deficit democrático* dos demais poderes. Ele se vê chamado a socorrer uma democracia na qual “*um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em*

⁶Expressão celebrizada por MONTESQUIEU, em *O Espírito das Leis*.

⁷A expressão foi disseminada pelo Ministro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, quando Presidente do STF. Ela serve a explicar a postura costumeira do juiz, considerando-se uma vítima das circunstâncias, para se isentar de qualquer responsabilidade pela desfuncionalidade da Justiça. É servo da lei, obrigado a cumprí-la e não é seu elaborador, mas o Legislativo. E sua estrutura é falha porque o Executivo não propicia meios materiais suficientes ao atendimento de suas necessidades.

⁸ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia-O guardião das promessas*, Editora Revan, Rio, 1999, p.40.

⁹ANTOINE GARAPON, op.cit., idem, p.41.

¹⁰ALEXIS DE TOCQUEVILLE, “*La Démocratie en Amérique*”, Paris, Garnier/Flammarion, 1981, t.I, p.370.

¹¹LUIZ WERNECK VIANNA, “*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*”, Ed.Revan, Rio de Janeiro, 1999, p.11.

¹² A crise é reconhecida por todas as tendências e não se mostra necessário insistir nisso. Para ELÍAS DÍAZ, “*a aludida crise do Estado intervencionista, regulador, empresário e em certa medida redistribuidor, à vez, pois, Estado do bem-estar, Estado de serviços e de direitos sociais, significou também em termos mais gerais, a crise desse denominado velho paradigma*”. Depois de afirmar que são múltiplas as interpretações, dependendo das alternativas formuladas, conclui por dizer que, “*o que em grande parte o Estado social ocasionou foi a socialização das perdas e a privatização dos benefícios. A crise se agravou assim mesmo, mas isso se diz muito menos, pelo enorme, demencial, aumento do gasto público originado em todos os países pela absurda corrida de armamentos mantida pela política de bloqueios durante todos estes anos: foi então quando se disse que o Welfare State acaba degenerando em um Warfare State*” (“*Ética contra Política*”, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S/A, 2^a ed., 1998, México, p.115/116).

Artigos Científicos

governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”¹³.

A Justiça, embora com suas mazelas, converte-se em espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece aos cidadãos, ainda que potencialmente, a capacidade de interpelar seus governantes, fazê-los ocupar o polo passivo de uma relação processual. Enquanto a representação política clássica é frustrante, diante do descompromisso dos eleitos, a justiça permite uma atuação individual, mais próxima, permanentemente aberta à cidadania.

Verdade que o acesso à justiça também é dificultado. A parte necessita da intermediação obrigatória de um profissional que detém o monopólio da decodificação. Quase não há lugar para a postulação sem intermediários¹⁴. Após vencido esse primeiro obstáculo, contudo, nenhum pleito judicial resta sem resposta. Resposta que hoje pode ser relativamente rápida, seja mediante a concessão de *liminar*, seja por ações cautelares e por institutos novos como a antecipação da tutela. Já o acesso ao parlamentar de pouco vale, diante do distanciamento de suas bases e da noção de representação desvinculada do mandato no direito privado e o acesso ao titular de cargo do Executivo é praticamente impossível.

O juiz foi o agente estatal que restou para quem ainda consegue acreditar nessa entidade chamada Estado.

4. Sintomas da transformação

Esta leitura, provavelmente míope, já que apoiada em ponto de vista endógeno, encontraria sustentação em alguns sintomas já detectados.

Objetivamente, o volume de demandas judiciais multiplicou-se depois de 1988¹⁵. Milhões de processos se acumulam em todas as instâncias. Como explicar a circunstância de se desconfiar do Judiciário e, simultaneamente, a ele se recorrer como nunca dantes?

As pesquisas de opinião fornecem dados significativos de que o juiz, dentre os três exercentes de função estatal, ainda é aquele com maior credibilidade junto ao povo.

Cresce o ativismo judicial¹⁶. Juízes postulam, reivindicam, reclamam e criticam. Formam-se associações como a dos Ju-

ízes para a Democracia, esboçam-se posturas sindicais. Os discursos de posse, tradicionalmente repletos de lugares comuns, passam a conter doses ácidas de irresignação. Mesmo internamente, denunciam-se os desmandos, reclama-se a punição dos responsáveis, em lugar da postura arcaica e corporativista de se acobertar o erro e assimilar o inapto.

Invoca-se a Constituição, prenhe de princípios e a lei passa a ser um mero parâmetro. Importante ainda, mas cada vez suscetível de interpretação mais livre e criativa.

Todavia, o sinal maior de que o juiz passou a exercer um novo protagonismo, está no desencadeamento de uma torrente de reações. Se o Judiciário não se recusa a enfrentar questões para as quais não está devidamente preparado - a macroeconomia, comércio exterior, marketing, bioética, informática e todas as relações novas decorrentes da utilização das infovias - ele pode estorvar a desenvoltura de alguns agentes. Quando se paralisa uma privatização, os prejudicados invocam a *indústria de liminares*.

O Governo já acusou o Judiciário de *não pensar no país*. A CPI instaurada para apurar a *corrupção judicial* tem uma parcela de *retomada do prestígio do Parlamento*, além de procurar imobilizar o juiz ativista.

A Reforma do Judiciário, tema menor para o Governo - o maior cliente da Justiça e o maior interessado em sua desfuncionalidade - vem refletindo essa resistência ao novo protagonismo do juiz. Foi sendo descaracterizada até se tornar tentativa de uma *reforma contra o juiz*, centralizadora e concentradora de poderes nas instâncias superiores¹⁷.

A globalização contribui para a importação de soluções alienígenas. O capital internacional tem todo o interesse em neutralizar o Judiciário dos países periféricos. Ele não pode suportar a imprevisibilidade de soluções ditadas pela consciência de um juiz que pode se considerar um agente de transformação e acreditar-se imbuído de uma missão de resgatar seu semelhante do espaço de indignidade a que parece ter sido condenado.

O Banco Mundial vem realizando reformas judiciais na América Latina, contribuindo para a homogeneização da Justiça. E até mesmo o FMI vem de assinalar ser chegada a hora das *reformas de segunda geração*, dentre as quais a do Judiciário.

A reação dos prejudicados explica a insistência em temas como o Controle Externo, a súmula vinculante, a avocatória,

¹³J.D.BREDIN, “Un gouvernement des juges?”, Pouvoirs, Paris, 1994, p.81, apud ANTOINE GARAPON, op.cit., idem, p.48.

¹⁴Restam o *habeas corpus* e a revisão criminal no âmbito penal e a demanda perante os Juizados Especiais Cíveis, onde o comparecimento desacanhado de advogado ensejou conhecida reação da OAB.

¹⁵Houve uma explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões em 1998 (LUIZ WERNECK VIANNA et alii, “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, Editora Revan, Rio de Janeiro, 1999, p.11).

¹⁶Não se cuida de ativismo judicial se, entre uma solução juridicamente correta e outra que não o é, o juiz escolhe esta. Neste caso, não se cuida de ativismo, mas de incompetência. Para AHARON BARAK, ex-Presidente do Supremo Tribunal de Israel, o ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la (AHARON BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989).

¹⁷LUIZ WERNECK VIANNA assinala a tendência de “centralização também na Justiça, com as propostas de efeito vinculante nas decisões do vértice do Judiciário, cassando, na prática, a autonomia do juiz, e de instituição de uma comissão nacional de controle do Judiciário em um sistema de justiça estadualizada” (“A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”, Ed.Revan, Rio de Janeiro, 1999, p.10).

a preservação das fórmulas de nomeação para os tribunais superiores¹⁸, a vedação à democratização interna dos tribunais e a manutenção de esquemas rígidos de controle dos mais jovens, a partir de um sistema de recrutamento privilegiador da passividade e do imobilismo.

5. Auto-consciência do papel político

No Brasil, um ensino jurídico dogmático-positivista formou toda uma geração de juristas conservadores. Dentre estes, os mais contidos eram destinados à Magistratura¹⁹. Além da aura de respeitabilidade, certa *nobreza intelectual* remanescente da cultura do Império, havia a certeza de remuneração condigna, paulatina ascensão a estágios hierárquicos prestigiados e a segurança de uma aposentadoria preservadora do *status*.

A Magistratura no Brasil nunca se preocupou muito com fato de ser *poder*, mas de estar próxima ao verdadeiro *poder*. A vedação ao exercício *político partidário* fortaleceu a convicção de que a sua atuação era eminentemente *técnica*²⁰. Uma concepção bastante rígida dos dogmas da *neutralidade* e da *imparcialidade*, contribuiu para um paradigma judicial de assepsia e distanciamento. As respostas judiciais são meramente formais, o processo é um instrumento de *institucionalização* e não de *resolução* dos conflitos.

Grande parte dos juízes ainda se enquadraria nesse modelo. Continua-se a decidir de acordo com a lei, sem preocupação com a consequência concreta da decisão, nem com a busca da realização do justo. Apenas por acaso coincidem *decisão judicial* e *decisão justa*.

Neste ponto, pode ser comparada a magistratura brasileira com a magistratura francesa, de modelo burocráti-

co. Nos países da *Common Law*, a nomeação de juízes é política²¹. Uma vez nomeados, os demais poderes perdem qualquer controle sobre o juiz. Na feição burocrática francesa, ocorre o inverso. O recrutamento de juízes é apolítico e totalmente democrático, “mas a carreira é política. Como se exerce esta influência? Tanto pela hierarquia como pela fragilidade política da magistratura. Essa influência vindo de cima é tão marcante quanto é forte a coesão do corpo judiciário e respeitada sua hierarquia”²².

Magistrados há, porém, que não se ajustam ao papel clássico de servos da lei. Sentem-se também responsáveis pelas promessas do constituinte e concretizadores de suas mensagens normativas. Dentre as quais, a de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²³. Conceber-se como parte do Estado, do qual é poder, faz do juiz um agente político. Todavia, mesmo o juiz conservador, aquele que entende ser a política a matéria prima de trabalho dos políticos, tarefa que não guarda pertinência com sua elevada missão, também faz política. A política da inércia e da deterioração dos valores, quadro rotineiro nas práticas políticas. Sua consequência é a preservação do panorama de iniquidade que emoldura a vida nacional.

Não há, para o juiz, postura apolítica²⁴. Ou ele atua politicamente, no integral desempenho de sua função, completando a tarefa do legislador e se legitimando ao refletir em suas decisões a idéia de justo presente na comunidade, ou ele atua politicamente cerrando os olhos e tapando os ouvidos ao clamor por justiça²⁵.

¹⁸Esta é a fórmula de garantia da debilidade da *independência interna*, já que a *independência externa* é dogma constitucional. Há mecanismos de persuasão muito eficientes para a garantia da homogeneidade do pensamento da Magistratura. Prega-se a independência do Judiciário, em detrimento da independência do juiz. Como se mostra inconcebível a unidade sociológica num corpo de catorze mil magistrados, recrutados por concurso até certo ponto anônimo, as disparidades sociais, ideológicas, culturais e até mesmo geográficas são sensíveis. Como lembrava ROUSSEAU, toda a magistratura se enfraquece, como o governo, pela multiplicação de seus membros (*Du Contrat Social*, Paris, Gallimard, 1964, p.277). Por isso, a Reforma do Judiciário tenta compensar uma magistratura numerosa e heterogênea com hierarquia forte - do Conselho Superior ou Controle Externo - e um controle interno rigoroso, a partir dos Tribunais Superiores.

¹⁹Estudos de psicólogos em outros Estados-Nação detectaram que os candidatos à Magistratura costumam ser as mais tímidas e discretas personalidades. Adentram a uma carreira estratificada e bem definida em seus contornos, cercada de uma expectativa de comportamento inviável. Não se espera de um juiz muita criatividade, mas adequar-se a tal figurino baseado no *prudente arbítrio do bom pai de família*.

²⁰O artigo 95, parágrafo único, inciso III da Constituição da República veda aos juízes dedicar-se à atividade político-partidária.

²¹Não é demais lembrar os percalços de alguns Presidentes dos Estados Unidos na obtenção do aval do Congresso para a nomeação de alguns Juízes.

²²ANTOINE GARAPON, op.cit., idem, p.62. Salienta o juiz francês que uma maneira de anular a importância do Judiciário foi dividir a justiça em muitos corpos e dar-lhes domínios precisos de ação. Qualquer semelhança com o Brasil, onde existem duas justiças comuns - Federal e Estadual - e três especializadas - laboral, militar e eleitoral - não é mera coincidência.

²³Artigo 3º, incisos I, III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁴Está a se contemplar a política sob um prisma aristotélico, de ciência suprema, pois trata do Todo, da Cidade e do Bem comum. Aristóteles vê o homem exclusivamente como parte da Cidade. Este homem não é um ser *per se stans*, rodeado de direitos frente à autoridade do Estado, senão tão só uma pedra do edifício político. A parte está sempre submetida às exigências do todo. A Cidade é o homem grande; o indivíduo é o homem pequeno. As normas da Cidade têm de ser o critério fundamental para determinar as normas do indivíduo” (v. GREGÓRIO R. DE YURRE, *Etica*, Editorial ESET, 1966, p.33).

²⁵Outras visões existem. GARAPON, por exemplo, entende que “o juiz pode intervir na vida política de duas maneiras: diretamente, com uma decisão, e indiretamente, por intermédio de sua corporação. O juiz não existe, na realidade, fora de uma instituição. As formas de intervenção não são homogêneas e variam de uma cultura para outra. O protagonismo judiciário dos *petit juges* que floresce na Europa Latina (França, Espanha, Itália, Bélgica) não existe nas culturas em que a justiça há muito tempo se enraizou. Nos países da Common Law, a influência política dos juízes é talvez menos visível, por ser mais antiga. O ativismo assume então duas formas: a de uma nova ordem de juristas, se o corpo de juízes é poderoso, ou, ao contrário, de personalidades forjadas pela mídia, caso a magistratura não tenha grande tradição de independência” (op.cit., p.56).

Artigos Científicos

O primeiro juiz é aquele conscientizado da derrocada do *velho paradigma*. Velho paradigma “baseado na crença em um ilimitado, ou quase, crescimento econômico e na prioridade dos valores de racionalidade instrumental, eficiência funcional, consumo, competitividade e segurança (cidadã, social, nacional e internacional²⁶)” mas que foi sendo lentamente substituído. O novo paradigma enfatiza “os valores não tanto do crescimento quantitativo, como qualitativo, não do bem estar consumista senão da qualidade de vida, da preocupação e o cuidado do meio ambiente, da satisfação para todos das necessidades reais básicas, da liberdade, da cultura, da paz e dos direitos das minorias²⁷.

A divisão é singela e parece reducionista. Liberada, porém, de qualquer intenção maniqueísta, não é impossível reconhecer integrantes de uma e outra facção.

O juiz tradicional profere soluções *formais*, prestigiando a forma em detrimento do conteúdo. Considera impertinente qualquer preocupação com o resultado concreto de sua decisão. Defende o monopólio da realização do justo por parte do Judiciário. Desconfia de novas alternativas de resolução de conflitos, as quais considera *subtração indevida* à sua missão. Pretende que os problemas deste se limitem à falta de meios, pessoais e materiais. Sustenta o crescimento quantitativo dos quadros judiciais. Mantém-se em redoma hermética, inatingível como expressão pessoal da soberania estatal.

O juiz moderno²⁸ prefere proferir *soluções justas*, para isso servindo-se de um arcabouço positivista, mas princípio-lógico, presente numa Constituição do tipo *dirigente*. Avalia as consequências concretas de sua decisão, atuando com uma ética de responsabilidade. Convive com outras alternativas de resolução das contendas²⁹. Reconhece que as deficiências do Judiciário decorrem também de sua omissão, fazendo saudável *mea culpa*. Propõe a melhoria qualitativa dos quadros e o repensar contínuo da função. Aceita-se como um operador a quem o sistema conferiu a função de *solucionar demandas*, atuando com transparência e zelando pelo efetivo acesso de todos à justiça.

6. Que tipo de juiz se pretende?

Está em curso uma *Reforma do Judiciário*. O que ela estará reservando para o Brasil?

O discurso animador da reforma constitucional se ampara na necessidade de remover o obstáculo da *morosidade*, por ninguém recusada como a mácula maior da Justiça brasileira. Secundariamente, invoca-se o *fortalecimento da*

magistratura de primeiro grau, a correção de algumas deformações, a *racionalização e eficiência* no funcionamento do Judiciário.

Na realidade, nenhum desses efeitos será alcançado. Preserva-se a divisão de justiças e a pulverização dos tribunais. Consagra-se o provimento de cargos nos Tribunais Superiores, sob a forma de nomeação garantidora de vínculo entre o Executivo e a cúpula do Judiciário. A este se reserva a tarefa de *homogeneização* da justiça, com as súmulas vinculantes, efeitos *erga omnes* das decisões relevantes, assim como já se debilitara o *controle incidental ou difuso* de constitucionalidade, até há pouco integralmente reservado a cada juiz brasileiro.

Elimina-se qualquer possibilidade de *democratização interna*, de maneira a impedir a participação dos mais jovens na *gestão administrativa* do Judiciário, que continuará sem um órgão de planejamento. Tenta-se sufocar a justiça como estuário para as insatisfações e guardião dos valores fundamentais contidos numa Constituição vilipendiada³⁰.

Parece prevalecer a lógica do Estado neocorporativo e neoliberal, na caricata tentativa de substituir o Estado do Welfare. Na visão pessimista de Elías Díaz, “à parte a ambígua ou, sem mais, interessada opção pelo **Estado Mínimo** ... do novo paradigma só se tem utilizado, e de forma destorcida, pela ideologia neoconservadora, de alguns de seus aspectos precisamente menos progressivos: os resíduos **românticos**, rurais, **místicos**, de uma só tradição, alojados todavia com freqüência naquele, sofivelmente aproveitados para a implantação das concepções mais reacionárias e as mais velhas irracionais sobre, por exemplo, a educação, a família, a comunidade, a pátria ou a sexualidade. O característico dessa ideologia ultraconservadora é que essa estreita e inquisitorial moral **puritana** se manifesta em sintomático amálgama com um tecnoratismo socialmente acrítico e vulgarmente antifilosófico (o chamado culto da tecnolatria), assim como com uma absoluta falta de ética, sem prejuízo, no campo econômico e político (exceto na moral do êxito, do lucro e do benefício), com o resultado da imposição, portanto, de um capitalismo especulador totalmente irreal-irracional e **incontrolado**, um individualismo que exibe, impudicamente, seu caráter antisolidário e um belicismo agora mais ou menos encoberto, mas, por sua vez, prepotente, cínico e envergonhante”³¹.

Para não estorvar essa tendência do Estado neoliberal, que precisa modernizar-se, mesmo ao custo de seu âmbito pessoal, o juiz não poderá nutrir a veleidade de atuar politicamente. Dele se espera submissão ao formalismo, com ob-

²⁶ELÍAS DÍAZ, op.cit., idem, p.117.

²⁷ELÍAS DÍAZ, op.cit., idem, ibidem.

²⁸À falta de melhor expressão. Em França se fala em *petit juge*. Já me utilizei da expressão *juiz rebelde* no livro “O Juiz e o Acesso à Justiça”, RT, 2ª ed., 1999. Falar em *juiz engajado* feriria suscetibilidades num território de sensibilidade extrema como o universo do Judiciário.

²⁹É por isso que aceita parcerias com novos movimentos sociais, ecologistas, pacifistas, feministas, movimentos vicinais e comunais, associações de usuários e consumidores, não tem medo da Universidade, do empresariado ou da mídia.

³⁰Em menos de doze anos, a Constituição do Brasil de 5.X.1988 sofreu 32 emendas: 6 de revisão e 26 emendas constitucionais *normais*.

³¹ELÍAS DÍAZ, op.cit., idem, p.117/118.

servância estrita às regras processuais. Processo convertido em *finalidade* e abandonado o seu caráter *instrumental*. Subordinação à hierarquia, satisfazendo-se com a proclamação retórica da *independência externa*, mesmo sem resquício de *independência interna*. Obediência às *súmulas vinculantes* e às diretrizes do organismo de controle externo. E, principalmente, renúncia à *criatividade*, que juiz criativo desserve aos objetivos do lucro e se afasta do parâmetro ditado por instituições supranacionais.

Contentar-se-á com o exercício burocratizado de uma jurisdição trivializada, quase toda contida no conceito de *pequenas causas*. Pois as *grandes causas* precisam ser confiadas ao ramo federal da *Justiça comum*, com possibilidade de correção de rumos junto às instâncias superiores.

As cúpulas judiciais contribuem, com sua postura arcaica, para a assimilação desse projeto. Vozes isoladas de alguns setores lúcidos não se fazem ouvir no ritmo de hermetismo sofisticado da produção normativa submetida a inimagináveis ritos e armadilhas regimentais. Silente a comunidade jurídica, embora nunca tenha o país contado com tantas Faculdades de Direito³².

Melancólico verificar que a participação popular é inexistente. O tema não comove o povo, às voltas com a luta permanente rumo à satisfação de suas necessidades básicas.

Será ele o maior perdedor com a reforma que se avizinha.

O juiz burocrata, previsível em sua limitada atuação, fiel cumpridor das fórmulas e ritos, não será o continuador da experiência democrática decorrente da Constituição de 1988. Terá ele sido tangido pela emergência de novos reclamos, ou apenas *instrumento* da cidadania, mas protagonizou as *transformações moleculares* cujo início são as formas democratizadas de acesso à Justiça.

A redescoberta da justiça como instância de debates ensejou “um cenário favorável para uma pedagogia cívica que viabilize a superação da cultura política do paroquialismo e da sujeição, dando passagem para uma de participação, território da cidadania ativa e da democracia”³³.

Não se procure mitificar ainda mais a figura do juiz. Ele nada tem de *messianismo*, nem se reveste de *missão salvífica* própria a protoheróis. Talvez nem tenha sido desperto para o protagonismo a que foi conduzido por uma cidadania ávida por ver reconhecidos os seus direitos.

Todavia, nesta república sem cidadãos, onde o Estado é tudo, pois a sociedade é nada, como afirmava Oliveira Viana, o Judiciário se mostrou alternativa à exclusão democrática. E não é o modelo de juiz que se avizinha com a reforma do Judiciário que garantirá essa transição, com a elevada dose de esperança que ela trouxe aos incorrigíveis. ■

³²Das duas Escolas de Direito criadas em 1828 por D.Pedro I, em São Paulo e Olinda, chega-se hoje ao alentado número de quase duas mil Faculdades, sem contar com aquelas que, autorizadas a funcionar com *um curso de Bacharelado jurídico*, multiplicam a capacidade operativa mediante funcionamento de *campi* em vários bairros da mesma cidade e em municípios diversos. O Brasil dispõe hoje de número expressivamente superior de Escolas de Direito dos Estados Unidos, embora sua população não atinja o mesmo parâmetro.

³³LUIZ WERNECK VIANNA, op.cit., idem, p.260.

A QUESTÃO DO MEIO AMBIENTE NA LEGISLAÇÃO DE PARTE DOS MUNICÍPIOS INTEGRANTES DA REGIÃO ADMINISTRATIVA DE ARAÇATUBA – ESTADO DE SÃO PAULO

Dr. Nazil Canarim Júnior

O texto da Constituição da República vigente reconhece o município como membro constituinte da federação. Pode ser lido, com efeito, no artigo 1º, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Fe-

deral, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Um pouco mais adiante, nas disposições do artigo 18 daquela Carta Política¹, a autonomia municipal não apenas vem assegurada, como culmina por ser disciplinada nos artigos 29² e 30³ do mesmo texto fundamental, representando a capacidade de auto-organização, autogoverno,

¹ Artigo 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição

² Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado [...].

³ Artigo 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. Autonomia municipal no estado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 143-165, abr./jun. 1999.

Resumo de Teses/dissertações

autolegislação e auto-administração, o que caracteriza suas vertentes: política, administrativa e financeira.

Tradicional objeto de investigações por parte de historiadores, juristas, administradores públicos, arquitetos e engenheiros, o município, mais do que outrora, vê-se sensivelmente impactado de um lado pelo marcante fenômeno de complexificação social a impor a densificação de demandas e relações em âmbito local, e, de outro, pela tendência globalizante da economia e da cultura, a par de continuar como desafio das áreas de onde promanam aqueles especialistas, “desperta a canalização de esforços de estudiosos de outras áreas do conhecimento, notadamente da Sociologia, da Psicologia, da Economia, da Ciência Política [...] para quem já se coloca como categoria funcional estratégica de garantia de referência e de identidade dos cidadãos”⁴.

São os cidadãos, aliás, cada vez mais instados a compreender e debater questões locais, das quais as relativas ao meio ambiente ganham vulto.

É bem verdade que antes mesmo da Constituição de 1988, a competência dos municípios para legislar sobre meio ambiente já havia sido estabelecida de maneira expressa no artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981⁵. A partir do texto constitucional, porém, os municípios puderam estabelecer normas ambientais e integrar disposições ambientais em sua legislação, criando obrigações, direitos e faculdades, instituindo organizações, mecanismos e instrumentos para a ação ambiental, não apenas através de leis submetidas à apreciação das Câmaras Municipais, mas, também, por intermédio de regulamentos do Executivo.

Ainda que expressiva parte da legislação sobre meio ambiente, oriunda das esferas federal e estadual, seja aplicável no município, existem normas que demandam regulamentação em situações particulares. Os municípios po-

dem, assim, “criar legislação ambiental própria, tanto para suplementar as legislações federal e estadual quanto para atender ao interesse local”⁶.

As normas ambientais municipais apresentam, ainda, distintos formatos. Disposições relativas ao meio ambiente ora integram a Lei Orgânica, ora se fazem presentes no Plano Diretor, “um dos componentes-chave do planejamento municipal, no qual devem ser previstas as determinações para o desenvolvimento global e constante dos Municípios”⁷ (MEIRELLES, 2001 p. 509).

Com o objetivo de articular a formação dada aos futuros bacharéis com as necessidades das regiões de atuação da UNIP, o Projeto Pedagógico do Curso de Direito da em Araçatuba, assentado nas disposições da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, e sem perder de vista as diretrizes contidas nos Pareceres CNE/CES que lhes dão sustentação, tem como eixo temático de sua matriz curricular o meio-ambiente e a sustentabilidade.

Levando em consideração tais fundamentos e ancorada em levantamento bibliográfico e documental, a pesquisa busca identificar o tratamento dispensado por parte dos municípios da Região Administrativa de Araçatuba⁸, à questão do meio ambiente e da sustentabilidade.

Como asseveraram Lakatos e Marconi⁹,

A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências

¹ Artigo 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil comprehende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição

² Artigo 29. O Município rege-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado [...].

³ Artigo 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. Autonomia municipal no estado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 143-165, abr./jun. 1999.

⁵ Artigo 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: [...] § 1º Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. § 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leite. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. .

⁷ MEIRELLES, H. L. Direito municipal brasileiro. 12. ed. São Paulo: Malheiros: 2001, p. 509.

⁸ Foram escolhidos os municípios de: Alto Alegre, Andradina, Araçatuba, Auriflama, Barbosa, Bilac, Birigui, Brejo Alegre, Buritama, Castilho, Clementina, General Salgado, Guararapes, Lavínia, Lourdes, Mirandópolis, Penápolis, Pereira Barreto, Piacatu, Rubiácea, Santo Antonio do Aracanguá, Sud Mennucci e Valparaíso, de onde são provenientes alunos matriculados no Curso.

⁹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 183.

seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.

Assim, para desenvolvimento do presente trabalho, será realizada pesquisa bibliográfica que materialize o levantamento, a seleção e o estudo de diversas publicações (artigos científicos, livros, teses, pesquisas, etc.) relacionadas aos temas meio ambiente e sustentabilidade, de forma a permitir a elaboração do referencial teórico apresentado.

Por intermédio de pesquisa documental serão consultados textos legais produzidos em diferentes esferas governamentais, documentos oficiais e dados estatísticos coletados e divulgados por órgãos oficiais.

São provenientes de Lakatos e Marconi¹⁰, ainda, as ponderações a respeito das vantagens que decorrem do uso de tais documentos para o trabalho acadêmico:

Documentos oficiais – constituem geralmente a fonte mais fidedigna de dados. Pode dizer respeito a atos individuais, ou, ao contrário, atos da vida política, de alcance municipal, estadual ou nacional.

Fontes estatísticas – os dados estatísticos são colhidos diretamente e a intervalos geralmente re-

gulares, quer abrangendo a totalidade da população (censos), quer utilizando-se da técnica da amostragem, generalizando os resultados a toda população. Em outras palavras, em épocas regulares, as estatísticas recolhem dados semelhantes em lugares diferentes. A própria generalização de dados relevantes sobre a população, permite ao investigador procurar correlações entre seus próprios resultados e os que apresentam as estatísticas nacionais ou regionais. Partindo do princípio de que as pesquisas com a utilização de questionários e, principalmente, formulários, são bastante onerosas e, geralmente, de aplicação limitada, o confronto dos dados obtidos com as estatísticas, mais extensas no espaço e no tempo, permite obter resultados mais significativos.

A pesquisa almeja, assim, identificar tanto avanços conquistados quanto a existência de contradições, de modo a permitir um diagnóstico a respeito de interesses e projetos a favor e contra a sustentabilidade ambiental no âmbito das localidades nomeadas. ■

¹⁰ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Op. cit.** p. 178.

RESUMO DA TESE: A SUBSTITUIÇÃO DA CULPA E DO ESTADO PELO CONSENSUALISMO: UMA NOVA FORMA DE VIOLÊNCIA.

Prof. Dr. Wagner Ginotti Pires

Esta tese centra-se na idéia de Culpa dentro do Direito Penal, tema que julgamos ter sido tratado sem a devida atenção pelo discurso jurídico dos últimos dois séculos, tendo em vista que as sucessivas gerações foram se afastando gradativamente das origens “ideológicas” do crime e seu corolário, que é a Culpa, apesar de estas continuarem a existir e terem seus efeitos, muitas vezes totalmente inconscientes na ação dos operadores do Direito, o qual acaba sendo substituído por uma idéia sem qualquer conteúdo jurídico: o consenso.

A parcial “inconsistência epistemológica” no tratamento do tema que ora nos propomos a abordar decorre da noção de que o dogma jurídico deve valer por si mesmo. A perspectiva por nós adotada implica incursões nos entroncamentos do saber humano que tem na Culpa um cerne comum, a saber, a Religião, a Moral e o Direito, vez que, ao lado da evidente nexo existente entre Direito e Moral, o Direito Penal possui muito da Metafísica em sua sistemática, a qual é negada pelo apelo popular do consenso, que “privatiza o público” e mina o Estado como poder último por desautorizar os “expertos”, mediante a confusa e volátil vontade popular.

Sem negar a pertinência e a legitimidade do viés consensual e privatista que tem se tornado o apanágio do Direito Penal contemporâneo, o ponto de vista por nós esposado contrapõe-se a essa postura, a qual, ao advogar a concre-

tude do indivíduo, em detrimento da Metafísica, olvida os fundamentos do Direito Penal em sua indissociável imbricação com a Moral e a Religião. Assim, o arguido “radicalismo estatal” é substituído por outro, sem limites preestabelecidos – o “radicalismo popular”.

Abordaremos o assunto de forma multidisciplinar, sem, porém abandonar o discurso jurídico, porquanto não pretendemos derrubar paradigmas. Conjuramos a figura do ceifeiro de mitos. Apenas e tão-somente apontamos uma lacuna em nosso Ordenamento Legal no que tange ao crucial conceito de Culpa, lacuna esta que muitas vezes obstrui a Política criminal, já que o Estado contemporâneo, embora faça às vezes de Deus punitivo, não mais pauta sua atuação por uma postura categórica no que tange aos valores. Conseqüência dessa ausência de certezas axiológicas é um apego dogmático ao Direito Positivo ou ao consensualismo, cuja norma emblemática no Direito brasileiro é a Lei n.º 9.099/95.

Nossas reflexões não se restringem à ontogenia da Culpa, mas visam fornecer ao Estado parâmetro para a execução de uma Política criminal eficiente, vez que a balança da Justiça permanece desequilibrada pelos dois extremos: de um lado o estrito positivismo jurídico, de outro o laxismo propiciado por uma aposta cega nas possibilidades de consenso.

Adotando uma perspectiva kantiana, assimilamos a teologia moral e jurídica à teologia, já que a experiência sensorial não é suficiente para validar nada, seja de forma especulativa, seja na prática. Dessa forma, o Estado “consensual” surge como um desdobramento da Divindade, a definir a Culpa, para além dos limites da conduta em si mesma. ■

